

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 — 3º Trimestre 2000 — N. 91
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	
Ética, liberdade de informação, direito à privacidade e reparação civil pelos ilícitos de imprensa — Eládio Torret Rocha, Juiz de Direito do TJSC	3
A concessão de licença-prêmio aos magistrados — Fábio Nilo Bagattoli, Juiz de Direito Substituto do TJSC	21
JURISPRUDÊNCIA CÍVEL	
Apelações Cíveis em Mandados de Segurança	43
Apelações Cíveis	80
Agravos de Instrumento	302
Agravos nos Agravos de Instrumento	338
Habeas Corpus	358
JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL	
Habeas Corpus	363
Recursos Criminais	390
Apelações Criminais	398
Embargos Infringentes	553
Recurso de Agravo	564
Revisão Criminal	567
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
Recurso Extraordinário	573

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recursos Especiais..... 577

VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recursos Especiais..... 587

ÍNDICE NUMÉRICO..... 593

ÍNDICE POR ASSUNTO..... 599

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (julho de 2001)

TRIBUNAL PLENO

Presidente

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA

Vice-Presidente

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Corregedor-Geral da Justiça

Des. WILSON GUARANY Vieira

Des. JOÃO MARTINS

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. FRANCISCO BORGES

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

ÓRGÃO ESPECIAL

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

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

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

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

SEÇÃO CIVIL

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

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

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

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

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. LUIZ CEZAR MEDEIROS

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

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

Des. PEDRO MANOEL ABREU — **Presidente**

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR*

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

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

Des. ANSELMO CERELLO

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VANDERLEI ROMER

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

PRIMEIRA CÂMARA CIVIL

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — **Presidente**

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

SEGUNDA CÂMARA CIVIL

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

Des. ANSELMO CERELLO — **Presidente**

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VANDERLEI ROMER

TERCEIRA CÂMARA CIVIL

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

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

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

QUARTA CÂMARA CIVIL

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

Des. PEDRO MANOEL ABREU — **Presidente**

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR*

QUINTA CÂMARA CIVIL

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

Des. JOÃO MARTINS

Des. José GASPAS RUBIK

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

SEXTA CÂMARA CIVIL

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ 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. NILTON João de MACEDO MACHADO

Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA

Dr. JAIME RAMOS

CÂMARA ESPECIAL — PROCESSOS CÍVEIS

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

Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA — **Presidente**

Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

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

DOCTRINA

ÉTICA, LIBERDADE DE INFORMAÇÃO, DIREITO À PRIVACIDADE E REPARAÇÃO CIVIL PELOS ILÍCITOS DE IMPRENSA¹

Eládio Torret Rocha

Juiz de Direito do TJSC

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A imprensa e a limitação ao direito de informação; 3. Ética e moral — diferenciação necessária; 4. Ética e exercício profissional; 5. O dano moral e a lei de imprensa sob o crivo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; 6. Conclusões.

1. Introdução

Sabe-se que, desde os tempos mais remotos da história humana, o homem nunca dispensou a informação, sob qualquer de suas formas de manifestação, como meio de se conduzir, individual ou coletivamente.

Assim é que não há como negar, a propósito, por exemplo, que o homem das cavernas teria mais êxito na caça se tivesse posse de informação a respeito do local mais propício ao encontro da presa cuja carne lhe serviria de alimento e o couro de agasalho. Da mesma forma, posteriormente, as conquistas humanas medievais ou as que lhe seguiram sempre

1 *Texto básico da palestra proferida, em 27/4/01, no 1º Encontro de Jornalistas e Articulistas do Sul do Estado, na Associação Comercial e Industrial de Criciúma.*

estiveram ligadas, de um modo ou outro, ao domínio dos processos de conhecimento e de informação.

Tanto isso é verdade que, como sempre se soube, aquele que detém a melhor informação é, via de regra, o que mantém o poder, em detrimento da passividade própria da ignorância, dado que um indivíduo — ou um grupo de indivíduos — sempre decide mais apropriada e até exitosamente quando inteiramente ciente do que sucede ao seu derredor.

Por isso mesmo é que vemos proliferar, com o passar dos tempos, os meios de comunicação de massa, sendo de se considerar a existência atual da televisão a cabo e a internet como as formas mais espetaculares de informação global, pela sua abrangência, imediatidade e eficiência.

Não é de se estranhar, pois, que o ser humano da atualidade viva um complexo processo de crescente sentimento de angústia, impotência e por vezes de desolação, ante a torrente de informações que lhe são incutidas — ou tentadas incutir — no dia-a-dia de sua existência pela chamada telemática, seja no que se refere à sua vida pessoal, social ou profissional.

A tal respeito, isto é, acerca do crescente e complexo volume de informações de que o homem tem de dispor, e, de outro lado, da velocidade como o fato social tem sido transformado em face disso, o notável Hobsbawn escreveu:

“Os eventos nos últimos anos foram realmente espetaculares e transformadores do mundo — e também inesperados e imprevisíveis. A natureza revolucionária do período que vivemos vai muito além das mudanças na política global, que, em poucos meses, estão tornando desatualizados os atlas preparados pelos cartógrafos. Nunca antes na história a vida humana normal e as sociedades em que ela ocorre foram tão radicalmente transformadas em tão pouco tempo: não apenas em um único período de vida, mas em parte de um período de vida”².

O processo de globalização, objeto, como se sabe, de tantos acalorados debates pró ou contra a sua implementação, finca as suas estruturas, por isto mesmo, nesta complexíssima teia de informação planetária, para evidenciar, segundo Anthony Giddens, a sua intenção deliberada de *“...transformação do espaço e do tempo. Eu a defino como a distância, e relaciona sua intensificação nos últimos anos ao surgimento da comunicação global instantânea e ao transporte de massa... A globalização não é um processo único, mas uma mistura complexa de processos, que fre-*

2 HOBSBAWN, Eric. *A crise atual das ideologias. O mundo depois da quebra*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 214.

qüentemente atua de maneira contraditória, produzindo conflitos, disjunções e novas formas de estratificação”³.

Assim é que, ainda no dizer do professor paulista Castanho de Carvalho, “*Não há sociedade sem comunicação. A história do homem é a história de sua comunicação com os demais; é a história da luta entre as idéias; é o caminhar dos pensamentos. O pensar e o transmitir o pensamento são tão vitais para o homem como a liberdade física*”⁴.

Este brevíssimo intróito tem como objetivo demonstrar, a propósito, o papel relevantíssimo e absolutamente indispensável que a imprensa livre, séria e responsável desempenhou e continua crescentemente a desempenhar na sociedade dos homens.

Como imaginar, deveras, nos dias atuais, viver no agrupamento social sem a participação ativa da imprensa, conquista inarredável da democracia?

Mas, como sabemos, nem sempre foi assim. Tome-se como exemplo, proverbialmente, o nosso próprio País, onde até algumas poucas décadas a censura pública, simbolizada pela desditosa tesoura e pela prosaica caneta Pilot, era quem ditava o que poderia e o que não poderia ser levado ao conhecimento das pessoas.

A liberdade de imprensa que se instalou posteriormente no Brasil, porém, custou muito a todos nós, visto que, segundo o francês BÉNOIT “*...as liberdades não nascem senão de uma vontade, elas não duram senão enquanto subsiste a vontade de as manter*”⁵.

Urge, assim, que se dê parâmetros ao correto exercício das atividades afetas aos meios de comunicação de massa, visto a ação nem sempre adequadamente ética com que as matérias são tratadas nos seus vários e complexos seguimentos, a gerar, ao depois, para os seus autores e/ou meios de divulgação, a conseqüente responsabilização civil e criminal.

2. A imprensa e a limitação ao direito de informação

Para alguém que circunscrito ao exame do inciso XIV do artigo 5º (“*é assegurado a todos o acesso à informação...*”) e, bem assim, ao parágrafo primeiro do artigo 220 (“*Nenhuma lei conterà dispositivo que pos-*

3 *Para além da esquerda e da direita*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 13.

4 *Direito de informação e liberdade de expressão*. São Paulo: Renovar, 1999, p. 12.

5 BÉNOIT, Francis Paul. *Les conditions d'existence des libertés*. Paris: La documentation française, 1985, p. 21.

sa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social...”), ambos da Constituição da República, poderia ser levado a pensar a respeito da inexistência de limites no exercício deste direito.

Está posto, além disso, no inciso IX, do mesmo artigo 5º, da mesma Constituição, ser “*livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura*”.

Por fim, de se lembrar que o Brasil é signatário da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e que no seu artigo 11 foi consignado que “*a livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade no termos previstos em lei*”.

Como conciliar, por isso mesmo, essa amplitude no tocante ao direito à informação coletiva com, de outro lado, a restrição imposta pelo inciso X do mesmo artigo 5º da CF, em que ficou consignado serem “*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*”?

Seria o caso, assim, de existir uma inescapável antinomia entre estes textos constitucionais, ou, mais precisamente, haveria inevitável tensão pela colidência entre estes dois importantes princípios?

Citando Robert Alexy em seu *Derecho Y Razón Práctica*, que, por sua vez, lembra a lição de Dworkin, o magistrado Teori Zavascki⁶ oferece a solução para a hipótese de ser impossível a coexistência, em dada hipótese, de dois princípios constitucionalmente estabelecidos.

Salienta, destarte, o hoje Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cumprir ao aplicador do direito percorrer, passo a passo, o seguinte caminho:

1º) identificam-se, em razão de um determinado fato da vida, os princípios, não no plano abstrato, mas no caso concreto (o aludido magistrado sugere, inclusive, como exemplo para a hipótese, por coincidência, o princípio da liberdade de imprensa *versus* o do direito à privacidade;

2º) mediante o que chama de “regra de conformação ou de concordância entre princípios colidentes”, manda solucionar a questão “ponderando-se os valores em conflito a fim de identificar o que deve prevalecer no caso examinado”; e,

6 Os princípios constitucionais do processo e as suas limitações. Revista da Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina, vol. 6, p. 49.

3º) como consequência, salienta a restrição ou limitação de um ou de ambos os princípios, mas não elimina nem exclui qualquer deles do sistema jurídico enfocado.

E, por fim, não olvidando lição do grande Robert Alexy⁷, enfatiza o suso aludido magistrado catarinense:

“Ocorrendo a colisão entre dois princípios, dá-se valor decisório ao princípio que, no caso, tenha um peso relativamente maior, sem que por isso fique invalidado o princípio com peso relativamente menor”.

É, irrecusavelmente, o que sucede na espécie.

De fato, segundo a abalizada doutrina do professor Antonio Chaves, da Universidade de São Paulo, *“Nem sempre é fácil determinar se o direito da coletividade à informação deve prevalecer ou se o indivíduo tem também uma esfera que o público, conseqüentemente a imprensa, deve respeitar”.*

E, adiante, arremata o jurista referido:

*“Assim, o direito de informação deve ser o mais amplo possível enquanto não conflitar com interesses considerados maiores. O interesse da coletividade em ser informada impõe a si mesma um limite, quando a divulgação de fatos venha a destruir a pessoa humana em sua dignidade e grandeza. O direito à informação existe em função do desenvolvimento da personalidade e não para a sua destruição”*⁸.

Não há, assim, como escapar à constatação segundo a qual a liberdade de imprensa, elevada à categoria de princípio constitucional, deve ser compreendida como a liberdade de crítica, informação e manifestação de pensamento, sem que se esqueça que, *pari passu* a esta garantia, por igual vigora outro princípio, de igual hierarquia, que, como visto acima, sustenta ser intangível, intocável, inexpugnável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do indivíduo.

Inviável, assim, possa alguém admitir o direito à crítica desarrazoada, infamante e injuriosa à honorabilidade das pessoas tão só argumentando a ampla liberdade que goza a imprensa, sobretudo depois do advento da Carta Política da primavera de 1988, na qual, como demonstrado, estas particularidades da vida comunitária ficaram clara e adequadamente delineadas.

Nuno e Souza, jurista lusitano, ao abordar o tema em face do aparente conflito entre a ampla liberdade de informação que se quer transmi-

⁷ *Derecho y razón práctica*. Distribuciones Fontamara, 1993, p. 12.

⁸ *Informática. Captação audiovisual. Informática e os direitos da personalidade*. Revista dos Tribunais, vol. 729, jul. 96, pp. 11-42.

tida à comunidade e, de outro lado, o direito à inviolabilidade das prerrogativas individuais dos seus cidadãos, acrescenta que “*como limites imediatos da liberdade de imprensa podem apontar-se os direitos à imagem, à identidade pessoal, ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada e familiar*”⁹.

E, mais adiante, conclui o doutrinador d’além-mar:

“No caso de conflito com outros direitos ou valores constitucionais, o legislador pode intervir na liberdade de expressão; mas tal não implica, sob pena de esvaziamento do conteúdo da garantia, que a liberdade de expressão em caso de conflito ceda sempre perante qualquer outro direito. (...) Suscitam-se problemas de prevalência e de conciliabilidade, ao averiguar-se se outros valores previstos na Constituição foram potenciais limites da liberdade de imprensa. (...) O juízo de prevalência sobre os valores fica a cargo do legislador ordinário e do intérprete aplicador da norma, de acordo com um critério de racionalidade e justiça.

“O direito de liberdade sujeita-se apenas aos limites estritamente necessários e adequados à salvaguarda de outros interesses do Estado Democrático. *A própria Constituição indica vários interesses particulares, considerados como interesses públicos, que têm primazia sobre a liberdade de opinião: os direitos ao bom nome, reputação, imagem e reserva da intimidade da vida privada e familiar*”¹⁰.

Não há, aqui, portanto, qualquer censura em desfavor de uma imprensa livre, que é sabidamente imprescindível para o fortalecimento das instituições democráticas e para o aperfeiçoamento da vida em sociedade. Entretanto, a liberdade de imprensa não é ilimitada, impendendo consignar que, como cediço, não há direito intangível ou que não sofra restrições.

De efeito, nem mesmo o direito à vida é, como se sabe, ilimitado, pois sucumbe nas hipóteses previamente dispostas como excludentes de antijuridicidade, como sucede com a legítima defesa, com o estado de necessidade e com o estrito cumprimento do dever legal.

Não se pode compreender, portanto, que a liberdade de imprensa seja absoluta. Ela deve, certamente, ser exercida de forma livre, porém com responsabilidade, expungindo os excessos, agindo com respeito e com ética, respeitando uma linha limítrofe entre os dois valores jurídicos aqui estudados, ou seja, o de informar e criticar de um lado, e, de outro, o de salvaguardar a intimidade, a honorabilidade e o bom nome das pessoas.

9 *A liberdade de imprensa*. Coimbra, 1984, p. 268.

10 *Idem, ibidem*, p. 291.

3. Ética e Moral — diferenciação necessária

Como o tema a ser desenvolvido tem a ética como ponto nuclear, penso não ser demasiado excesso de zelo em dimensioná-la ou até conceituá-la, já que nem sempre os doutrinadores concordam, como seria desejável, acerca do que seja *Moral* e do que seja *Ética*.

Ainda que existente irrecusável conexão entre ambas, tem-se que, na abalizada doutrina de Passold, segundo a leitura que este Professor faz a partir de *Aristóteles*, *Ética e Moral* constituem campos operacionais distintos, nada obstante tenham como ponto convergente o elemento *Bem*.

De fato, ainda segundo Passold, “*pode-se compreender Moral como uma disposição subjetiva de determinação do que é correto e do que incorreto, e, sob tal pressuposto, estabelecer-se uma noção própria de Bem*”.

“*Já Ética pode ser entendida*” — continua o aludido jurista catarinense — “*como a atribuição, também subjetiva, de valor ou importância a pessoas, condições e comportamentos e, sob tal dimensão, estabelecer uma noção específica de Bem a ser alcançada em determinadas realidades concretas, sejam as institucionais ou sejam as históricas*”¹¹.

Para o professor Volnei Carlin, “*Ethiké, numa definição singela, consiste na conduta profissional, feita a partir da afirmação de valores e da prática de técnicas consoante estes valores*”¹².

Sendo assim, quem sabe para poder dar contornos mais definidos ao tema, poder-se-ia sustentar que, com certa margem de segurança, a conceituação de *Ética* aproxima-se da idéia de realização do *bem* pelas vias das atividades profissionais ou institucionais nas quais a pessoa atua, ao passo que *Moral*, em maior amplitude, abrange os demais campos da atividade humana igualmente em face da realização do *bem*.

4. Ética e exercício profissional

Como sucede em qualquer atividade profissional, o exercício do jornalismo pressupõe, fundamentalmente, direito e dever, liberdade e responsabilidade.

11 PASSOLD, César Luiz. *Ética profissional para o século XXI*. Florianópolis: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, vol. 7, p. 255.

12 *Deontologia jurídica — ética e justiça*. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1996, p. 34.

Assim é que, como bem apanhado no Código Europeu de Deontologia dos Jornalistas¹³, o princípio básico da ética do jornalismo reside na clara e necessária diferenciação entre aquilo que é verdadeiramente notícia e o que se refere à mera opinião pessoal.

Ora, segundo ainda este documento europeu, as notícias são informações de atos e fatos concretamente ocorridos, enquanto que opinião expressa pensamentos, idéias, crenças ou juízos de valor, quer emitidos pelo meio de comunicação ou pelo próprio jornalista que assina a matéria.

Na linha de posicionamento coerente com a verdade, a emissão de notícias deve ater-se, tanto quanto possível, ao princípio da veracidade factual, visto que rumores não podem ser confundidos com acontecimento real, palpável, demonstrável pelos meios de prova comum no foro.

Por isso mesmo é que, segundo o sobredito documento europeu, exige-se do jornalista, portanto, providência prévia no sentido de produzir atividades tendentes à verificação e comprovação daquilo que pretende noticiar, realizando o seu trabalho expositivo, descritivo ou narrativo com a mais absoluta imparcialidade.

Sabe-se, de outro lado, ser certo que no ato em que se expressa uma opinião, porque isso corresponde, inevitavelmente, a uma visão eminentemente subjetiva daquilo que se quer expressar, não se pode exigir, a rigor, uma veracidade inequívoca. Todavia, deve-se exigir, sem embargo, que a emissão de opiniões se concretize em bases honestas, imparciais e éticas, longe de atitudes voltadas à negação ou ao ocultamento da realidade palpável.

Outro aspecto extremamente relevante neste tema é o que trata, no âmbito da mídia, do respeito a um dos mais caros primados de direito da pessoa humana, que é o princípio da presunção de inocência, sobretudo nas hipóteses em que a questão pende de decisão judicial.

O que se tem visto, não raro, lamentavelmente, é alguns órgãos de imprensa, partindo de inverdades, meias-verdades ou até de entendimento comprometidos com interesses inconfessados, emitirem juízos de valor a respeito de circunstâncias gravíssimas e violadoras da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem de pessoas, como se pudessem se sobrepor à vontade da lei.

13 O “Código Europeu de Deontologia del Periodismo”, foi aprovado, por unanimidade, por resolução tomada em 1º de julho de 1993, na cidade de Estrasburgo, durante a realização da “Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa”.

O papel da imprensa é, pois, nesses casos, com a necessária isenção, noticiar o ocorrido, deixando para a Justiça Pública a manifestação definitiva a respeito da responsabilização positiva ou negativa do acontecido, seja no âmbito penal, no âmbito civil, ou, mesmo, em qualquer outra esfera de sua competência jurisdicional.

Outra importante contribuição para o estudo aprofundado do tema vertente promana, em verdade, do denominado Código de Ética do Colégio de Periodistas do Chile¹⁴.

Para esse documento, de grande importância em face das condições políticas igualmente hostis vividas até algum tempo pelo País andino, os meios de comunicação de massa e os seus agentes são, como se sabe, autênticos prestadores de serviço e, por isso mesmo, não podem ignorar sua relevância no contexto social como agentes implementadores do bem comum, visto atuarem vigorosamente na formação de valores, crenças, hábitos, opinião e condutas dos mais diversos estamentos da sociedade.

Assim é que, para o aludido Código de Ética, o acesso, pela comunidade, à informação correta, confiável, oportuna, livre e permanente a respeito dos direitos e garantias individuais e coletivas e, bem assim, aos acontecimentos nacionais e internacionais narrados com fidedignidade, representa inegável manutenção ou até elevação na qualidade de vida das pessoas, contribuindo, ainda, para a mais intensa participação nas decisões da vida nacional.

Destaca, ainda, o sobredito Código Chileno, que o jornalista, fundamentalmente, deve atuar sempre a serviço da verdade, dos princípios democráticos e dos direitos humanos. Em sua atividade cotidiana, o jornalista precisa reger a sua conduta no sentido de propiciar, à comunidade, informação responsável dos fatos, evitando dar conotação impregnada de discriminação ideológica, religiosa, de classe, raça, sexo e capacidade, nem de qualquer outro tipo que conduza a informes ofensivos ou em menoscabo a pessoas naturais ou jurídicas.

Por seu turno, para o Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros¹⁵, o exercício da atividade jornalística é de natureza social e de finalidade

14 Este diploma foi aprovado pelo Congresso Nacional Extraordinário Periodistas, em Santiago, em data de 26 de janeiro de 1994 e, ao depois, alterado parcialmente pelo Tribunal Nacional de Ética y Disciplina, TRINED, em agosto de 1999, durante a realização do IX Congresso Nacional Extraordinário de Periodistas Chilenos, em Concepción.

15 Este regulamento profissional foi votado e aprovado no Congresso Nacional dos Jornalistas, acontecido no Rio de Janeiro no ano de 1987, tendo como relator o jornalista Ronaldo Buarque de Holanda.

pública, impondo-se a esses profissionais, basicamente, entre outros, os seguintes deveres: a) divulgar todos os fatos que sejam de interesse público; b) lutar pela liberdade de pensamento e expressão; c) defender o livre exercício da profissão; d) valorizar, honrar e dignificar a profissão (artigo 9º); e) evitar divulgar fatos com interesse de favorecimento pessoal, para obter vantagens econômicas, de caráter mórbido ou contrários aos valores humanos (artigo 13); f) ouvir sempre, antes de divulgar os fatos, todas as pessoas objeto de acusações não comprovadas, promovidas por terceiros e não suficientemente demonstradas ou verificadas; e, g) tratar com respeito a todas as pessoas mencionadas nas informações a divulgar (artigo 14).

5. O dano moral e a lei de imprensa sob o crivo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Na concepção de Antonio Chaves¹⁶, “*A honra — sentenciou Ariosto — está acima da vida. E a vida — pregou Vieira — é um bem imortal: a vida, por larga que seja, tem os dias contados; a fama, por mais que conte anos e séculos, nunca lhe há de achar conto, nem fim, porque os seus são eternos: a vida conserva-se em um só corpo, que é o próprio, o qual, por mais forte e robusto que seja, por fim se há de resolver em poucas cinzas: a fama vive nas almas, nos olhos e na boca esculpida nos mármores e repetida sonoramente sempre nos ecos e trombetas da mesma fama. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer; a infâmia afronta, afeia, escurece e faz abominável a um ser imortal, menos cruel e mais piedosa se o puder matar*”.

Tendo em conta a proverbial importância da citação *suso* referida e nada obstante haja alguma divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito de, em sede de ação indenizatória em face de ilícito civil pertinentemente à lei de imprensa, perquirir-se acerca do *animus* do ofensor, a verdade é que o tema é recorrente nos tribunais do País, e, como não poderia ser diferente, também no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Ainda que sem a pretensão de esgotar, analiticamente, todos os precedentes já julgados nesta Corte, este trabalho busca examinar, todavia, alguns julgados os quais, pelo ineditismo das hipóteses focalizadas, valem como referencial ilustrativo em face do tema proposto.

16 Citado na Apelação Cível n. 98.001644-4, relator Des. Newton Trisotto.

Cumpra-se que se enfatize, desde logo, que, considerada a pesquisa realizada no sistema informatizado da Corte, a imensa maioria dos precedentes encontrados são de acolhimento da pretensão indenizatória, admitindo, pois, a violação, de um modo ou de outro, da honra daqueles que bateram à porta do Judiciário Barriga-Verde.

Assim sucedeu na Apelação Cível n. 48.349, da Capital¹⁷, na qual, dando provimento ao recurso, foi um órgão da imprensa de Florianópolis apenado, a razão de 150 salários mínimos, a indenizar um advogado porque, um de seus columnistas, ao analisar uma peça jurídica produzida pelo causídico, fez referência irônica e por isso mesmo depreciativa à falta de concordância verbal na petição inicial, além de entendê-lo como “advogado insuficientemente alfabetizado”.

Em outro aresto¹⁸ foi entendida configurada a responsabilidade de um apresentador de programa radiofônico, o qual, quando divulgava noticiário policial, mencionou haver o ofendido, ao ser preso em companhia de um assaltante, reconhecido como tal por possuir apenas visão monocular e, por isso mesmo, ser conhecido na gíria policial como “galo cego”. O ilícito configurou-se porque, na hipótese, o ofensor ignorou referência, constante no boletim ocorrência, do fato de o ofendido haver sido referido como “possível” co-partícipe do crime, sendo o montante reparatório arbitrado em vinte salários mínimos.

Há, também, três julgados muito interessantes a respeito da violação do direito à preservação da imagem das pessoas, que, como se sabe, também é protegido pela norma constitucional comentada (art. 5º, inciso X).

No primeiro deles, em que fui relator na Câmara Especial¹⁹, sucedeu que, em periódico de grande circulação na região serrana de Lages, uma moça teve publicada foto sua, na edição de 28 de março de 1998, em primeira página e em letras garrafais, em reportagem sensacionalista sob o título “Cresce a prostituição no centro de Lages”, fotografia essa ilustradora da matéria, tirada em frente a um bar onde, segundo o periódico, haveria concentração de prostitutas.

Alegou, em síntese, a postulante, na demanda, que a referida publicação foi uma tragédia para sua honra, acabando por ser, em consequência, despedida do emprego, e, ainda, terminou por sofrer sérias restrições no meio social.

17 Relatada na 4ª Câmara Civil pelo Des. Alcides Aguiar.

18 Apelação Cível n. 50.871, de Blumenau, relatada pelo Des. Newton Trisotto, oriunda da 2ª Câmara Civil.

19 Apelação Cível n. 99.013120-3, de Lages.

Nada obstante haja o decisório de primeiro grau inacolhido o pedido indenizatório, a Câmara Cível do nosso Tribunal, entendeu, à unanimidade, de prover o recurso para arbitrar em cem salários mínimos a verba reparatória, ao argumento básico segundo o qual a Constituição Federal, em seu art. 5º, X, protege a imagem das pessoas e garante indenização na hipótese de sua violação ao dispor serem 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*”.

Agregou-se, ainda, no aresto, constituir ato ilícito, sujeito à reparação civil, a reprodução, em jornal de ampla circulação regional, de fotografia de uma pessoa, sem a sua ciência e aprovação, sobretudo quando vinculada à reportagem escrita a respeito de prostituição, cuja imagem foi aliás facilmente identificada com a da pessoa ofendida, comprometendo, irrecusavelmente, a sua honra e boa fama.

No segundo precedente, oriundo da Segunda Câmara Civil²⁰, relatado pelo Des. Trindade dos Santos, tratou-se de divulgação, por um jornal de Florianópolis, de uma fotografia exibindo uma moça, na praia, com os seios desnudos.

Como a publicação não fora autorizada, e, em resguardo ao seu direito à imagem pessoal, o periódico acabou, por maioria de votos, por ser condenado a uma indenização, em favor da ofendida, no patamar de cem salários mínimos.

Salienta, a propósito, o voto condutor do aludido decisório, a circunstância jurídica segundo a qual “*O direito à própria imagem, como direito personalíssimo, goza de proteção constitucional, sendo absoluto e, pois, oponível a todos os integrantes da sociedade, para os quais cria um dever jurídico de abstenção. A publicação da imagem de alguém fotografado impescinde, sempre, da autorização do fotografado. Inexistente essa autorização, a veiculação da imagem materializa violação ao direito do respectivo titular, ainda que inexistente qualquer ultraje à moral e aos bons costumes. A ocorrência de dano, em tal hipótese, é presumida, resultando tão-somente da vulneração do direito à imagem*”.

O aresto traz, ainda, em abono à tese vencedora, a lição do jurista italiano Adriano de Cupis²¹ para quem “*O direito à imagem é direito ao não conhecimento alheio da imagem do sujeito; e é violado pela informação arbitrária da mesma imagem. Com esta violação, o corpo da pes-*

20 Apelação Cível n. 96.004839-1, da Capital.

21 *I Diritti della Personalità*, Giuffrè, Milão, 1959, pág. 14.

soa e as suas funções permanecem intactos; verifica-se, ao invés, com relação à pessoa, uma alteração da reserva da qual ela estava provida, e, portanto, uma modificação de caráter moral”.

De sua vez, o voto vencido, da lavra do Des. Carlos Prudêncio, palmilhando entendimento diametralmente oposto, consigna que “*A partir do momento que uma jovem, por sua vontade livre e consciente, desnuda os seios em local público, expõe-se ela à apreciação das pessoas que ali se fazem presentes, de tal sorte que se jornal de circulação estadual e tido como idôneo lhe fotografa, apenas registra um fato que ocorreu numa praia, ampliando a divulgação de uma imagem que se fez aberta aos olhos do público”.*

Como se vê, o tema, a par de belo e instigante, é também deveras polêmico, como sucedeu nesta última hipótese.

Finalmente, no terceiro julgado²², a respeito do direito à preservação de imagem, cujo relator foi o Des. Pedro Manoel Abreu, sucedeu que a autora da ação reparatória teve publicada, em jornal diário da Capital, sem a devida autorização, fotografia sua — pois circulava pela rua naquele momento — ao lado de um assador de frangos com uma galinha sobre a grelha e com legenda que deu margem à interpretação pejorativa e inegável constrangimento pessoal.

O aresto, mantendo o decisório monocrático impositivo de reparação pecuniária em valor arbitrado em 50 salários mínimos, valeu-se, em sua fundamentação, de proverbial precedente oriundo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal assim ementado²³:

“Dano moral — Configuração — Publicação de fotografia sem consentimento do fotografado — Situação e matéria constrangedoras — Direito à imagem — Direito à intimidade — Violação — Pedido não fundado na Lei de Imprensa — Indenização devida — Sucumbência recíproca — Aplicabilidade do art. 21/CPC

“Responsabilidade civil. Dano moral decorrente de violação do direito à privacidade e à imagem. Indenização de direito comum. Critérios. Sucumbência recíproca. Asseguram os incisos V e X do art. 5º da Carta Magna indenização por dano moral, decorrente da violação do direito do indivíduo à privacidade e à imagem. A publicação de fotografia em situação e matéria constrangedoras para o fotografado, sem o seu consentimento, implicam violação do direito à privacidade e à imagem. Ocorrido dano moral, deve ser indenizado. Fundando-se o pedido, não na Lei de

22 Apelação Cível n. 98.011042-4, da Capital.

23 Apelação Cível n. 37.400, rel. Des. Mário Machado.

Imprensa, mas no direito comum, devem ser seguidos os critérios normais para a fixação do valor da indenização, a saber, a condição pessoal da vítima, a capacidade econômica do ofensor e a natureza e a extensão do dano moral. Indenização de dez mil reais, correspondente a cem salários mínimos, razoavelmente estabelecida na espécie. Verificada a sucumbência recíproca, equivalente, tem lugar a aplicação do art. 21, *caput*, do CPC”.

Outro julgado da Corte Catarinense tratou de um episódio inusitado. É que o autor da ação indenizatória foi vítima, certa vez, de uma tentativa de furto de seu veículo. Na ocasião, porém, após travar luta corporal com o meliante, acabou por prendê-lo e controlá-lo até a chegada da autoridade policial. Na página policial do dia seguinte, todavia, o jornal deu o proprietário do automotor como ladrão e seqüestrador. Mas, não foi só. No dia imediatamente seguinte, fez publicar uma errata, que, aliás, chamou ainda mais a atenção do público sobre a sua pessoa.

Confirmando o decisório proferido do primeiro grau, o acórdão, da lavra do saudoso Des. Eder Graf, além de coonestar a imposição, à empresa jornalística, de uma reparação na base de 200 salários mínimos em face da configuração, no caso, de irrecusável dano moral, lembrou a lição de Arnaldo Marmitt, *verbis*:

“Os escritos permanecem, vencendo anos e séculos. Se redigidos com desvio do direito público de informação, fomentados por sensacionalismo fácil e sem preocupação com a verdade, configura-se abuso do direito de noticiar. O abuso de direito consistente no exercício anormal da faculdade de informar o público é ato ilícito reparável pelo direito comum, desde que tenha causado dano moral ou patrimonial a alguém”.

Em outro aresto desta Corte de Justiça, também da relatoria do Des. Pedro Manoel Abreu²⁴, a sentença que submeteu jornal diário ao pagamento de indenização de 100 salários mínimos acabou por ser confirmada, dado que reconhecido haver o periódico extravasado os limites do *animus narrandi*, já que, ao fazer cobertura de um incidente político-partidário, deu o autor da ação reparatória, à época diretor do presídio de Blumenau, como profissional “*incompetente*” e “*péssimo administrador*”, maculando, pois, a sua imagem e bom nome, ostentado, a propósito, a sua ementa:

“O exercício da liberdade de informação pelos meios de divulgação social (jornal, rádio e televisão) não pode ultrapassar os limites do direito de crítica, esclarecimento e instrução da sociedade respondendo cada um pelos abusos que cometer. Caracteriza o abuso a ofensa à honra de

24 Apelação Cível n. 97.003314-1, de Timbó.

alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime, ou simplesmente ofensivo à sua reputação, ou, ainda, ofendendo-lhe a dignidade e o decoro (RT 681/163)”.

Por fim, há também precedente²⁵ tratando, por igual, de noticiário jornalístico que exorbitou os limites do denominado *animus narrandi*, no qual veiculou-se matéria no sentido de ser, injustamente, um funcionário público “*esquentador*” — ou seja, fraudador — de documentos de veículos automotores, impondo-se à empresa jornalística catarinense uma reparação pecuniária igual a 200 salários mínimos, salientando-se, a propósito, na ementa do aresto, relator o Des. Anselmo Cerello:

“O jornal que veicula a notícia referindo-se a ex-policial e funcionário público municipal como adulterador de documentação, referente a veículo roubado, não levando em conta a sua qualificação profissional, tirando inferências afoitas, extrapola o direito de informar e exorbita os limites do animus narrandi, ferindo a honra e causando dano moral, daí cabendo a indenização prevista nos artigos 51 e 53 da Lei de Imprensa”.

Nada obstante estas hipóteses de manifestação judicial positiva, desta Corte Catarinense, quanto a pedidos de reparação pecuniária em face de dano moral decorrente de noticiário jornalístico, em pelo menos três oportunidades houve, neste particular, decisão negativa a respeito de pedidos similares.

É o que sucedeu em precedentes provindos das comarcas de Blumenau e Tubarão, em que este Tribunal de Justiça²⁶ reconheceu a inavaliabilidade da pretensão reparatória em tendo em vista que, no primeiro caso, um delegado de polícia dizia-se lesado em sua honra, dado que o jornal, ao cobrir noticiário policial, o dera como “incompetente, arbitrário e prepotente”, e, no segundo e terceiro casos, pessoas acusadas de crime foram tidas, pelos jornais, como componentes de uma quadrilha de assaltantes.

Entrementes, ao confirmar os decisórios negativos de primeiro grau, a fundamentação dos acórdãos foi centrada, basicamente, na circunstância segundo a qual não tendo o jornal transbordado os limites próprios da liberdade de imprensa, resignando-se em reproduzir as afirmações proferidas por terceiros a respeito de acontecimento relevante da comunidade, sem abandono da posição de neutralidade e sem emprestar ao fato realce desnecessário, preocupando-se, ainda, em conceder oportu-

25 Apelação Cível n. 97.013876-8, da Capital.

26 Apelações Cíveis ns. 88.085594-6, 88.077796-1 e 98.017177-6, relatores os Desembargadores Vanderlei Romer, Nilton Macedo Machado e Carlos Prudêncio, respectivamente.

tunidade ao injuriado para apresentação de resposta às imputações que lhe foram assacadas, descabia a concessão de indenização por ofensa à honra, pleiteada contra a empresa proprietária do aludido veículo informativo.

6 — Conclusões

É irrecusável, como acima examinado, o papel relevante que a imprensa desempenhou no curso dos tempos na história da humanidade. E o reconhecimento dessa relevância ganha corpo nos dias atuais, em que, proverbialmente, a complexidade da sociedade hodierna está a exigir do ser humano que a compõe cada vez maior engajamento e participação, até como modo de autopreservação, seja dos direitos individuais seja dos transindividuais.

Atente-se, a propósito, para a grande e indispensável contribuição que a imprensa livre e responsável do nosso País tem dado, ultimamente, para o aperfeiçoamento do regime democrático, em razão dos episódios desabonadores envolvendo os homens responsáveis pela condução dos negócios públicos.

Como negar, pois, a importância que os meios de imprensa têm para com a por vezes desprotegida população brasileira?

Por isso mesmo é que, segundo o professor Darcy Arruda Miranda, *“o jornalista, no seu magnífico sacerdócio, deve ser sereno como um juiz, honesto como um confessor e verdadeiro como um justo. A liberdade que se lhe outorga, através de preceitos constitucionais e de lei ordinária, é tão grande como a responsabilidade que lhe impõe o dever de compreendê-la e aplicá-la”*²⁷.

Bem verdade que, vez por outra, abusos sucedem, tisonando a honra de pessoas.

Aí é que avulta a responsabilidade do Poder Judiciário, a quem cabe fazer valer os parâmetros normativos constitucionais e infraconstitucionais, impondo, por isso mesmo, quando cabível, a reparação pecuniária pelo dano moral e/ou material caracterizados em face da não aplicação deontológica da liberdade de informação por aqueles que detêm o seu monopólio.

Vozes respeitáveis têm-se manifestado, nos últimos tempos, porém, pela necessidade de ser revista a normatização a respeito da discipli-

27 *Abusos da liberdade de imprensa*. Revista dos Tribunais, 1959, p. 34.

na dos chamados crimes de imprensa, e, bem assim, o estabelecimento de novos parâmetros indenizatórios nas hipóteses de responsabilidade civil dos profissionais da imprensa, dado que a Lei n. 5.250/67 não mais atende aos anseios da comunidade jurídica brasileira, sobretudo no que pertine à tarificação pecuniária ora vigente, que atentaria, segundo alguns, contra o princípio da ampla reparação, insculpido na superveniente disposição constitucional prevista no inciso X do artigo 5º da Constituição da República.

Basta observar, a propósito dos precedentes jurisprudenciais *susos* referidos, a diversidade de valores que se estabelecem, no âmbito do Poder Jurisdicional, quando o julgador precisa impor, na sentença ou no acórdão, a verba pecuniária objeto do pedido indenizatório.

A exemplo do professor Antonio Chaves²⁸, penso que o julgador, em algumas ocasiões, pode abandonar os limites tarifados da Lei de Imprensa, a fim de impor indenização que os suplante, desde que as circunstâncias assim recomendem, a fim de que se lhe não avilte os propósitos indenizatórios consagrados pelo princípio de direito civil, que evidencia sejam os mais amplos, justos e reparadores possíveis.

De todo modo, o juiz, nessas hipóteses, quando tiver de arbitrar o montante pecuniário, deve cuidar, fundamentalmente, tanto quanto possível, de examinar, entre outros aspectos, segundo tem orientado a jurisprudência²⁹: 1º) a intensidade do dolo e o grau de culpa do ofensor; 2º) a intensidade do abalo sofrido pelo ofendido; 3º) a repercussão havida com a notícia divulgada; e, 4º) a condição social, inclusive, econômico-financeira, do ofensor e do ofendido, a fim de tornar apta à satisfação da dor deste e de ser adequada para dissuadir aquele de igual ou novo atentado.

28 *Imprensa. Captação audiovisual. Informática e os direitos da personalidade*, RT 729, p. 11.

29 Apelações Cíveis ns. 98.012531-6 e 42.954, TJSC, além dos precedentes publicados em RT 485/230 e 631/184.

A CONCESSÃO DE LICENÇA-PRÊMIO AOS MAGISTRADOS

Fábio Nilo Bagattoli

Juiz de Direito Substituto do TJSC

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Dos períodos aquisitivos de licença-prêmio transcorridos antes da edição da LOMAN. 3. Dos períodos aquisitivos de licença-prêmio transcorridos após a edição da LOMAN e antes do julgamento da AO n. 155-2/RS, pelo Supremo Tribunal Federal. 4. A concessão da licença-prêmio no âmbito da Administração Pública. 5. As licenças-prêmios já concedidas frente à Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98. 6. Dos períodos aquisitivos de licença-prêmio no Estado de Santa Catarina. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

1. Considerações iniciais

O presente trabalho nasceu de estudos realizados em processos administrativos de magistrados visando à contagem, em dobro, de períodos de licença-prêmio já concedidos.

Não se tem a pretensão de esgotar a matéria e tampouco de solucionar definitivamente a questão oriunda dos períodos aquisitivos de licença-prêmio transcorridos a partir da vigência da Lei Orgânica da Magistratura Nacional — Lei Complementar n. 35, de 14/3/79 —, até o julgamento da Ação Originária n. 155-2/RS, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 23/8/95.

Sua apresentação justifica-se ante a escassa literatura a respeito e visa, apenas, a apresentar elementos ao debate, de modo a permitir melhor análise acerca da controvérsia.

2. Dos períodos aquisitivos de licença-prêmio transcorridos antes da edição da LOMAN

Os períodos aquisitivos de licença-prêmio completados antes da vigência da Lei Orgânica da Magistratura Nacional — Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, devem ser resguardados em respeito ao direito adquirido, não merecendo maiores considerações, até por tratar-se de questão ultrapassada.

Vale citar, apenas a título ilustrativo, que, na esfera administrativa, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina já se pronunciou no sentido de que o magistrado que completou os períodos aquisitivos de licença-prêmio antes do advento da LOMAN tem direito à sua concessão, *verbis*:

“Licença-prêmio — Magistrado — Período anterior à vigência da LC n. 35, de 14/3/79 — Direito adquirido, posto que legal a sua época — Julgado do Supremo Tribunal Federal (Ação Originária n. 155-2, RGS, de 23/8/95), inaplicável ao caso concreto — Pedido deferido.

“Anteriormente à Lei Orgânica da Magistratura (LC n. 35/79), que não mais contemplou os Juízes com direito à licença-prêmio (art. 69), legal era o seu deferimento aos Magistrados, posto que se lhes aplicava subsidiariamente o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado, concessivo da licença especial aos servidores em geral”¹.

3. Dos períodos aquisitivos de licença-prêmio transcorridos após a edição da LOMAN e antes do julgamento da AO n. 155-2/RS, pelo Supremo Tribunal Federal

A questão torna-se mais complexa, merecendo, assim, maior atenção em seu exame, nas hipóteses dos períodos aquisitivos de licença-prêmio transcorridos a partir da vigência da Lei Complementar n. 35/79, mesmo porque apenas essa hipótese, por óbvio, é a que se verifica atualmente.

Em 23/8/95, o Supremo Tribunal Federal, com o julgamento da Ação Originária n. 155-2/RS por seu Tribunal Pleno, decidiu que “Peran-

te a enumeração exaustiva do art. 69 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35/79), ficaram revogadas as leis estaduais concessivas do direito de licença-prêmio ou especial aos magistrados, aos quais, igualmente, não se aplicam as normas que confirmam esse mesmo direito aos servidores públicos em geral”².

Cumpra acrescentar, entretanto, que, em decisão anterior da sua Primeira Turma, o Supremo Tribunal Federal entendeu possível a concessão de gratificação de substituição aos juízes substitutos correspondente à média mensal das quantias efetivamente auferidas nos últimos 12 meses nas férias e licenças-prêmios³. Infere-se do julgado, assim, que o Supremo Tribunal Federal, mesmo que não tenha dito expressamente, admitia a concessão da licença-prêmio aos magistrados, tanto que permitia que o magistrado substituto percebesse a gratificação de substituição nas férias e licenças-prêmios.

A Lei Complementar n. 35, de 14/3/79, por sua vez, é omissa ao impor a limitação expressa às hipóteses de concessão de licenças, prevenindo apenas a impossibilidade de “*concessão de adicionais ou vantagens pecuniárias*” nela não previstas, segundo os arts. 65, § 2º, e 145, *caput*.

O art. 65, § 2º, dispõe:

“É vedada a concessão de adicionais ou vantagens pecuniárias não previstas na presente Lei, bem como em bases e limites superiores aos nela fixados”.

O *caput* do art. 145, por sua vez, preceitua:

“*As gratificações e adicionais atualmente atribuídos a magistrados, não previstos no art. 65, ou excedentes das percentagens e limites nele fixados, ficam extintos e seus valores atuais passam a ser percebidos como vantagem pessoal inalterável no seu quantum, a ser absorvida em futuros aumentos ou reajustes de vencimentos*” (grifo não constante do original).

A LOMAN destina capítulos próprios e distintos tanto para as denominadas “vantagens pecuniárias” (Capítulo I do Título IV) bem como às “licenças” (Capítulos III do Título IV) sendo a vedação do § 2º do art. 65 da LOMAN destinada especificamente às primeiras, sem qualquer referência às segundas.

Acrescente-se, ainda, que, se a LOMAN, ao contrário do que fez às “vantagens pecuniárias”, não prevê disposição normativa restringindo as hipóteses de concessão de licenças, é vedado ao intérprete da lei restringir a aplicação de licenças por ela não previstas.

Washington de Barros Monteiro preleciona:

“A doutrina e a jurisprudência estabeleceram vários e preciosos preceitos interpretativos: (...) e) – onde a lei não distingue, o intérprete não deve igualmente distinguir; (...) i) – urge se considere o lugar onde está colocado o dispositivo, cujo sentido deve ser fixado”⁴.

E como lembra Carlos Maximiliano:

“Os títulos, as epígrafes e as rubricas da lei em conjunto, ou de capítulo ou parágrafo, não fazem parte, propriamente, da norma escrita, não foram discutidos nem votados, não contêm uma regra explícita. Entretanto, foram presentes aos legisladores e aceitos como acessórios da lei, destinados a indicar a ordem e a correlação entre as suas partes.

*“Deve-se presumir ser a epígrafe oportuna, expressiva, regular; na falta de argumento sólido em contrário, admite-se que apenas compreende o objeto exato da norma, e, portanto, serve para deduzir o sentido e o alcance desta”*⁵.

E, após, ressalta:

“Tomada a interpretação sob o aspecto formal ou técnico-sistemático, deve-se ter em vista, acima de tudo, o lugar em que um dispositivo se encontra. *Especialmente das relações com os parágrafos vizinhos, o instituto a que pertence o conjunto da legislação se deduzem conclusões de alcance prático, elementos para fixar as raiais de domínio da regra positiva*”⁶.

Assim, não se tratando de lei revogando a possibilidade de concessão da licença-prêmio ao magistrado, já que a Lei Orgânica da Magistratura não a proíbe expressamente, a questão gira tão-somente na exegese jurisprudencial acerca da admissibilidade de aplicação subsidiária de normas diversas das contidas na LOMAN no que tange à concessão de vantagens aos magistrados.

Até 23/8/95 inexistia posição categórica do Excelso Pretório negando a possibilidade de concessão. Ao contrário, mesmo implicitamente, o Supremo Tribunal admitia sua concessão.

Inexistindo proibição legal expressa, e não havendo até então declaração do Órgão máximo do Poder Judiciário acerca da matéria, nada obstava fossem legalmente concedidas licenças-prêmios aos magistrados.

A decisão do STF, diga-se de passagem, não tem efeito *erga omnes*, e tampouco de desconstituir relações jurídicas firmadas, que já integram o patrimônio jurídico do indivíduo.

In casu, até a decisão do Supremo Tribunal Federal, em 1995, o entendimento era da legalidade da concessão da licença-prêmio a magistrado. Destarte, as averbações ocorridas até a data da referida decisão merecem ser resguardadas em respeito ao direito adquirido.

Se, ao tempo da concessão da licença-prêmio, a utilização subsidiária do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado (Lei n. 6.745/85) era admitida como legal, não podem os Tribunais, como entidades da Administração Pública, sob o argumento de haver alterado o entendimento acerca da matéria, desconstituir relações jurídicas já consolidadas, mesmo que o entendimento do Supremo Tribunal, atualmente, seja no sentido de não se aplicar a legislação do funcionalismo público em geral aos magistrados, quanto à concessão de licença-prêmio.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, administrativamente, já se manifestou:

“Processo administrativo. Magistrado que requer aposentadoria por ter cumprido o interstício temporal. Averbação em dobro das licenças-prêmio não gozadas. Possibilidade. Pedido administrativo deferido em 1991. Situação consolidada que não pode ser atingida pelas decisões do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal, datadas de 1995, que vedaram, de conformidade com a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a concessão de licença-prêmio aos magistrados. Pedido deferido”⁷.

A impossibilidade reconhecida pelo Excelso Pretório, ademais, refere-se à *concessão* da licença-prêmio ao magistrado, e não ao direito de *usufruir* licença *já concedida anteriormente*, quando este não possuía a condição de magistrado e o entendimento pretoriano não vislumbrava óbice em sua concessão.

Com o deferimento e posterior averbação na ficha funcional do magistrado — atos individuais e unilaterais da Administração Pública —, o direito à licença-prêmio integra-se ao patrimônio do magistrado, transformando-se em atos jurídicos perfeitos que não podem ser por ela olvidados.

Segundo dispõe o § 2º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil:

“Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

E na lição de Beviláqua, citado por R. Limongi França:

“O direito quer que o ato jurídico perfeito seja respeitado pelo legislador e pelo intérprete na aplicação da lei, precisamente porque o ato jurídico é gerador, modificador ou extintivo de direitos. Se a lei pudesse dar como inexistente ou inadequado o ato jurídico (...) o direito adquirido, dele oriundo, desapareceria por falta de título ou fundamento. Assim, a segurança do ato jurídico perfeito é um modo de garantir o direito adquirido, pela proteção concedida ao seu elemento gerador”⁸.

No sistema jurídico pátrio, mesmo a lei de ordem pública submete-se ao dever de respeitar o direito adquirido, sob pena de, não o fazendo, negar vigência à Constituição Federal quando garante sua proteção no inciso XXXVI do art. 5º.

Aliás, na história do direito brasileiro, a regra geral sempre pairou na irretroatividade das leis e, mesmo quando a admite, a retroatividade opera-se de forma limitada, resguardando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

R. Limongi França, aliás, explicita:

“entre nós, há século e meio, mesmo durante a vigência da Carta de 1937 e da redação primitiva do art. 6º da Lei n. 4.657, de 1942, a regra é a irretroatividade, e a retroatividade a exceção — e assim mesmo quando expressa”⁹.

E acrescente-se, outrossim, que, no caso, não há determinação no sentido de ser aplicado retroativamente o entendimento pretoriano adotado pelo Excelso Pretório em 1995.

4. A concessão da licença-prêmio no âmbito da Administração Pública

Administrativamente, é na ficha funcional do servidor que o Estado assenta as relações jurídicas referentes à esfera individual daquele. Uma vez praticado e averbado o ato, ele passa a surtir efeitos jurídicos em relação ao servidor, os quais, como visto, não podem ser desconsiderados pela Administração.

Ainda pelo princípio da autotutela, a atuação da Administração Pública encontra limites no direito adquirido, justamente para, em nome da segurança e da ordem das relações jurídicas, resguardar não só os direitos como os deveres dos administrados advindos dos atos por ela praticados.

Segundo José Eduardo Martins Cardozo, o princípio da autotutela, que orienta a atuação da Administração Pública “pode ser definido como aquele que outorga à Administração Pública a prerrogativa de anular administrativamente seus atos sempre que estejam em desacordo com a lei, ou de revogá-los sempre que se mostrem inconvenientes ou inoportunos aos interesses públicos”¹⁰.

E acerca da segurança jurídica, Brasilino Pereira dos Santos, Procurador Regional da República e mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília, esclarece:

“O princípio da segurança jurídica postula que os direitos subjetivos gerados por uma norma jurídica devem perdurar mesmo após a revogação de tal norma, preservando-se, por força do próprio princípio da estabilidade das relações jurídicas, a situação jurídica criada para o indivíduo”¹¹.

Segundo a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

“A administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originaram direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, *respeitados os direitos adquiridos*, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (grifo não constante do original).

Vale frisar, não se trata de ato nulo, pois, até a já mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em 23/8/95, a concessão de licença-prêmio a magistrado era considerada legal e, portanto, válida e eficaz. Vale novamente ressaltar: a questão restringe-se apenas à exegese jurisprudencial acerca da admissibilidade de aplicação subsidiária de normas diversas das contidas na LOMAN no que tange à concessão de vantagens aos magistrados.

A possibilidade jurídica da Administração Pública, de mudar o entendimento acerca da matéria, reside no poder que possui de revogar os atos administrativos, na medida de sua conveniência ou oportunidade, já que, na lição de Hely Lopes Meirelles, “A revogação funda-se no poder discricionário de que dispõe a Administração para rever sua atividade interna e encaminhá-la adequadamente à realização de seus fins específicos. Essa faculdade revogadora é reconhecida e atribuída ao Poder Público, como implícita na função administrativa. É, a nosso ver, uma justiça interna, através da qual a Administração ajuíza da conveniência, oportunidade e razoabilidade de seus próprios atos, para mantê-los ou invalidá-los segundo as exigências do interesse público, sem necessidade do contraditório”.

Mas adverte:

“Em princípio, todo ato administrativo é revogável, mas motivos óbvios de interesse na estabilidade das relações jurídicas e de respeito aos direitos adquiridos pelos particulares afetados pelas atividades do Poder Público impõem certos limites e restrições a essa faculdade da Administração”¹².

E por tratar-se de ato individual, que, segundo o autor citado, dirige-se a destinatários certos “criando-lhes situação jurídica particular”¹³, a revogação não pode incidir sobre aqueles que geraram direito subjetivo ao destinatário.

Direito subjetivo, segundo o mestre Hely, “se deve entender aquela situação decorrente de ato válido e exequível que coloque de um lado alguém obrigado a dar, prestar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa e de outro lado alguém que possa exigir essa ação ou abstenção, no seu interesse próprio, por meios judiciais”¹⁴.

E na lição de José Afonso da Silva:

“(…) é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente”¹⁵.

A própria análise acerca da conveniência e oportunidade da Administração em revogar seus atos visa, em face dos atos anteriormente praticados, a evitar que, em hipóteses vindouras, as situações criadas em razão desses atos não voltem a se repetir.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O motivo da revogação é a inconveniência ou inoportunidade do ato ou da situação gerada por ele. É o resultado de uma reapreciação sobre certa situação administrativa que conclui por sua inadequação ao interesse público. É consequência de um juízo feito ‘hoje’ sobre o que foi produzido ‘ontem’, resultando no entendimento de que a solução tomada não convém agora aos interesses administrativos. Pouco importa que o agente entenda que a decisão anterior foi conveniente à Administração”¹⁶.

É, assim, um juízo de valor voltado ao futuro, objetivando, a partir desse momento, evitar as consequências jurídicas originadas dos atos até então praticados, por entender a Administração Pública serem inconvenientes e inoportunos, embora legalmente editados.

E conclui o autor acima:

“A revogação suprime um ato ou seus efeitos, *mas respeita os efeitos que já transcorreram; portanto, o ato revogador tem eficácia ex nunc, ou seja, desde agora, ao contrário da invalidação, que opera ex tunc, isto é, desde então, retroativamente.*”

“A revogação não desconstitui efeitos passados. Apenas, ao atingir um ato ainda ineficaz, impede que este venha a gerar efeitos. Ou, então, ao atingir efeitos de um ato eficaz, encerra seu prosseguimento. *Faz com que termine um ciclo de conseqüências jurídicas próprias da relação criada pelo ato. Finaliza a seqüência de efeitos por ele produzida. Põe um paradeiro neles ao encerrar aquela relação jurídica.*”

“Isto sucede, consoante se indicou, toda vez que a Administração volta a dispor sobre algo que já fora objeto de anterior provimento. Ao modificar ou simplesmente estatuir que elimina o provido anteriormente, estará efetuando uma revogação”¹⁷.

Quanto à revogação dos atos administrativos individuais, Hely Lopes Meirelles conclui na mesma vertente:

“Quanto aos atos administrativos especiais ou individuais, são também, em tese, revogáveis, desde que seus efeitos se revelem inconvenientes ou contrários ao interesse público, *mas ocorre que esses atos podem tornar operantes e irrevogáveis desde a sua origem ou adquirir esse caráter por circunstâncias supervenientes à sua emissão.* E tais são os que geram direitos *e os que transpõem os prazos dos recursos internos,* levando a Administração a decair do poder de modificá-los ou revogá-los. *Ocorrendo qualquer dessas hipóteses, o ato administrativo torna-se irrevogável, como tem entendido pacificamente a jurisprudência.*”

“Em qualquer dessas hipóteses, porém, consideram-se válidos os efeitos produzidos pelo ato revogado até o momento da revogação, quer quanto às partes, quer em relação a terceiros sujeitos aos seus efeitos reflexos”¹⁸.

A impossibilidade de averbação em dobro implica, assim, no malferimento de direito adquirido do magistrado, pois, concedida e averbada a licença-prêmio na sua ficha funcional, o direito de usufruí-la integra-se ao seu patrimônio, não podendo a Administração Pública desconsiderá-la a pretexto de alteração de seu entendimento acerca da matéria.

E como relembra Brasilino Pereira dos Santos:

“No caso da licença-prêmio sempre foi livre a opção do titular do direito gozá-la, como licença, ou permanecer trabalhando e contar em dobro o tempo não gozado. Se qualquer autoridade recusasse o direito ao gozo ou ao cômputo em dobro, no momento da aposentadoria, o servidor

poderia, sempre, recorrer às vias judiciais, inclusive via mandado de segurança, por se tratar de direito líquido e certo, bastando a prova documental de possuir licença-prêmio e lhe estar sendo recusado o direito de seu cômputo em dobro, para fins de aposentadoria”¹⁹.

Desse modo, outrossim, eventual pedido de desaverbação de período de licença-prêmio já contado em dobro, para gozo e conversão em pecúnia de parte do período, ou somente para gozo, também é possível, já que se tratam de efeitos decorrentes do próprio direito à licença, não havendo, diante disso, interesse da Administração, porquanto somente ao administrado cabe o direito de escolher o que melhor lhe convier.

5. As licenças-prêmios já concedidas frente à Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98

A Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98, acrescentou o § 10 ao art. 40 da Carta Federal, proibindo a criação de qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício e estendendo a aplicabilidade do preceito aos magistrados pela alteração do inciso VI do art. 93 da Constituição.

Tal norma, entretanto, não pode afrontar a proteção dada pelo Poder Constituinte originário ao direito adquirido dos magistrados que a detém averbada em seus assentos funcionais até 23/8/95, e, por óbvio, antes da promulgação da mencionada Emenda.

Ressalte-se, também, que a averbação em dobro e sua conversão em pecúnia são efeitos legalmente previstos da licença-prêmio (no Estado de Santa Catarina, até a edição da Lei Complementar n. 36/91) e que, portanto, não pode ser suprimida. Tratando-se de direito adquirido, “*este direito não pode ser desrespeitado por força de mera interpretação — de conveniência — de emenda constitucional posterior*”²⁰.

Na hierarquia das leis, as emendas constitucionais, uma vez aprovadas e promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, passam a integrar a Lei Fundamental, detendo a mesma validade e eficácia das demais normas ali constantes. Todavia, por derivarem do Poder Reformador, sua edição encontra-se sujeita às disposições existentes na própria Constituição, que se constitui na personificação da vontade do Poder Constituinte originário, que visam a regulamentar sua auto-reforma.

Oportuno o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca da matéria:

“Em termos jurídicos, *o poder constituinte é ilimitado*. Donde, o que for por ele decidido — não importa o quão chocante ou abstruso possa ser — do ponto de vista do direito positivo é insuscetível de questionamento, já que a normatização por ele instaurada tem, por definição, *caráter inaugural em sentido absoluto*. *É a fonte de validade da ordem jurídica*. *É a origem do Direito*. *É seu termo de referência, pois não se encarta nem precisa se reportar a qualquer norma anterior que a sustenha ou autorize*. Sustenta-se em si própria. Logo, nenhuma pretensão jurídica lhe poderia ser oposta, exatamente porque, para dizer-se jurídica, teria de estar referenciada direta ou indiretamente na própria Constituição. Assim, é óbvio que nada se lhe pode contender, no plano do direito positivo.

“Justamente disto lhe advém a diferença profunda, qualitativa, em relação às Emendas Constitucionais ou a qualquer produção normativa subsequente.

“As Emendas Constitucionais apresentam em relação à Constituição um traço de similitude e um traço de dessemelhança.

“O traço de similitude é o de que suas disposições são hierarquicamente superiores às leis ou a qualquer produção normativa alocada em posição subsequente na pirâmide jurídica, pois se parificam nisto, integralmente, às disposições constitucionais, tanto que, se nelas validamente integradas, comporão o corpo da Lei Magna, à moda de quaisquer outras ali residentes e no mesmo pé de igualdade com as demais.

“Já, seu traço de dessemelhança visceral — e que as faz qualitativamente distintas da produção constituinte, como se disse — reside em que, ao contrário do fruto do labor constituinte, *elas não são originárias, não são inaugurais em sentido absoluto, não são a fonte primeira da juridicidade, não são o primeiro e incontendível termo de referência de toda a ordem jurídica*. *Com efeito, elas sofrem as limitações que lhes advêm da própria Constituição*. *Para serem válidas, estão referenciadas à própria Constituição que modificam e é nela que encontram a fonte de validade para promoverem as alterações que façam*. Em suma: é porque a Constituição permite ser tocada, mexida, é que as Emendas Constitucionais podem ser validamente produzidas. Fora daí seriam inconstitucionais.

“(…)

“A mera circunstância de as Emendas, quando validamente editadas, adquirirem a mesma supremacia da Constituição, na qual se integram e dissolvem, não lhes confere a potencialidade incontrastável que é apanágio do poder constituinte, único gerador de normas que prescindem

de qualquer apoio jurídico que não aquele que — ele próprio — a si mesmo outorga”²¹.

E, após, o autor adverte:

“É certo que, a pretexto de efetuar Emendas Constitucionais, o legislador ordinário — o que não recebeu mandato constituinte e cuja posição é juridicamente subalterna — poderia, inclusive, em comportamento ‘de fato’, não jurídico, derrocar a Constituição, por si mesmo ou tanguido por algum caudilho, travestido ou não de democrata (ou este vier a fazê-lo por si próprio). Diante de evento de tal natureza, as medidas que fossem impostas perderiam o caráter de Emendas. Converter-se-iam, então, elas próprias, em novo exercício do Poder Constituinte, tal como ocorreria após revoluções ou golpes de Estado ou, ainda, nas hipóteses em que é efetuada a convocação de uma Constituinte que vem a produzir nova Lei Magna. É claro, entretanto, que nas situações deste jaez estaria rompida a ordem constitucional vigente e inaugurada outra.

“Assim, não há duvidar que, dentro dos quadros constitucionais, *uma Emenda Constitucional não é senão o fruto de uma autorização constitucional e por isto mesmo, para ser válida, tem que se conter nos limites juridicamente ontológicos daquilo que é uma simples Emenda e não um poder constituinte propriamente dito*”²².

Vale citar, outrossim, o despacho proferido pelo eminente Ministro Celso de Mello, no Mandado de Segurança n. 21.642, proferido em 21/1/93, e no qual preleciona:

“Convém ressaltar, neste ponto, que mesmo as propostas de emenda à Constituição não estão excluídas, quanto à análise de seu conteúdo material e quanto ao exame dos pressupostos de sua formação, da possibilidade de controle pelo Poder Judiciário. *O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar.* As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ‘Curso de Direito Constitucional’, pág. 26, item 15, 18ª ed., 1990). A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar, desde logo, a *judicial review*, que constituirá, nesse

contexto, o instrumento de preservação e de restauração da vontade emanada do órgão exercente das funções constituintes primárias”²³.

Tais limites encontram-se disciplinados no art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988, e em cujo inciso IV dispõe:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

“(…)

“§ 4º — Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

“(…)

“IV — os direitos e garantias individuais”.

Destarte, incluído o direito adquirido no rol de direitos individuais resguardados pela Carta Magna (art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88), sua observância constitui em dever tanto da legislação infraconstitucional, como das emendas constitucionais, sob pena de ser-lhe atribuída a pecha de inconstitucionalidade.

Oportuna, ainda, a lição de José Afonso da Silva quanto à proteção dispensada pela Carta Constitucional de 1988, ao direito adquirido:

“A segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

“Realmente, uma lei é feita para vigorar e produzir seus efeitos para o futuro. Seu limite temporal pode ser nela mesma demarcado ou não. Seu texto, às vezes, delimita o tempo durante o qual ela regerá a situação fática prevista. Outras vezes ela é feita para regular situação transitória, decorrida a qual perde vigência e, conseqüentemente, a eficácia.

“O mais comum, contudo, é que uma lei, uma norma, só perca o vigor quando outra a revogue expressa ou tacitamente. Se a lei revogada produziu efeitos em favor de um sujeito, diz-se que ela criou situação jurídica subjetiva, que poderá ser um simples interesse, um interesse legítimo, a expectativa de direito, um direito condicionado, um direito subjetivo. Este último é garantido jurisdicionalmente, ou seja, é um direito exigível na via jurisdicional. Recebe, assim, proteção direta, pelo que seu titular fica dotado do poder de exigir uma prestação positiva ou negativa.

“A realização efetiva desse interesse juridicamente protegido, chamado direito subjetivo, não raro fica na dependência da vontade do seu titular. Diz-se, então, que o direito lhe pertence, já integra o seu patrimônio, mas ainda não fora exercido. Se vem lei nova, revogando aquela sob cujo império se formara o direito subjetivo, cogitar-se-á de saber que efeitos surtirá sobre ele. Prevalece a situação subjetiva constituída sob o império da lei velha, ou, ao contrário, fica ela subordinada aos ditames da lei nova? É essa colidência de normas no tempo que entra na proteção dos direitos subjetivos que a Constituição consagra no art. 5º, XXXVI, sob o enunciado de que lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”²⁴.

Em suma: o ingresso do direito à licença-prêmio no patrimônio do magistrado gera em seu favor o direito subjetivo a usufruí-la. Mesmo com o advento da Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98, é defeso à Administração Pública, com base nela, negar a possibilidade daquele de gozá-la ou averbá-la em dobro, sob pena de afronta ao direito adquirido, tutelado em normas da Constituição Federal editadas pelo Poder Constituinte originário.

Sobre a matéria, Brasilino Pereira dos Santos leciona:

“Se o direito a gozar ou contar em dobro o período de licença-prêmio existia e tinha validade e eficácia antes da edição da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, esta não tem autoridade para suprimi-lo, porque entre os seus limites de eficácia, relativamente ao ordenamento jurídico precedente, incluem-se os direitos e garantias individuais, conforme previsão do art. 5º, XXXVI, do rol dos ‘direitos e garantias fundamentais’ inscritos no Título II da Lei Magna, no sentido de que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’.

“(…)

*“Este direito ao gozo ou ao cômputo em dobro constitui direito *postestativo* do servidor, que era, como é, irrecusável, pois independia, como ainda independe, para ser exercido, de qualquer condição ou do arbítrio de quem quer que seja, a partir do momento em que completado o decênio ou o quinquênio de serviço público, nas condições estipuladas pelo ordenamento jurídico vigente antes da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998”²⁵.*

Ademais, segundo o art. 3º da Emenda n. 20/98, “É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem co-

mo aos seus dependentes, *que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente*” (grifo não constante do original).

E o art. 4º da referida Emenda, por sua vez, dispõe:

“Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, *o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição*” (grifo não constante do original).

Infere-se do teor dos dispositivos invocados que a própria Emenda n. 20/98, em respeito ao direito adquirido, resguarda as situações consolidadas com base na legislação anterior.

É como conclui Brasilino Pereira dos Santos quando preleciona:

“Para nós, a própria Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98, em seus arts. 3º e 4º, quando trataram da questão da contagem do tempo de serviço para efeito de aposentadoria, mandaram, implicitamente, estas garantias constitucionais, aliás, como o não poderia deixar de ser, e com absoluta coerência ao princípio da segurança jurídica (...).

“Nota-se que o art. 4º não fez a distinção entre tempo fictício e não fictício e nem o § 10 do art. 40, pois nele não há referência à lei anterior. Nele está escrito:

‘§ 10. A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício’.

“O verbo *poder* está conjugado no futuro *poderá*, por isso que está a se referir à lei que vier a ser editada depois ‘não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício’. Mas e as Constituições anteriores? Continham semelhante norma? Não? Então, a norma de emenda constitucional posterior não pode invalidar as leis anteriores, baixadas sob o pálio das Constituições anteriores e da própria Constituição de 1988.

“Enfim, temos que um dos direitos assegurados pela Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98, em respeito à legislação anterior, foi o direito adquirido à aposentadoria por tempo de serviço, equiparada à aposentadoria por tempo de contribuição instituída por esta Emenda, independente de se tratar de tempo de serviço simples ou em dobro, pois, feita esta distinção, ferir-se-ia o direito adquirido.

“(…)”

“Como visto, pensamos que o próprio art. 4º da Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98, ao dispor que ‘o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição’, torna inócua a interpretação oficial que defende a proibição do cômputo em dobro do tempo de licença-prêmio não gozada, para fins de aposentadoria, no caso de o tempo de serviço para este fim vier a se completar somente depois de 15 de dezembro de 1998.

“(…)

“Para nós, é indiscutível a existência de evidente lesão a direito líquido e certo dos servidores a ensejar a concessão de mandado de segurança, a fim de que seja respeitada a Lei Maior.

“A clareza do artigo 3º da EC n. 20 dispensa quaisquer outras ponderações a respeito de ser devida a contagem em dobro do período de licença-prêmio para efeitos de aposentadoria.

“Com efeito, a Emenda Constitucional n. 20 resguardou o instituto do direito adquirido, deixando claro que os fatos ocorridos até a data de sua publicação seriam regidos pela legislação então vigente.

“Só este dado seria suficiente para demonstrar que a referida Emenda veio para operar efeitos *ex nunc*, não havendo fundamento razoável, portanto, para que a Administração Pública continue criando dificuldades para a aplicação do texto constitucional, insistindo na tese de que com o advento da EC n. 20 não mais poderá ser considerado para efeito de contribuição qualquer tempo fictício, caso da licença-prêmio contada em dobro, independentemente da data em que o direito foi aperfeiçoado”²⁶.

6. Dos períodos aquisitivos de licença-prêmio no Estado de Santa Catarina

Neste Estado, cumpre ressaltar a existência da Lei Complementar Estadual n. 36, de 18 de abril de 1991, que, em seu art. 2º, *caput*, proíbe a conversão em pecúnia e a contagem em dobro dos períodos de licença-prêmio, cujos efeitos, entretanto, não podem incidir sobre as licenças concedidas anteriormente à edição da lei, sobre as quais pairam a proteção constitucional dispensada ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, como visto alhures.

No entanto, não há que se falar em direito adquirido ao cômputo em dobro da licença, nem à conversão em pecúnia, quando o período aquisitivo do direito à licença-prêmio ter sido concluído quando já em vigor a mencionada Lei Complementar n. 36/91, que limitou as possibilidades de usufruir a licença. Até a conclusão do seu período aquisitivo existia apenas mera expectativa de direito de averbá-la em dobro ou de convertê-la em pecúnia.

Na lição de R. Limongi França, expectativa de direito “é a faculdade jurídica abstrata ou em vias de concretizar-se, cuja perfeição está na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico”²⁷.

A possibilidade de o magistrado contar em dobro ou converter em pecúnia período de licença-prêmio subordina-se, por óbvio, à anterior aquisição do próprio direito à licença-prêmio, sem o que inviável cogitar-se da referida contagem já que dela decorrente.

Isso não quer dizer que, uma vez concedida a licença após a Lei Complementar n. 36/91, não possua direito de gozá-la, desde que incorporado tal direito ao seu patrimônio antes da mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu incabível a concessão aos magistrados, de 23/8/95, e da Emenda Constitucional n. 20, de 15/18/98.

7. Conclusão

A Lei Orgânica da Magistratura — Lei Complementar n. 35, de 14/3/79, não prevê expressamente a impossibilidade de concessão da licença-prêmio ao magistrado, centrando-se a questão tão-somente na exegese jurisprudencial acerca da admissibilidade de aplicação subsidiária de normas diversas das contidas na LOMAN, no que tange à concessão de vantagens aos magistrados.

Inexistindo proibição legal expressa e não havendo, até então, declaração do Órgão máximo do Poder Judiciário acerca da matéria, nada obstava fosse legalmente concedida licença-prêmio aos magistrados. Mesmo que o Supremo Tribunal entenda, agora, não se lhes aplicar a legislação do funcionalismo público em geral, é defeso aos demais Tribunais, como entidades da Administração Pública, sob o argumento de haver alterado o entendimento acerca da matéria, desconstituir relações jurídicas já consolidadas quando, ao tempo da concessão da licença-prêmio, a utilização subsidiária do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado (Lei n. 6.745/85) era admitida como legal.

Ademais, a impossibilidade reconhecida pelo Excelso Pretório refere-se à concessão da licença-prêmio ao magistrado e não ao direito de usufruir licença já concedida anteriormente quando o magistrado não possuía esta condição e o entendimento pretoriano não vislumbrava óbice à sua concessão.

As concessões de licença-prêmio aos magistrados não se constituem atos nulos, pois até a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em 23/8/95, a hipótese era considerada legal. Assim, a atuação dos demais Tribunais em rever o entendimento acerca da matéria repousa no poder discricionário que detém de revogar os atos, na medida de sua conveniência ou oportunidade e decorrente do princípio da autotutela. Tal princípio, entretanto, encontra limites no direito adquirido, justamente para, em nome da segurança e da ordem das relações jurídicas, resguardar não só os direitos como os deveres dos administrados, advindos dos atos por ela praticados.

Tratando-se de ato individual, dirigido a destinatários certos, a revogação das licenças-prêmios concedidas a magistrados não pode incidir sobre situações jurídicas particulares já firmadas, a pretexto da alteração de seu entendimento acerca da matéria.

Mesmo com o advento da Emenda Constitucional n. 20, de 15/12/98, é defeso à Administração Pública, com base nela, negar a possibilidade daquele de gozá-la ou averbá-la em dobro, sob pena de afronta ao direito adquirido, tutelado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e fruto do Poder Constituinte originário. Aliás, a própria Emenda n. 20/98, em respeito ao direito adquirido, resguarda as situações consolidadas com base na legislação anterior, segundo o teor dos seus arts. 3º e 4º.

No Estado de Santa Catarina, entretanto, com a edição da Lei Complementar Estadual n. 36, de 18/4/91, as possibilidades de usufruir a licença-prêmio foram reduzidas. A partir dessa lei, é vedada a contagem em dobro dos períodos de licença-prêmio, bem como sua conversão em pecúnia. Em assim sendo, concluído o transcurso do período aquisitivo de licença-prêmio quando já em vigor a Lei Complementar n. 36/91, resta ao magistrado apenas a possibilidade de gozá-la.

Assim, até a conclusão do período aquisitivo da licença-prêmio, existia apenas mera expectativa de direito de averbá-la em dobro ou de convertê-la em pecúnia.

8. Bibliografia

1. Processo Administrativo n. 96.009037-1, da Capital, relator Des. Alcides Aguiar, julgado em 20/11/96, votação unânime.
2. Relator Ministro Octávio Gallotti, publicado no DJU de 10/11/95, p. 38.310.
3. RE n. 93.149/SC, Primeira Turma, relator Min. Soares Muñoz, votação unânime, julgado em 18/11/80, publicado no DJU de 5/12/80, p. 10.358.
4. Curso de Direito Civil, 1º volume, 30ª ed., 1991, p. 37.
5. Hermenêutica e Aplicação do Direito, 16ª ed., 1997, p. 266, grifo não constante do original.
6. *Op. cit.*, p. 269, grifo não constante do original.
7. Processo Administrativo n. 119539-99.5, relator Des. Genésio Noll, votação unânime, data da decisão: 15/9/99.
8. A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido, 5ª ed., 1998, p. 220.
9. *Op. cit.*, pp. 214/215.
10. Princípios Constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional 19/98), *in* Os 10 anos da Constituição Federal, Alexandre de Moraes, Coordenador, Ed. Atlas, 1999, p. 181.
11. O Direito Adquirido à Contagem em Dobro da Licença-Prêmio, *in Jus Navigandi* — www.jus.com.br/doutrina/ec20licpr.html.
12. Direito Administrativo Brasileiro, 24ª ed., 1999, pp. 184/185.
13. *Op. cit.*, p. 146.
14. *Op. cit.*, p. 185, nota de rodapé n. 86.
15. Curso de Direito Constitucional Positivo, 17ª ed., 2000, p. 434.
16. Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, 1999, p. 325.
17. *Op. cit.*, p. 326, grifo não constante do original.
18. *Op. cit.*, p. 185, grifo não constante do original.
19. *Jus Navigandi, op. cit.*

20. Brasilino Pereira dos Santos, O Direito Adquirido à Contagem em Dobro da Licença-Prêmio, *in Jus Navigandi, op. cit.*
21. *Op. cit.*, pp. 211/212, grifos não constantes do original.
22. *Op. cit.*, pp. 212/213.
23. RDA 191/201, grifo não constante do original.
24. *Op. cit.*, pp. 433/434, grifo não constante do original.
25. *Jus Navigandi, op. cit.*
26. *Jus Navigandi, op. cit.*, grifo não constante do original.
27. *Op. cit.*, p. 226.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.002390-7, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Mandado de segurança — Indeferimento de pedido de matrícula — Aprovação no concurso vestibular — Inconclusão do ensino médio — Prestação jurisdicional positiva — Ofensa à regra do art. 44, II, da Lei n. 9.394/96 — Reexame necessário e apelo acolhidos — Denegação da ordem.

O art. 44 da Lei n. 9.394/96 que “estabelece as diretrizes e bases da educação nacional”, fixa dois requisitos ao ingresso nos cursos de graduação do ensino superior, quais sejam, a conclusão do ensino médio e a aprovação em processo seletivo. Não há, por conseguinte, direito à matrícula quando não preenchido algum deles, sob pena de afronta à lei.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.002390-7, remetidos pelo Juízo de Direito da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que é apelante o representante do Ministério Público, sendo apelados Luís Gustavo dos Santos, assistido por Célio Acelino dos Santos, e o Reitor da Universidade do Vale do Itajaí — Univali:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao reexame necessário e ao apelo para denegar a segurança.

Custas na forma da lei.

Luís Gustavo dos Santos, assistido por seu pai, Célio Acelino dos Santos, por seu advogado, impetrou mandado de segurança em face de ato praticado pelo Reitor da Universi-

dade do Vale do Itajaí (Univali), que teria denegado pedido de matrícula sob o argumento da inconclusão do 2º grau. Relatou o impetrante que, à época, estava prestes a concluir o ensino médio e, tendo sido aprovado no concurso vestibular, teria direito líquido e certo ao ingresso na faculdade. Requereu a concessão de medida liminar e, ao final, sua confirmação.

Deferida aquela (fl. 29), prestou informações à autoridade tida como coatora, arguindo impossibilidade de impetração do mandamus contra a lei em tese, falta de direito líquido e certo e ferimento ao art. 44, II, da Lei n. 9.394/96.

Há parecer do Ministério Público no sentido da denegação do writ. A prestação jurisdicional, porém, é positiva.

Irresignado, apela o Parquet reeditando os argumentos da prestação de informações pela autoridade tida como coatora, almejando a anulação do decisum a fim de que seja denegada a ordem.

Há resposta subscrita pelo Reitor da Universidade, na qual se postula em favor da mesma tese apresentada pelo membro do Ministério Público.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt, manifesta-se pelo desprovimento do reclamo.

É o breve relato.

Indene de dúvida é que reiteradas decisões têm sido tomadas no sentido da concessão da segurança em hipóteses idênticas a esta. Tal exegese, data venia, não é a que deve prosperar.

O art. 44 da Lei n. 9.394/96 é taxativo:

“A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas:

“(…)”.

“II — de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo”.

Dessa forma, ilegal é a matrícula, em cursos de graduação de ensino superior, de candidatos que não preenchem ambos os requisitos legais: a conclusão do ensino médio e a aprovação em processo seletivo, normalmente realizado sob a forma de “concurso vestibular”.

Nesse sentido já se decidiu: “O candidato aprovado em vestibular, se não concluiu o segundo grau, não tem direito, menos ainda líquido e certo, à matrícula (Lei n. 9.394/96, art. 44, II). A sua admissão poderá importar na exclusão de candidato que tenha cumprido as exigências legais, circunstância que torna este litisconsorte necessário” (ACMS n. 99.002397-4, Des. Newton Trisotto).

Regra semelhante à do dispositivo sub examinen restava insculpida no corpo normativo que precedeu à Lei n. 9.394/96 — o art. 17, a, da Lei n. 5.540. Com supedâneo em tal preceito legal, decidia-se: “A prova da conclusão do segundo grau ou equivalente é requisito básico para ingresso no curso universitário (art. 17, a, Lei n. 5.540/68 e Res. n. CFE 9/78) e, ausente esta, o cancelamento da matrícula quando o aluno ainda está iniciando o curso se impõe” (ACMS n. 3.666, Des. Eder Graf).

Dessa toada, conceder a segurança, na hipótese, significa ir frontalmente de encontro ao texto legal.

E como bem destacou o Des. Newton Trisotto no aresto já referido, "a jurisprudência, fonte mediata de Direito, deve ser edificada na interpretação da lei e não contra legem, respeitando-se o ordenamento jurídico positivo, sob pena de transformar-se em 'construção legislativa', no expressivo dizer do Ministro Carlos Veloso (RT 658/202)".

Ante o exposto, provê-se o reexame necessário e o apelo para denegar a ordem almejada na inicial.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz César Medeiros, Eládio Torret Rocha, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 28 de setembro de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.011399-0, DE BLUMENAU

Relator: Des. Silveira Lenzi

Tributário. ICMS. Creditamento de operações de aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo da empresa contribuinte. Vedação imposta pelo art. 31, II, do Convênio 6.688. Possibilidade, entretanto, em face do art. 20 da LC 8.796. Restrição temporal prevista no art. 33, I, desta mesma norma.

Violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Art. 155, § 2º, inc. I, da CF/88. Julgamento suspenso. Incidente de inconstitucionalidade suscitado perante o Órgão Especial do Tribunal Pleno. Inteligência dos arts. 480 e 481 do Código de Processo Civil.

Verificada a plausibilidade da alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo de Poder Público, falece à Câmara competência para apreciar a matéria, devendo submetê-la ao Órgão Especial do Tribunal Pleno.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.011399-0, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante Sul Fabril S.A., e apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, sobrestar o julgamento e suscitar o incidente de inconstitucionalidade perante o Órgão Especial do Tribunal Pleno.

Custas na forma da lei.

Relatório

Trata-se de apelação cível em mandado de segurança interposta por Sul Fabril S.A. contra a sentença de fls. 657/662 que indeferiu a segurança postulada em face do Coordenador da Receita Estadual de Blumenau.

Alega que o mandamus foi impetrado com o objetivo de garantir-lhe o direito de compensar créditos extemporâneos de ICMS, pagos na aquisição de materiais de uso e consumo da empresa, sob o argumento de que o Convênio n. 6.688, que vedava esta prática, afronta o princípio da não-cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Sustenta, ainda, que, reconhecida a possibilidade de creditar-se dos valores pagos a este título, a correção monetária é uma conseqüência lógica dessa operação, uma vez que os débitos fiscais não podem ter privilégios em relação aos créditos.

Apresentadas as contra-razões, o Ministério Público manifesta-se pela manutenção do decisum.

Alçaram os autos a esta Superior Instância, onde a Procuradoria-Geral de Justiça reitera a posição de sua congênera a quo.

Voto

A questão resume-se a saber se a proibição contida no inc. II do art. 31 do Convênio n. 6.688, vigente até a edição da Lei Complementar n. 8.796, e o art. 33, inc. I, desta última norma, encontram-se em desacordo com o princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Pelo teor do art. 155, § 2º, inc. I, da CF/88, o ICMS “será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”.

Todavia, o art. 31 do Convênio 6.688 — contendo o mesmo teor o art. 34, inc. II, da Lei Estadual n. 7.547/89 — dispôs:

“Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:

“(…)”.

“II — A entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento”.

Assim, as aquisições de bens destinadas ao uso e consumo, e ao ativo fixo da empresa contribuinte, desde a promulgação do referido convênio até a edição da Lei Kandir, não constituiriam crédito de ICMS, não obstante o princípio constitucional garantindo que este imposto seria não-cumulativo.

Desse modo, defende-se a inconstitucionalidade dessa norma, por violar o princípio da não-cumulatividade do ICMS, assegurado pela Carta Magna de 1988.

Nesse sentido, anota Roque Antônio Carraza:

“(…) a aquisição de bens ou mercadorias para uso, consumo ou ativo permanente do contribuinte não o impede — pelo menos desde a entrada em vigor do atual sistema constitucional tributário — de usufruir, amplamente, do

direito de crédito decorrente desta operação.

“(…)”.

“Em síntese, no chamado ‘ciclo de circulação’ (curso da mercadoria, da fonte produtora ao consumidor final), nenhum outro incidente jurídico, além da isenção ou da não-incidência, poderá restringir os efeitos do princípio da não-cumulatividade do ICMS.

“(…)”.

“Obviamente, qualquer disposição em contrário contida na legislação do ICMS será inconstitucional, justamente por acutillar o princípio da não-cumulatividade.

“(…)”.

“É certo que o hoje superado Convênio ICM 66/88, em seu art. 31, II, estabelecia que ‘não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido a entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento’.

“Tal regra contrariava o princípio da não-cumulatividade do ICMS.

“A possibilidade de abatimento de que estamos cuidando vem agora prevista na Lei Complementar n. 87/96.

“(…) não se está, aqui, diante de uma ampliação do alcance do princípio da não-cumulatividade do ICMS, mas, apenas, da remoção de uma inconstitucional limitação a ele imposta pelo Convênio 66/88” (ICMS, 5ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1999, págs. 220/223).

Ocorre que a vedação imposta pelo art. 31, inc. II, do Convênio 6.688, que a doutrina entende inconstituo-

nal, foi suprimida pelo art. 20 da LC n. 8.796 que dispôs:

“Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadorias, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso e consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação”.

Se o legislador, com a edição desta norma, tivesse se limitado a reconstituir o princípio da não-cumulatividade, possivelmente abalado pelo Convênio 6.688, não haveriam outras controvérsias. Mas o art. 33, inc. I, da referida Lei Kandir fixou:

“somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 1998”.

Importante notar que a Lei Complementar n. 92, de 23/12/97, prorrogou este marco temporal para 1º de janeiro de 2000, o que permite concluir que, de uma forma ou de outra, o contribuinte ainda não teve a oportunidade de usufruir do seu direito de creditar os valores apurados nas operações de aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento.

Assim, conforme afirma a impetrante, poderá a nova disposição legal contida na Lei Kandir ter incorrido em violação ao texto constitucional por se encontrar ainda obstaculizada a fluência do princípio constitucional da não-cumulatividade.

Dessa forma, a pretensão da impetrante depende de análise de questão prejudicial — a inconstitucionalidade do art. 31, inc. II, do Convênio 6.688, a do art. 34, inc. II, da Lei n. 7.547/89 e a do art. 33, inc. I, da LC n. 8.796 — que somente poderá ser apreciada pelo Órgão Especial do Tribunal Pleno, que detém competência para dirimir conflitos envolvendo a inconstitucionalidade de atos normativos do Poder Público.

Decisão

Diante do exposto, suspende-se o julgamento para submeter a questão relativa à inconstitucionalidade do art. 31, inc. II, do Convênio 6.688, a do art. 34, inc. II, da Lei n.

7.547/89, e a do art. 33, inc. I, da LC n. 8.796 ao colendo Órgão Especial do Tribunal Pleno, observando-se o disposto nos arts. 159 a 161 do RITJSC.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2000.

Eder Graf,
Presidente;
Silveira Lenzi,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.012663-0, DE QUILOMBO

Relator: Des. Newton Trisotto

Administrativo — Município — Prefeito — Prestação de contas — Tribunal de Contas do Estado — Processo — Ampla defesa — Contraditório — Nulidade.

Compete ao Tribunal de Contas do Estado auxiliar a Câmara de Vereadores, via controle externo, na “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional dos órgãos e entidades da administração pública municipal, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à aplicação das subvenções e à renúncia de receitas” (CE, art. 113, § 1º). Ao relator do processo de tomada ou apuração das contas cumpre presidir a instrução, ordenando, se for o caso, a citação do responsável (LC n. 31/90, art. 36) para se defender das irregularidades constadas, assegurando-lhe o contraditório (CF, art. 5º, LV). A Câmara de Vereadores não se submete ao parecer do Tribunal de Contas (CE, art. 113, § 2º). Porém, não poderá rejeitá-lo por fundamento em relação ao qual o Administrador não

teve oportunidade de se defender.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 98.012663-0, da comarca de Quilombo, em que é apelante Antônio Rossetto, e apelados Presidente da Mesa Diretora da Câmara Municipal de Vereadores de Quilombo e Presidente da Comissão de Legislação, Justiça e Redação Final da Câmara Municipal de Vereadores de Quilombo:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Antônio Rossetto, então Prefeito do município de Quilombo, impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente da Mesa Diretora da Câmara de Vereadores de Quilombo e do Presidente da Comissão de Legislação, Justiça e Redação Final. Insurge-se contra a decisão que rejeitou as contas relativas ao exercício de 1996. Sustenta, em síntese, que foram aprovadas pelo Tribunal de Contas do Estado e que não lhe foi assegurado o direito à defesa e ao contraditório.

Com o writ pretende que seja declarado nulo o “processo de julgamento das contas da Prefeitura Municipal de Quilombo—SC do exercício de 1996 e do Decreto Legislativo n. 003/98, de 24 de abril de 1998, que rejeitou as contas relativas ao exercício financeiro de 1996 da Prefeitura Municipal de Quilombo—SC, suspen-

dendo seus efeitos até o julgamento final da presente ação”.

Indeferida a liminar (fls. 359/360), prestadas as informações e ouvido o representante do Parquet, depois de afastar a tese da ilegitimidade passiva do segundo impetrado, o Dr. João Marcos Buch denegou a segurança, registrando na sentença:

“Na espécie o writ não pode ser concedido. E isso porque não houve violação de direito líquido e certo da impetrante.

“A prestação de contas é uma prerrogativa da maior importância da Câmara de Vereadores, pela qual é feita a tomada de contas do prefeito, ou seja, da Administração Municipal.

“A respeito do tema o saudoso Hely Lopes Meirelles assim esclarece, *ipsis litteris*:

‘Impõe a Constituição da República, em seu art. 31, que a fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo local, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo, na forma da lei, estabelecendo que o controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver’ (Direito Municipal Brasileiro, SP, Malheiros, 1996, pág. 488).

“In casu, quanto ao princípio da ampla defesa, este não foi violado. E isso porque para o julgamento das Contas a Câmara poderá ouvir os interessados. Esta é uma faculdade e não uma obrigação; e isto de acordo ainda

com a própria Lei Orgânica do Município, em seu art. 63.

“Outrossim, a fase instrutória do processo acontece perante o Tribunal de Contas do Estado. Desta maneira, quando as contas chegam à Câmara para julgamento a instrução já se encerrou.

“Destarte, se fosse possível realizar novas diligências ou inspeções, ficaria superada a apreciação prévia do Tribunal de Contas. Se o interessado, prestador das contas, pretender impugnar ou comprovar algum fato, deverá fazê-lo antes de encerrada a conclusão da Corte de Contas.

“Neste sentido é a orientação do já citado Hely Lopes Meirelles, in verbis:

‘As contas já chegarão à Edilidade com o parecer do Tribunal ou órgão equivalente, facilitando, assim, a apreciação e julgamento do plenário, que após a votação na forma do regimento consubstanciará a deliberação concernente à do prefeito em decreto legislativo, e às do presidente da mesa em resolução. Para esse julgamento a Câmara poderá ouvir previamente os seus órgãos internos, a fim de esclarecer os vereadores sobre as contas apresentadas e respectivo parecer do Tribunal ou órgão equivalente, mas não se nos afigura possível qualquer diligência externa, pois àquela altura já está encerrada a fase instrutória do processo, realizada pelo próprio Tribunal de Contas. A admitir-se novas diligências ou inspeções, ficaria superada a apreciação prévia da Corte de Contas, e, conseqüentemente, invalidado o parecer instituído pela Constituição, como ato final da instrução, e antes do qual o prestador das contas

deve ter oportunidade de defesa sobre os pontos impugnados’ (op. cit., pág. 489).

“Sobre o fato da Câmara não ter seguido a orientação do Tribunal de Contas, cabe somente ressaltar que não há previsão legal que a obrigue a desta forma agir. A perdurar tal entendimento não haveria motivo para a Edilidade sequer tomar conhecimento das contas, uma vez que não teria qualquer poder deliberativo a respeito.

“Finalmente, sobre a violação das formalidades exigidas para o julgamento das contas, não há provas de que algum ato foi praticado em desrespeito à lei. O que ocorreu foi um processo democrático de votação, sem impugnações, que atingiu seu objetivo, ou seja, o julgamento das contas.

“De acordo com os autos, o processo de prestação de contas ficou à disposição de todos os vereadores. Não havia impedimento também de que o projeto de Decreto Legislativo acompanhasse o parecer da Comissão de Finanças e Orçamento; sendo que a sessão que discutiu as contas foi destinada exclusivamente a tal matéria, não se podendo confundir ordem do dia com pequeno expediente (arts. 155 e 165 do Regimento Interno da Câmara). Por fim, extrai-se da ata referente à sessão que apreciou as contas que não houve encaminhamento de votação mas tão-somente debates sobre a matéria (fl. 37).

“No mais, cumpre colacionar parte do bem-lançado parecer ministerial, a seguir transcrito: ‘Por outro lado, o argumento de que não houve respeito ao voto secreto, em que pese o art. 195 do Regimento Interno da

Câmara Municipal de Vereadores de Quilombo estabelecer que ‘a votação será secreta nos seguintes casos: I — julgamento das contas do Município’, o próprio ordenamento citado ressalva a possibilidade da ‘votação a descoberto’ ou ‘em aberto’, a teor do art. 121, § 2º, inciso IV, desde que haja deliberação do plenário a requerimento verbal. Por tais fundamentos, penso que não houve violação de qualquer formalidade em prejuízo ao impetrante, sobretudo sobre a decisão final de rejeição das contas pela Câmara de Vereadores (...)’ (fl. 384).

“Por fim cumpre salientar que o Judiciário não pode valorar os motivos dos atos dos impetrados, para considerar justa ou injusta a deliberação, posto que isto é matéria interna corporis da Câmara, sujeita tão-somente ao seu juízo político.

“Entretentes, o Judiciário não só pode como deve, sempre que invocada a tutela jurisdicional, verificar se nos procedimentos adotados foram atendidas as exigências legais e observados os princípios maiores do contraditório e ampla defesa. A este respeito, conforme os raciocínios jurídicos supracolacionados, cabe concluir que as exigências legais e o princípio do contraditório foram observados”.

Inconformado, o impetrante interpôs apelação, reeditando os argumentos expendidos na petição inicial.

Os impetrados e o Ministério Público, nas duas instâncias, pugnam pela manutenção do decismum.

II — Voto

1. No art. 113, dispõe a Constituição do Estado de Santa Catarina

que “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades da administração pública municipal, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à aplicação das subvenções e à renúncia de receitas, é exercida” pela Câmara Municipal de Vereadores, “mediante controle externo” (inc. I), que, por seu turno, “é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, observado, no que couber e nos termos da Lei Complementar, o disposto nos arts. 58 a 62” (§ 1º).

Ao Tribunal de Contas compete:

I) “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração direta e indireta, incluídas as sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público estadual, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário”; II) “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta”; III) “apreciar, mediante parecer prévio, as contas prestadas anualmente pelo Prefeito Municipal” (Lei Complementar n. 31, de 27/9/90, art. 65, I — alterada pela Lei Complementar n. 111/94).

Os administradores municipais devem enviar ao Tribunal de Contas, anualmente, os “balancetes mensais, balanços anuais e demais demonstrativos e documentos que forem solicitados” (RITCE, art. 81). O processo é distribuído a um Conselheiro, designado relator. Poderá ele: a) solicitar explicações ao responsável pelas contas (LC n. 31/90, art. 37; RITCE, art. 55, IV); b) realizar inspeções (RITCE, art. 58); c) requisitar documentos (RITCE, art. 62); d) pedir infor-

mações a qualquer pessoa encarregada (RITCE, art. 62). Pairando dúvida em relação a determinada despesa, instará o Administrador a esclarecê-la (LC n. 31/90, art. 38, III), concedendo-lhe prazo para apresentar defesa e acompanhar o processo de apuração das contas em todas as suas fases, até o julgamento, se for o caso (CF, art. 5º, LV; LC n. 31/90, art. 57). O Prefeito deverá ser citado do processo, por AR ou por edital publicado no Diário Oficial do Estado (LO, art. 47; RI, art. 229). Concluído o relatório de inspeção (RITCE, art. 65), será exarado parecer prévio, que consistirá “em uma apreciação geral e fundamentada sobre o exercício financeiro e a execução do orçamento e concluirá pela aprovação ou não das contas, indicando, se for o caso, os atos impugnados” (RITCE, art. 82; LO, art. 65, § 4º). As contas podem ser julgadas regulares, regulares com ressalvas ou irregulares (LO, art. 41; RI, art. 212), sujeito o julgamento a recurso (RI, art. 281). Se não for apresentado, “o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas do Estado sobre as contas municipais só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal” (RI, art. 224). A rejeição das contas sem que seja assegurado ao Administrador o direito à defesa e ao contraditório constitui causa de nulidade do julgamento.

No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 8.416, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“1. Inexiste, in casu, ofensa a direito de defesa do recorrente, visto que a este foi facultado fazê-lo diante da Câmara Municipal, o que não fez, preferindo silenciar.

“2. Só com o advento da Lei Complementar n. 34 é que o parecer prévio do Tribunal de Contas do Estado converteu-se em procedimento administrativo, passando então a exigir a ampla defesa e o contraditório.

“3. Recurso improvido” (ROMS n. 8.416, Min. José Delgado).

Do acórdão, extraio o excerto que segue:

“O presente apelo não merece ser provido, devendo o venerando acórdão recorrido ser mantido por seus próprios e jurídicos fundamentos, pelo que, ao adotá-lo como razão de julgar, transcrevo-os (fls. 76/78):

“Via segurança, deseja o impetrante se declare a nulidade do parecer prévio emitido pelo eg. Tribunal de Contas, que concluiu pela rejeição das prestadas e relativas ao exercício financeiro de 1992, porque se lhe não assegurou direito de defesa, como manda o art. 5º, LV, da Constituição Federal.

“Alega, substancialmente, que a manifestação do Tribunal de Contas se dá em processo administrativo, daí o dever indeclinável de assegurar o direito de defesa.

“Com as informações, a ilustrada autoridade apontada coatora coloca que, na época da emissão do parecer, o Tribunal se limitava a examinar tecnicamente as contas apresentadas, em assessoramento do Legislativo Municipal, não assumindo feição de processo, inexistente a bifacilidade de litígio que ensejasse direito de defesa. O julgamento cabe à Câmara. Somente com o advento da Lei Complementar n. 33/94, a prestação de contas de prefeito passou a ser feita por processo, instituída que foi, a con-

tar daí, jurisdição administrativa, conforme se retira do art. 36 do predito diploma legal. O impetrante quer, assim, a retroação da lei, para apañhar ato perfeito e consumado antes da vigência dela.

‘A seu turno, a Câmara Municipal de Paineiras informa que, recebido o parecer prévio e instituída a Comissão, deu-se ao impetrante direito de defesa, mas ele não se manifestou. Levadas as contas a julgamento pela Câmara, foram rejeitadas.

‘Uma primeira observação importante se impõe: a anulação do ato que emitiu parecer prévio recomendando a rejeição das contas apresentadas pelo impetrante viu-se substituído por outro ato, na seqüência do processo de prestação de contas, o julgamento pelo Legislativo.

‘Ainda que declarado nulo o ato de emissão do parecer prévio, não contaminaria o ato de julgamento pela Câmara Municipal, porque aquele não é pressuposto indispensável deste, nem há vinculação, isto porque a autonomia constitucional do Legislativo lhe permite aprovar as contas, apesar do parecer prévio contrário (art. 31, § 2º, da Constituição Federal).

‘De outro lado, ainda que anulado o ato de emissão do parecer prévio, daí não se segue que o julgamento pela Câmara Municipal seja irremediavelmente nulo, uma vez que o parecer é meramente opinativo, de assessoramento, enquanto o da Câmara é julgamento das contas, ato final e definitivo.

‘Ainda que assim não fosse, o direito de defesa reclamado só adveio com a LC n. 33/94 que, alterando o processo, transmutou a natureza do

ato praticado pelo Tribunal de Contas, passando-o de mero parecer a ato de jurisdição administrativa, agora — e aí sim — com direito amplo de defesa.

‘A LC não pode ser aplicada retroativamente, para alcançar o ato perfeito e acabado.

‘É de observar-se, ainda, que o impetrante teve ensejo de defesa perante o Legislativo Municipal, não a exercitando’.

‘Ademais, confira-se o seguinte trecho do douto parecer do Parquet Federal (fls. 119/120):

‘O v. acórdão atacado deve ser mantido em todos os seus termos e por suas próprias razões. Com efeito, inexistente ofensa a direito do recorrente. Antes de tudo, porque foi possível ao impetrante defender-se, e não o fez. E isso diante da própria Câmara Municipal, que deveria rejeitar ou manter o parecer prévio. Destarte, não tem razão o recorrente quando afirma que o único momento de defesa seria diante do próprio Tribunal de Contas, até porque, diante da Câmara, ainda que se admitisse o fato de haver dificuldade resultante da exigência de maioria qualificada, existe, e o próprio recorrente a reconhece, a possibilidade de não ser acolhido o parecer técnico.

‘De se considerar, ainda, que o ato de o Tribunal de Contas emitir parecer prévio somente se converteu em procedimento administrativo — que exige, nos moldes de toda a argumentação do impetrante, a ampla defesa e o contraditório, conforme disposto na Constituição Federal — após o advento da Lei Complementar n. 33/94. Nem se diga que antes disso a própria Constituição Federal já o exigia. Antes disso, inexistia processo, ainda que

administrativo e, em decorrência dessa situação fática, inexistia a oportunidade de defesa como exigência constitucional'.

“Por tais fundamentos, nego provimento ao recurso”.

A Lei Complementar n. 33/94 referida é do Estado de Minas Gerais. Dispõe “sobre a organização do Tribunal de Contas”. No aspecto enfocado — procedimento de apuração das contas —, contém regras semelhantes à Lei Complementar n. 31/90, do Estado de Santa Catarina.

Há acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo versando sobre a matéria:

“Prestação de contas — Efetuadas por Prefeito Municipal — Tribunal de Contas que emite parecer pela rejeição das contas — Aprovação pela Câmara Municipal sem a participação do prestador de contas no respectivo processo — Cabimento — Inexistência de violação do princípio da ampla defesa insculpido no artigo 5º, LV, da Constituição Federal — Oportunidade de defesa ocorrida perante o Tribunal de Contas — Eventual oportunidade de defesa perante a edilidade desvirtuaria a natureza do parecer, pois superada estava a fase instrutória — Recurso da Câmara Municipal provido em parte” (AC n. 002.134-5, Des. Nelson Schiesari).

De todo o exposto conclui-se que a defesa “dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores” dos Municípios (LC n. 31/90, art. 27, II) é exercida perante o Tribunal de Contas.

Fixada essa premissa, analiso as questões suscitadas no recurso.

2. O Tribunal de Contas realizou um relatório preliminar, autuado sob o n. 250/97 (fls. 227/232).

O impetrante foi intimado para prestar os esclarecimentos acerca de dúvidas nele expostas. Prestou-os parcialmente (fls. 235/239). Foram complementados pelo Prefeito que o sucedeu, inclusive em relação às demais questões (fls. 241/243).

Posteriormente, o Tribunal manifestou-se pela aprovação das contas, com restrições. Do relatório extraio o excerto que segue:

“Considerando o que a Constituição Federal — art. 31, §§ 1º e 2º, a Constituição Estadual — art. 113, e a Lei Complementar n. 31, de 27/9/90 (LO/TC—SC) — arts. 64 e 67, estabeleceram acerca do controle externo das contas de Municípios e da competência do Tribunal de Contas para este fim;

“Considerando que a apreciação das contas do Prefeito Municipal tomou por base os registros contábeis, expressos nos dados mensais remetidos magneticamente, em inspeção in loco realizada e no balanço anual, cuja análise foi efetuada por amostragem, conforme técnicas apropriadas de auditoria, que prevêm inclusive a realização de inspeção in loco, conforme o caso; e que o exame procedido fundamentou-se na documentação apresentada, de veracidade ideológica apenas presumida, a qual poderá o Tribunal de Contas — a qualquer época e desde que venha a ter ciência de ato ou fato que a desabone — reexaminar, reformular seu entendimento e admitir novo pronunciamento a respeito;

“Considerando que o julgamento das contas de gestão do Prefeito Municipal, pela colenda Câmara de Vereadores, não envolve exame da responsabilidade de administradores municipais, inclusive do Prefeito, quanto a atos de competência do exercício em causa, cujos processos tramitam neste Tribunal de Contas, pendentes de deliberação;

“Considerando o exposto e mais o que dos autos consta a Diretoria-Geral de Controle de Municípios, por sua Divisão de Contas Municipais respectiva, entende que para efeito de emissão de Parecer Prévio, a que se refere o art. 65, I, da Lei Complementar n. 31/90, referente às contas do exercício de 1996 da Prefeitura Municipal de Quilombo—SC, consubstanciadas nos dados mensais remetidos magneticamente em inspeção in loco realizada e no Balanço-Geral remetido documentalmente à vista do exame procedido, apresenta as restrições seguintes:

“A — Restrições de ordem constitucional

“1 — Remunerações dos vereadores vinculadas indevidamente à receita, em desacordo com a CF/88, art. 167, IV (item B-4.1), deste relatório;

“2 — Remuneração do Prefeito e Vice, vinculada indevidamente à receita, em desacordo com a CF/88, art. 167, IV (item B-5.1);

“3 — Nomeação indevida de 4 (quatro) servidores para cargos em comissão, quando estes, por natureza eminentemente técnica, só admitem provimento através de seleção por Concurso Público, em desacordo com a CF/88, art. 37, II (item B-7.1);

“4 — Ausência de processo licitatório para realização de despesas, no montante de R\$ 9.731,78, em desacordo com a CF/88, art. 37, XXI, e Lei n. 8.666/93, art. 2º (item B-9.8);

“5 — Despesas classificadas impropriamente em programa de ensino, em desacordo com a CF/88, art. 212, § 4º, no montante de R\$ 106.690,56 (item B-9.6).

“B — Restrições de ordem legal

“1 — Pagamentos efetuados sem a obediência à estrita ordem cronológica das datas das exigibilidades para cada fonte diferenciada de recursos, em desacordo ao art. 5º da Lei n. 8.666/93 (item B-3.1);

“2 — Despesas com auxílio a carentes em sepultamentos, sem a comprovação dos critérios de carência e comprovação dos óbitos, no montante de R\$ 8.933,00, em desacordo com a Lei Municipal n. 1.052/93, arts. 1º e 2º, e Lei n. 4.320/64, art. 63 (itens B-9.1 e B-9.2);

“3 — Despesas com funeral pagos em duplicidade, no valor de R\$ 525,00, em desacordo com o art. 3º da Lei Municipal n. 1.052/93 (item B-9.3);

“4 — Despesas classificadas impropriamente em programa de ensino, no montante de R\$ 2.351,50, em desacordo com a Lei Federal n. 7.348/85, art. 6º (item B-9.5);

“5 — Despesas estranhas à competência municipal, no montante de R\$ 5.436,00, em desacordo com a Lei n. 4.320/64, art. 12, § 1º, e art. 4º (item B-9.7);

“6 — Despesas com publicidade sem atender o disposto no art. 65 da Resolução TC 16/94, no valor de R\$ 770,00 (item B-9.10);

"7 — Déficit de execução orçamentária em ordem de R\$ 248.817,92, em desacordo ao previsto na Lei n. 4.320/64, art. 48, b, equivalendo a 6,34% da receita arrecadada no exercício em exame (item A-2.1);

"8 — Déficit financeiro na ordem de R\$ 631.905,53, sendo desatendido o disposto na Lei n. 4.320/64, art. 48, b, equivalendo a 1,94% de arrecadações mensais média e representando que para cada R\$ 1,00 de recursos disponíveis existem R\$ 6,86 de dívida a curto prazo (item A-3.1);

"9 — Recolhimento das contribuições ao Fundo do Sistema Municipal de Assistência e Previdência dos Servidores Municipais, nos meses de janeiro a dezembro/96 fora do prazo legal (quinto dia útil do mês subsequente), em desacordo com a Lei Municipal n. 1.118/83, art. 37 (item A-1.1.1);

"10 — Pagamento de juros de mora no valor de R\$ 5.946,10 (parte) pelo atraso dos recolhimentos das contribuições ao Fundo do Sistema Municipal de Assistência e Previdência dos Servidores Municipais, dos meses de janeiro a dezembro/96, fora do prazo legal, caracterizando-se despesas irregulares por ausência de caráter público contrariando a Lei n. 4.320/64, art. 12, § 1º, c/c art. 4º (item A-1.1.1).

"C — Restrições de ordem regulamentar

"1 — Ausência de controle de consumo de combustível (item 8.2).

"D — Restrições de ordem técnica e formal

"1 — Ausência de controle dos documentos de arrecadação emitidos e de relatórios das atividades do setor de tributação (item B-1.2);

"2 — Registros de pagamentos dos créditos divergentes de seus comprovantes (item B-2.1);

"3 — Conselheiros Tutelares investidos em cargo público indevidamente (item B-7.2);

"4 — Requisições ou notas fiscais não assinadas pelo motorista ou operador (item B-8.1);

"5 — Ausência de demonstrativo mensal de controle de combustível (item B-8.3)".

A Câmara rejeitou as contas pelos fundamentos assim relatados:

"a) ausência do processo licitatório para realização de despesas, em desacordo com a Constituição Federal;

"b) despesas classificadas impropriamente em programa de ensino, em desacordo com a Constituição Federal;

"c) pagamentos efetuados sem a obediência à estrita ordem cronológica das datas das exigibilidades para cada fonte diferenciada de recursos, em desacordo com a Lei n. 8.666/93;

"d) despesas com funeral pagas em duplicidade;

"e) despesas com publicidade sem atender as normas do Tribunal de Contas;

"f) déficit de execução orçamentária;

"g) déficit financeiro, comprometendo as receitas seguintes;

"h) recolhimento das contribuições ao Fundo do Sistema Municipal

de Assistência e Previdência dos Servidores Municipais fora do prazo legal;

“i) pagamento de juros de mora pelo atraso no recolhimento das contribuições ao Fundo dos Sistemas Municipais de Assistência e Previdência dos Servidores Municipais durante o ano de 1996” (Decreto Legislativo n. 003/98, de 24/4/98, fl. 25).

Quanto aos fatos acima descritos, ao impetrante não foi dada oportunidade de exercer o direito à ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV). Tendo o Tribunal se manifestado pela aprovação das contas, por óbvio não foi necessário apresentar defesa naquela Corte; não havia do que se defender. No entanto, a Câmara rejeitou as contas por fundamento diverso. Repito, em relação a eles não foi estabelecido o contraditório e assegurado o direito à ampla defesa. Destarte, o julgamento é nulo.

3. Pelas razões acima expostas, dou provimento ao recurso para conceder a segurança para cassar o Decreto Legislativo n. 003/98, devendo prosseguir a tramitação do proces-

so de prestação das contas do município de Quilombo, ainda com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, se for o caso (RITCE, art. 227, § 3º), com a observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (CF/88, art. 5º, LV).

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, deram provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Aor Steffens Miranda.

Florianópolis, 8 de agosto de 2000.

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

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.014224-5, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Newton Trisotto

Mandado de segurança — Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) — Função meramente investigatória — Contraditório — Ampla defesa — Nulidade — Inocorrência.

As Comissões Parlamentares de Inquérito têm “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas”, para investigação de fato determinado. Apurada ação comissiva ou omissiva que, em tese,

constitua crime, as conclusões devem ser “encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores” (CF, art. 58, § 3º). Desse modo, não há falar em “acusado”, mas apenas em “investigado”.

O procedimento investigatório é unilateral (MS n. 23.576, Min. Celso de Mello), não resultando na nulidade do relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito, bem como do decreto legislativo que o aprovou, a circunstância de não ter sido assegurado ao investigado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 98.014224-5, da comarca de Chapecó, em que é apelante José Fritsch, sendo apelados o Presidente da Mesa Diretora da Câmara de Vereadores do município de Chapecó e outros:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

José Fritsch impetrou mandado de segurança contra o Sr. Presidente da Mesa Diretora da Câmara Municipal de Vereadores de Chapecó, do Sr. Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito e do Sr. Relator da Comissão Parlamentar de Inquérito, relatando na petição inicial:

“O Presidente da Câmara Municipal de Chapecó, através do Decreto Legislativo n. 227/57, de 10 de dezembro de 1997 (doc. 2), aprovou o Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito (docs. 3 a 23), que teve como objetivo apurar fato determinado — possíveis irregularida-

des na nomeação para Cargo Comissionado de Diretor de Finanças pelo município de Chapecó do Senhor Elci Pimenta Freire, num prazo de 40 dias.

“Integraram dita Comissão os Vereadores Valdir Detófol, Amélio Bedin e Oracílio Costella, sendo este último seu relator e o primeiro seu presidente.

“Ocorre Exa., que dito Decreto Legislativo não poderia ser promulgado pelas inúmeras irregularidades ocorridas na condução dos trabalhos, no curto espaço de tempo em que se propôs a sua realização.

“Desde já observa-se que dito Decreto não poderá produzir seus efeitos, pois apresenta-se eivado de irregularidades desde seu nascedouro. Diversos foram os procedimentos ilegais e abusivos praticados pelas autoridades impetradas, nos encaminhamentos que deveriam ter sido tomados pelos mesmos, fazendo com que dita CPI se transformasse claramente em um ato político, servindo de palanque eleitoral para determinadas pessoas, visando a dificultar a administração Pública em cumprir o seu papel para com os munícipes”.

Pretende a concessão da segurança para que seja declarada a “nulidade do Decreto n. 227/97, que

aprovou o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito”.

Prestadas as informações (fls. 174/185), deferida a liminar (fls. 216/218) e ouvido o representante do Parquet, o Dr. Valério Braun, depois de excluir do processo, por ilegitimidade passiva, Valdir Detófol e Oracílio Costella, denegou a segurança, adotando como razões de decidir os fundamentos do parecer do Promotor de Justiça Newton Henrique Trennenpohl, os quais seguem transcritos parcialmente:

“Inicialmente, apesar de não argüida em preliminar, a posição do Ministério Público a respeito da alegada ilegitimidade passiva ad causam do Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito, como ainda de seu relator.

“Não temos dúvidas de que o caso seja de efetivamente reconhecê-la. Quando se observa o pedido formulado pelo impetrante, verifica-se que pretende ele ver declarada a nulidade do Decreto Legislativo n. 227/97, que aprovou o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito. Como se vê, quando da propositura do Mandado de Segurança, a Comissão Parlamentar de Inquérito já havia encerrado seus trabalhos. Logo, como a pretensão é de ver simplesmente anulado o ato legislativo editado, embora calcado sobre o direito líquido e certo contra aqueles que simplesmente produziram os atos anteriores àquele atacado, apesar da nítida vinculação.

“(…)”.

“No que diz respeito ao mérito da pretensão, também se nos parece deva ser afastado. Entre as causas de

pedir alegadas na inicial, naquilo que importa para o desfecho do mandado, posto que as demais possuem natureza mais política do que jurídica propriamente dita, diz que o impetrante, no curso dos trabalhos investigatórios da Comissão Parlamentar de Inquérito, teve seu direito à defesa prejudicado, posto que não lhe deferido prazo para defesa que a lei lho conferia. É com base, pois, nesse argumento que pede no final, a anulação do Decreto Legislativo que aprovou o relatório da referida Comissão de Inquérito.

“Não há como juntar os dois extremos. Quando se argüi a nulidade de texto legal, se haverá de alegar o motivo que o torne, por si só, nulo, nunca eventual irregularidade formal praticado no curso do levantamento dos fatos, como é o caso da CPI, que serviram de inspiração para a edição do texto legal. Com o término dos trabalhos da CPI, a não ser que de seu próprio relatório final decorresse prejuízo a alguém, irregularidades havidas nas conduções de seus trabalhos estão definitivamente sepultadas. No caso em apreço, hoje, se pode até alegar a nulidade do ato legislativo, não porém pelo motivo invocado.

“Afora tais considerações, ainda se haverá de salientar que se o processo legislativo de formação do Decreto Legislativo em tela foi de alguma forma maculado, o caminho adequado para vê-lo afastado do plano jurídico, será sempre o de uma ação declaratória de inconstitucionalidade ou de ilegalidade da lei. O questionamento de lei em tese, via mandado de segurança, tem obstáculo técnico-jurídico na Súmula 266 do STF, que diz não caber mandado de segurança contra a lei em tese. Os co-

mentários a respeito da súmula informam que se a lei é constitucional, necessário se faz aguardar o ato de autoridade eivado de ilegalidade ou abuso de poder. Se é inconstitucional o caminho é a representação, e não o mandado de segurança (RTJ 43/359, 46/1, 47/654, 41/334, 54/71 e 62/774). Não cabe mandado de segurança quando o decreto rebela-se ato normativo, ou com efeito meramente normativo”.

O procurador do impetrante interpôs apelação, com pesadas, deslegantes e desnecessárias ofensas ao Promotor de Justiça e ao Juiz de Direito. Juridicamente, nada acrescentam à defesa do impetrante, que por certo não as endossaria.

No recurso, sustenta que: a) os vereadores excluídos da relação processual estão legitimados para responder ao mandado de segurança; b) “o que se discutia no presente mandamus, era a ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa e de que determinados atos foram assinados por autoridades incompetentes para tal”; c) não impugna o “mérito da referida Comissão Parlamentar de Inquérito, mesmo porque os seus efeitos já se encontram sepultados perante o Ministério Público Estadual, mas ainda poderá surtir efeitos perante o Tribunal de Contas do Estado, quando da apreciação das contas municipais”; d) são questionados os “prazos dados ao Exmo. Sr. Prefeito Municipal e quem os determinou”; não investindo contra lei em tese; e) a Comissão Parlamentar de Inquérito era desnecessária, constituindo-se em “ato político, servindo de palanque eleitoral para determinadas pessoas, visando a dificultar a Administração Pública”; f) se

existissem indícios de ilegalidade no ato que determinou a Instauração da Comissão Parlamentar de Inquérito, poderiam ter sido solicitados esclarecimentos, “através dos meios postos à disposição do Legislativo”, de acordo com os procedimentos previstos na Lei Orgânica do Município; g) a defesa foi tempestivamente apresentada.

Os apelados deixaram transcorrer in albis o prazo para responder ao recurso.

O Ministério Público, nas duas instâncias, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

II — Voto

1. De acordo com o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes”. O conceito de “acusado” é amplo; compreende toda pessoa — física ou jurídica — sujeita a sanção (penal, civil ou administrativa) ou a restrição de direito.

Para o impetrante, o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito e o decreto legislativo que o aprovou são nulos porque neles não lhe foi assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

As Comissões Parlamentares de Inquérito não têm poderes para julgar, mas tão-somente para investigar, como está expresso no § 3º do art. 58 da Constituição Federal: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos

das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

Não havendo “acusado”, mas apenas “investigado”, não se estabelece o contraditório; não há falar em violação ao princípio da ampla defesa.

Os doutrinadores não têm destacado este aspecto da questão. Dentre os consultados – J. Cretella Júnior (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Forense Universitária, 1992 e Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), RT 770/443); Pinto Ferreira (Comentários à Constituição Brasileira, Saraiva, 1992, vol. III); Celso Ribeiro Bastos (Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, 1995, vol. IV); Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Saraiva, 1992, vol. 2, pág. 70); João de Oliveira Filho (Inquéritos Parlamentares, Revista de Informação Legislativa, vol. 68); Alexandre de Moraes (Limitações constitucionais às comissões parlamentares de inquérito, Revista de Informação Legislativa n. 146); Luiz Roberto Barroso (Comissões Parlamentares de Inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal, RF, v. 350); Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo, Comissão Parlamentar de Inquérito e os Institutos da Busca e da Apreensão, RT, 2000) —, nenhum trata especificamente da matéria.

João de Oliveira Filho, também referido por Pinto Ferreira (ob. cit., pág. 114), afirma:

“a) são investigáveis todos os fatos que possam ser objeto de legislação, deliberação, de controle, de fiscalização, por qualquer órgão do Poder Legislativo federal, estadual ou municipal;

“b) não são fatos investigáveis pelo Congresso aqueles que sejam criminosos, salvo quando estejam sujeitos à sua competência jurisdicional;

“c) o Poder Legislativo não tem o direito jurisdicional de decidir, impor penas, aplicar leis. Tem o direito de verificar tudo quanto ocorra no País e que possa influir nas suas iniciativas legislativas”.

Todos concordam que a extensão dos “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” sofrem as limitações acima destacadas. Dos comentários de Cleunice Valentim Bastos Pitombo, reproduzo os excertos que seguem:

“A faculdade investigatória, atribuída às comissões parlamentares de inquérito, assemelha-se àquelas conferidas ao delegado de polícia, no exercício da persecução penal extrajudicial, ou persecução penal prévia.

“(…).

“Acontecimentos recentes trouxeram à discussão alguns temas antigos. Hoje parece modismo a instauração de comissões parlamentares de inquérito. Inicia-se a investigação parlamentar para quase tudo — CPI dos Bancos, CPI do Judiciário, CPI dos fiscais municipais, apenas exemplificando —, como se ela fosse solucionar variados problemas. A maioria delas,

pela forte carga ideológica, perde, no curso, o objetivo. Outras, por visarem, tão-só, a exposição dos parlamentares, nos meios de informação, extrapolam suas atribuições — em especial, por violarem direitos e garantias fundamentais. Poucas, entretanto, atingem seu objetivo: investigar, apurar deficiência legislativa, e, afinal, formular proposta de lei, alterando preceito falho, inoperante ou ineficiente.

“Esqueceram alguns, e em especial os meios de informação, que o resultado concreto da atividade da Comissão Parlamentar de Inquérito, por isso, só de modo eventual pode servir de base de acusação criminal.

“(…).

“Inadmissível que, no inquérito parlamentar, se aceite restrição a direito individual, sem prévio controle jurisdicional. Inconcebível que o parlamentar — presidente da comissão — tenha poderes maiores do que aqueles atribuídos ao presidente do inquérito policial — autoridade policial —, que, de igual modo, exerce função de investigação e instrução” (págs. 267-8 e 277).

Concluindo, anota:

“1. A Comissão Parlamentar de Inquérito tem como objetivo principal investigar, apurar deficiência legislativa e, ao final, formular proposta de lei, alterando preceito falho, inoperante ou deficiente. O resultado concreto da atividade da comissão parlamentar de inquérito só de modo eventual pode servir de base à acusação criminal.

“2. As formas de persecução penal preliminar ou prévia acham-se nos três Poderes da República: persecução administrativa prévia, que se ostenta no inquérito policial — civil ou

militar — e na sindicância administrativa; persecução legislativa prévia, que emerge — de modo contingente — no inquérito parlamentar (Lei n. 1.579/52); e persecução judiciária prévia, que desponta no inquérito judicial, destinado a apurar crime falimentar e respectiva autoria, bem como, ainda, na formação de corpo de delito, nos crimes contra a propriedade imaterial. A forma de atuação e os limites investigatórios dos órgãos de persecução prévia ou preliminar acham-se na Constituição e no Código de Processo Penal.

“3. A faculdade investigatória, atribuída às comissões parlamentares de inquérito assemelha-se àquelas conferidas ao delegado de polícia no exercício da persecução penal extrajudicial, ou persecução penal prévia. A autoridade policial, no curso do inquérito, pode e deve utilizar de todos os meios legais para atingir o bom êxito da investigação. Mas ninguém, jamais, afirmará que a autoridade policial pode restringir direito fundamental sem ordem e permissão judicial.

“4. Assim, de igual modo, comissão parlamentar de inquérito — por seu presidente — não pode determinar a restrição a direito individual; como, por exemplo, decretar a prisão preventiva do investigado, expedir mandado de busca e apreensão, interceptar conversa telefônica ou quebrar o sigilo bancário.

“5. A restrição a direito fundamental é exclusiva do Poder Judiciário, por disposição constitucional e dentro da estrita legalidade. Deve, ainda, respeitar o princípio da proporcionalidade: efetivo equilíbrio entre os direitos em jogo ou em conflito” (págs. 295/6).

Adverte Celso Ribeiro Bastos que os poderes da Comissão Parlamentar de Inquérito não se confundem com os dos juízes (ob. cit., págs. 272-4). Esclarece que “têm assim poderes compulsórios, que geralmente se lhes outorgam, a fim de impor à testemunha o seu comparecimento ou a entrega de documentos necessários à apreciação do inquérito, superando os obstáculos interpostos, pois do contrário seria inútil a sua própria constituição” (pág. 105).

Com ele concorda Cretella Júnior: “A Constituição investe a Comissão Parlamentar de Inquérito em vários poderes. Não, porém, no poder de julgar. A Comissão Parlamentar de Inquérito não tem poder jurisdicional. Não julga. Não aplica a lei ao caso concreto. No entanto, a regra jurídica constitucional lhe deu poderes próprios e semelhantes aos atribuídos às autoridades judiciais. Assim, pode a Comissão Parlamentar de Inquérito, no exercício de suas funções, determinar o comparecimento de testemunhas, tomar-lhes depoimentos, promover diligências, requisitar documentos, certidões, pedir informações a qualquer repartição pública, ou órgão federal, estadual, municipal, distrital ou territorial, expedir notificações” (ob. cit., pág. 2.700).

De acordo com Luiz Roberto Barroso, “no dispositivo que trata das comissões parlamentares de inquérito, a Constituição de 1988 incluiu a referência a poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (art. 58, § 3º), que inexistia nos textos anteriores. (...) O que se pretendeu com a inovação foi dar caráter obrigatório às determinações da comissão, ensejando providências como a condução

coercitiva em caso de não comparecimento e impondo às testemunhas o dever de dizer a verdade. Mesmo nessas duas hipóteses, contudo, o que se instituiu foi o poder da comissão e o dever do particular. Não houve outorga da auto-executoriedade à comissão, que, em todos os casos, haverá de servir-se do Judiciário. A norma atributiva de poderes de investigação de autoridade judicial tem caráter material, e não processual. Institui o poder de exigir, mas não o de executar” (pág. 95).

Considerando que a matéria tem merecido destaque nos últimos tempos, ocupando espaço incomum na mídia em razão das “CPIs” recentemente constituídas, parece-me oportuno transcrever a ementa do acórdão relativo ao Habeas Corpus n. 71.039:

“Às câmaras legislativas pertencem poderes investigatórios, bem como os meios instrumentais destinados a torná-los efetivos. Por uma questão de funcionalidade elas os exercem por intermédio de comissões parlamentares de inquérito, que fazem as suas vezes.

“(…)”

“São amplos os poderes da comissão parlamentar de inquérito, pois são os necessários e úteis para o cabal desempenho de suas atribuições. Contudo, não são ilimitados. Toda autoridade, seja ela qual for, está sujeita à Constituição. O Poder Legislativo também e com ele as suas comissões. A comissão parlamentar de inquérito encontra na jurisdição constitucional do Congresso seus limites.

“Por uma necessidade funcional, a comissão parlamentar de inquérito não tem poderes universais de in-

investigação, mas limitados a fatos determinados, o que não quer dizer não possa haver tantas comissões quantas as necessárias para realizar as investigações recomendáveis, e que outros fatos, inicialmente imprevisíveis, não possam ser aditados aos objetivos da comissão de inquérito, já em ação.

“O poder de investigar não é um fim em si mesmo, mas um poder instrumental ou ancilar relacionado com as atribuições do Poder Legislativo.

“Quem quer o fim dá os meios. A comissão parlamentar de inquérito, destinada a investigar fatos relacionados com as atribuições congressuais, tem poderes imanescentes ao natural exercício de suas atribuições, como de colher depoimentos, ouvir indiciados, inquirir testemunhas, notificando-as a comparecer perante ela e a depor; a este poder corresponde o dever de, comparecendo a pessoa perante a comissão, prestar-lhe depoimento, não podendo calar a verdade. Comete crime a testemunha que o fizer. A Constituição, art. 58, § 3º, a Lei n. 1.579, art. 4º, e a jurisprudência são nesse sentido.

“Também pode requisitar documentos e buscar todos os meios de provas legalmente admitidos.

“Ao poder de investigar corresponde, necessariamente, a posse dos meios coercitivos adequados para o bom desempenho de suas finalidades; eles são diretos, até onde se revelam eficazes, e indiretos, quando falharem aqueles, caso em que se servirá da colaboração do aparelho judiciário.

“Os poderes congressuais, de legislar e fiscalizar, hão de estar investidos dos meios apropriados e eficazes ao seu normal desempenho. O poder de fiscalizar, expresso no inciso X do art. 49 da Constituição, não pode ficar condicionado o arrimo que lhe ve nha a dar outro Poder, ainda que, em certas circunstâncias, ele possa vir a ser necessário.

“A comissão parlamentar de inquérito se destina a apurar fatos relacionados como a administração (Constituição, art. 49, X) com a finalidade de conhecer situações que possam ou devam ser disciplinadas em lei, ou ainda para verificar os efeitos de determinada legislação, sua excelência, inocuidade ou nocividade. Não se destina a apurar crimes nem a puni-los, da competência dos Poderes Executivo e Judiciário; entretanto, se no curso de uma investigação, vem a deparar fato criminoso, dele dará ciência ao Ministério Público, para os fins de direito, como qualquer autoridade, e mesmo como qualquer do povo. Constituição, art. 58, § 3º, in fine.

“A comissão parlamentar de inquérito tem meios para o desempenho de suas atribuições e finalidades. Procede regularmente com os seus meios, intimando testemunhas, requisitando papéis, servindo-se dos meios ordinários e habituais, o contacto direto do relator, o telefone, o ofício, a intimação por funcionário seu, posto à sua disposição, e só por exceção se serve da colaboração de outro poder.

“Difícilmente a comissão poderia cumprir sua missão se, a todo momento e a cada passo, tivesse de solicitar a colaboração do Poder Judiciário para intimar uma testemunha a comparecer

e a depor. Em casos de resistência ou recalcitrância ou desobediência, comprovados e certificados pela comissão, por meio de seu funcionário, solicita a colaboração do aparelho especializado o Poder Judiciário, em nome da harmonia entre os Poderes, não lhe pode negar. Lei n. 1.579, art. 3º, parágrafo único.

“Se a comissão parlamentar de inquérito não tivesse meios compulsórios para o desempenho de suas atribuições, ela não teria como levar a termo os seus trabalhos, pois ficaria à mercê da boa vontade ou, quiçá, da complacência de pessoas das quais dependesse em seu trabalho.

“Esses poderes são inerentes à comissão parlamentar de inquérito e são implícitos em sua constitucional existência. Não fora assim e ela não poderia funcionar senão amparada nas muletas que lhe fornecesse outro Poder, o que contraria a lógica das instituições.

“A comissão pode, em princípio, determinar buscas e apreensões, sem o que essas medidas poderiam tornar-se inócuas e quando viessem a ser executadas cairiam no vazio. Prudência, moderação e adequação recomendáveis nessa matéria, que pode constituir o punctum dollens da comissão parlamentar de inquérito no exercício de seus poderes, que, entretanto, devem ser exercidos, sob pena da investigação tornar-se illusória e destituída de qualquer sentido útil.

“Em caso de desacato, à entidade ofendida cabe tomar as providências devidas ato contínuo, sem prejuízo do oportuno envio das peças respectivas ou do auto corresponden-

te ao Ministério Público para a instauração do processo criminal.

“Ninguém pode escusar-se de comparecer à comissão parlamentar de inquérito para depor. Ninguém pode recusar-se a depor.

“Contudo, a testemunha pode escusar-se a prestar depoimento se este colidir com o dever de guardar sigilo. O sigilo profissional tem alcance geral e se aplica a qualquer juízo, civil, criminal, administrativo ou parlamentar.

“Não basta invocar sigilo profissional para que a pessoa fique isenta de prestar depoimento. É preciso haver um mínimo de credibilidade na alegação e só a posteriori pode ser apreciado caso a caso. A testemunha, não pode prever todas as perguntas que lhe serão feitas. O Judiciário deve ser prudente nessa matéria, para evitar que a pessoa venha a obter HC para calar a verdade, o que é modalidade de falso testemunho.

“Prisão decretada pelo presidente da CPI que extravasa claramente os limites legais. Habeas Corpus concedido para cassar o decreto ilegal, sem prejuízo do dever de seu comparecimento à Comissão, para ser inquirido como testemunha ou ouvido como indiciado” (RDA 199/205).

No voto, anotou o relator, Ministro Paulo Brossard:

“Seguindo o modelo federal, podem os Estados e Municípios criar Comissões de Inquérito, nos respectivos âmbitos, o estadual e municipal, empregando a denominação CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito), a que daríamos o nome de Comissões Legislativas de Inquérito, para apurar fato determinado.

“No âmbito dos Municípios, como no âmbito da União e dos Estados, as Comissões Parlamentares de Inquérito são dotadas de poderes de investigação, mediante um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado para promover a responsabilidade civil ou penal dos infratores, podendo, como dissemos no parágrafo anterior deste artigo, executar todos os atos incluídos em sua esfera de competência.

“Só não podem julgar, exercer atividade jurisdicional, que cabe ao Poder Judiciário.

“As Comissões Parlamentares de Inquérito não podem: a) formular acusações; b) punir delitos; c) desrespeitar o privilégio contra a auto-incriminação, que assiste a qualquer indiciado ou testemunha (STF, em RDA 196/197, rel. Min. Celso de Mello); d) decretar a prisão de qualquer pessoa, a não ser em caso de flagrante delito”.

Para Alexandre Moraes, “não poderão as CPLs impedir que os investigados façam-se acompanhar de seus advogados, nem tampouco cercar-lhes o exercício da atividade profissional, desde que nos parâmetros delimitados pela legislação em vigor e pela própria natureza inquisitiva do inquérito parlamentar, em que inexistente o contraditório” (pág. 284).

Os repositórios de jurisprudência registram raríssimos julgados versando sobre a matéria. Na Apelação Cível n. 248.428-1, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Comissão Parlamentar de Inquérito — Instauração para investigação de atos do prefeito — Artigo 58, parágrafo 3º, da Constituição Federal

— Caso de inexistência de julgamento, pelo que dispensável notificação para defesa — Encaminhamento das conclusões, se o caso, ao Ministério Público — Inocorrência de ilegalidade, porém, em ocorrência de notificação do investigado para se manifestar — Envio de peças à Procuradoria-Geral de Justiça que tornou sem objeto o mandado de segurança — Julgamento de extinção do processo — Reexame não provido” (Des. Jacobina Rabello).

Há decisões monocráticas de Ministros do Supremo Tribunal Federal que elucidam, indiretamente, a questão. No Mandado de Segurança n. 23.576, consignou o Ministro Celso de Mello:

“Se é certo que não há direitos absolutos, também é inquestionável que não existem poderes ilimitados em qualquer estrutura institucional fundada em bases democráticas. A investigação parlamentar, por mais graves que sejam os fatos pesquisados pela Comissão Legislativa, não pode desviar-se dos limites traçados pela Constituição e nem transgredir as garantias, que, decorrentes do sistema normativo, foram atribuídas à generalidade das pessoas.

“Não se pode tergiversar na defesa dos postulados do Estado Democrático de Direito e na sustentação da autoridade normativa da Constituição da República, eis que nada pode justificar o desprezo pelos princípios que regem, em nosso sistema político, as relações entre o poder do Estado e os direitos do cidadão — de qualquer cidadão.

“— A unilateralidade do procedimento de investigação parlamentar

não confere à CPI o poder de agir arbitrariamente em relação ao indiciado e às testemunhas, negando-lhes, abusivamente, determinados direitos e certas garantias — como a prerrogativa contra a auto-incriminação — que derivam do texto constitucional ou de preceitos inscritos em diplomas legais.

“No contexto do sistema constitucional brasileiro, a unilateralidade da investigação parlamentar — à semelhança do que ocorre com o próprio inquérito policial — não tem o condão de abolir os direitos, de derrogar as garantias, de suprimir as liberdades ou de conferir, à autoridade pública, poderes absolutos na produção da prova e na pesquisa dos fatos.

“O Advogado — ao cumprir o dever de prestar assistência técnica àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado — converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja o espaço institucional de sua atuação, ao Advogado incumbe neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias jurídicas — legais ou constitucionais — outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, a prerrogativa contra a auto-incriminação e o direito de não ser tratado, pelas autoridades públicas, como se culpado fosse, observando-se, desse modo, diretriz consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

“O exercício do poder de fiscalizar eventuais abusos cometidos pela Comissão Parlamentar de Inquérito contra aquele que por ela foi convocado para depor traduz prerrogativa indisponível do Advogado, no desempenho de sua atividade profissional, não podendo, por isso mesmo, ser ele cerceado, injustamente, na prática legítima de atos que visem a neutralizar situações configuradoras de arbítrio estatal ou de desrespeito aos direitos daquele que lhe outorgou o pertinente mandato.

“O Poder Judiciário não pode permitir que se cale a voz do Advogado, cuja atuação, livre e independente, há de ser permanentemente assegurada pelos juízes e pelos Tribunais, sob pena de subversão das franquias democráticas e de aniquilação dos direitos do cidadão.

“A exigência de respeito aos princípios consagrados em nosso sistema constitucional não frustra e nem impede o exercício pleno, por qualquer CPI, dos poderes investigatórios de que se acha investida.

“O ordenamento positivo brasileiro garante ao cidadão, qualquer que seja a instância de Poder que o tenha convocado, o direito de fazer-se assistir, tecnicamente, por Advogado, a quem incumbe, com apoio no Estatuto da Advocacia, comparecer às reuniões da CPI, nelas podendo, dentre outras prerrogativas de ordem profissional, comunicar-se, pessoal e diretamente, com o seu cliente, para adverti-lo de que tem o direito de permanecer em silêncio (direito este fundado no privilégio constitucional contra a auto-incriminação), sendo-lhe lícito, ainda, reclamar, verbalmente ou por es-

critico, contra a inobservância de preceitos constitucionais, legais ou regimentais, notadamente quando o comportamento arbitrário do órgão de investigação parlamentar lesar as garantias básicas daquele — indiciado ou testemunha — que constituiu esse profissional do Direito” (DJU de 6/10/2000, pág. 103).

No Mandado de Segurança n. 23.264, o Ministro Sepúlveda Pertence reforça esse entendimento (DJU de 10/5/2000, pág. 8).

A afirmação de ser unilateral o procedimento de investigação da CPI contém implícito reconhecimento de que nos trabalhos das comissões parlamentares de inquérito não se estabelece o contraditório e não há falar em direito à ampla defesa. A participação do advogado é limitada à preservação de direitos do investigado contra possíveis abusos. Se o investigado tivesse direito à ampla defesa — no tocante ao mérito do fato investigado —, a toda evidência outros seriam os fundamentos das decisões dos Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Devo registrar que há julgado o Tribunal de Justiça de Rondônia no sentido de que “a comissão processante que encerra a fase instrutória de Inquérito Parlamentar sem inquirir testemunhas arroladas pratica cerceamento de defesa” (Pedido de Apreciação em Duplo Grau de Jurisdição n. 96.000722-0, Des. Sebastião R. Chaves). Esse precedente não se aplica ao caso sub judice posto que o processo foi instaurado perante o Legislativo Municipal para apurar fato relacionado com a falta de decoro parlamentar. Nesse caso, à Câmara de Vereadores

compete processar e julgar o infrator e, portanto, o contraditório lá deve se estabelecer, impondo-se que seja assegurado o direito à defesa.

2. A circunstância de os ofícios terem sido assinados pelo Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito e não pelo Presidente da Câmara de Vereadores é absolutamente irrelevante. Desse fato não resultou prejuízo ao procedimento investigatório, devendo prevalecer vetusto princípio — mas sempre atual — consagrado na expressão francesa *pás de nullité sans grief*.

3. No recurso, afirma o impetrante que “os efeitos (do mérito da conclusão da CPI) já se encontram sepultados perante o Ministério Público Estadual”, acrescentando que “ainda poderá surtir efeitos perante o Tribunal de Contas do Estado, quando da apreciação das contas municipais” (fl. 235).

Posteriormente ao julgamento do recurso, o Ministério Público remeteu fotocópia do parecer exarado no Procedimento Administrativo n. 711/97, instaurado em decorrência do Decreto n. 22/97. Os autos foram arquivados porque “admitir-se uma demanda penal tendo como suporte uma acusação calcada em elementos que indiquem meras irregularidades mais apropriadas para discussão na órbita administrativa, seria estabelecer sérios precedentes, autorizando processos criminais tendo como base denúncias lastreadas em singelas acusações, sem que estejam evidenciados elementos palpáveis e positivos que, efetivamente, indiquem a conveniência da persecução criminal” (fls. 270/277). Não se pode, todavia, falar em perda

do objeto do recurso porque o documento veio aos autos depois de ele já ter sido julgado.

No que tange às irregularidades formais dos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito e à alegada violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, nenhum efeito o relatório e o decreto legislativo produzirão no Tribunal de Contas. Poderão servir apenas como “representação” de ilícito a ser investigado. O contraditório e a legítima defesa se estabelecem naquela Corte, conforme já exposto na ACMS n. 98.012663-0, de Quilombo (acórdão ainda não publicado).

4. À vista das considerações expendidas, torna-se despiciendo perquirir acerca das demais questões suscitadas pelo apelante. Como é cediço, “o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem obrigado a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tam-

pouco responder um a um todos os argumentos” (EDAC n. 39.123, Des. Rubem Córdova; RJTJESP 115/207; RT 312/583 e 615/148).

5. Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, negaram provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Aor Steffens Miranda.

Florianópolis, 27 de junho de 2000.

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

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 96.009291-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Apelação cível em mandado de segurança. Ipesc. Guarda. Indeferimento de inscrição de dependente no órgão previdenciário. Violação a direito líquido e certo. Sentença irretocável. Apelo e remessa desprovidos.

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

96.009291-9, da comarca da Capital, em que é apelante Instituto de Previdência do Estado de Santa

Catarina — Ipesc, sendo apelado Nereu Lourenço Silva:

ACORDAM, em Câmara Especial – Processo Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso e à remessa.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca da Capital, Nereu Lourenço Silva impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina que indeferiu pedido de inscrição do menor Fernando Silva como seu dependente.

Afirmou que o menor é seu neto e encontra-se sob sua guarda, e que, por isso, tem direito a ser inscrito como seu dependente no órgão previdenciário. Reclamou, desta feita, a concessão liminar, e a final definitiva, do writ a fim de que Fernando Silva fosse inscrito no Ipesc como seu dependente.

A liminar foi deferida quando do recebimento do feito (fl. 2).

Notificada para prestar as devidas informações, a autoridade impetrada assim o fez aduzindo a impossibilidade de impetração do mandado de segurança ante a necessidade de dilação probatória, e, quanto ao mérito, que o menor sob a guarda do impetrante já se encontra amparado por outro sistema de previdência em decorrência da vinculação empregatícia de sua genitora (fls. 55/67).

O Ministério Público a quo posicionou-se pela concessão da ordem em definitivo (fls. 82/84).

Sobreveio sentença que julgou procedente o pedido para que o menor Fernando Silva fosse inscrito no Ipesc como dependente de Nereu Lourenço Silva enquanto perdurar a guarda do avô (fls. 92/94).

Inconformado com o decisório que lhe foi adverso, apela o Presidente do Ipesc, reiterando os argumentos de que a inclusão do menor Fernando Silva como dependente de seu avô no órgão previdenciário fora negada devido ao fato de aquele encontrar-se amparado pela previdência federal e sua mãe exercer atividade laborativa (fls. 99/103).

Contra-arrazoado o apelo, tanto por Nereu Lourenço Silva, quanto pelo representante ministerial a quo, subiram os autos e a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pela manutenção do decisum (fls. 123/126).

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de mandado de segurança contra ato do Presidente do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina que indeferiu o pedido de inclusão de dependente formulado por Nereu Lourenço Silva, avô e guardião legal de Fernando Silva, para que este fosse incluído como seu dependente no órgão previdenciário.

Alega o apelante que o fato de o menor estar amparado por outra entidade previdenciária o isenta de quaisquer responsabilidades quanto a incluí-lo como dependente.

Todavia, ao contrário do que crê o apelante, a sentença atacada não merece reparos haja vista que agiu com acerto.

Sobre o assunto, versam explicitamente os artigos 227, § 3º, II, da CF/88 e 33, § 3º, do ECA, sendo que este último dispositivo dispõe acerca da condição de dependente que é conferida à criança ou adolescente pela guarda.

Muito pertinente, ainda, é a ponderação do apelado em suas contra-razões recursais em afirmar que “seria um verdadeiro absurdo, que a efetiva dependência econômica do menor em relação ao seu avô e guardião legal seja desconhecida, pelo simples fato de que sua genitora exerça função de professora na cidade de Dionísio Cerqueira” (fl. 113).

Bem ponderou a Promotora de Justiça em seu parecer:

“...depreende-se da documentação colacionada que Nereu Lourenço Silva assumiu a responsabilidade da criança ainda no primeiro ano de vida desta, e desde então vem sustentando-a e assistindo-a em todos os aspectos, cumprindo seus deveres de guardião.

“Incontestável, portanto, que o indeferimento da inscrição de Fernando Silva no Ipsc, pelo impetrado, na condição de dependente do autor, feriu direito líquido e certo perfeitamente amparado pela legislação pertinente” (fls. 82/84).

Além do mais, como ressaltado pela representante ministerial em contra-razões, “conforme certidão negativa (fl. 15), e declaração (fl. 20), tem-se que a criança não recebe qualquer be-

nefício da previdência federal” (fl. 118).

Desse modo, restou provado nos autos que a criança, além de ser dependente de seu avô Nereu Lourenço Silva (fls. 12 e 14), não recebe quaisquer benefícios previdenciários pelo ente federal (Instituto Nacional do Seguro Social — INSS).

Ademais, a questão abordada no mandamus é deveras pacífica na jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça.

Nesse norte, cito decisão do eminente Des. Wilson Guarany:

“O impetrante é associado do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina (Ipsc) e por ter a guarda e responsabilidade de seu neto, Julian Diego Neres (nascido em 18/2/88), deferida pelo Dr. Juiz de Menores de Joaçaba, requereu ao Ipsc a inclusão desse menor no sistema previdenciário estadual, como seu dependente. O pedido restou indeferido na via administrativa, porém, impetrou mandado de segurança e obteve ganho de causa e o Ipsc apelou da decisão, questionando a guarda outorgada ao impetrante e que o pai do menor está vinculado à Previdência Federal e é nesta autarquia que deve ser feita a inscrição dessa criança.

“Os pais do menor estão separados desde 1988 (fls. 25/27) e esta criança não está inscrita no INSS como beneficiária de seu pai, sendo que este, inclusive, já vive com uma nova companheira e os filhos dela, na cidade de Herval do Oeste (fls. 26).

“O avô, ora impetrante, é policial militar e assumiu a guarda e responsabilidade pelo seu neto Julian Diego Neres.

“Enquanto não for revogada a guarda, deve a mesma ser acatada, para gerar os efeitos que devem ela produzir.

“A Lei n. 8.069/90 (ECA), em seu art. 33, § 3º, dispõe que:

‘A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário’.

“A Lei Federal n. 8.213, de 24/7/91 (dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências) em seu art. 16, I, e seu § 2º, assim dispõe:

‘Art. 16 — São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

‘I — o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

‘§ 2º — Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda...’.

“A atual Constituição Federal assegura como direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho (...) a previdência social (...) (art. 6º) e determina que ‘é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde...’ (art. 227).

“No § 3º, item II, do art. 227, da Carta Magna, está inserido que:

‘§ 3º — O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

‘I — (...).

‘II — garantia de direitos previdenciários e trabalhistas’.

“Não resta dúvida, assim, que o impetrante tem direito de inscrever seu neto, Julian Diego Neres, como beneficiário do Ipesc, na condição de dependente de Generoso Gonçalves de Azevedo Neto” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 5.688, da Capital).

Vide também os seguintes precedentes que tratam de casos análogos: Apelação Cível n. 44.941, de Imbituba, rel. Des. Alcides Aguiar, e Apelação Cível n. 38.018, de Laguna, rel. Des. Cláudio Marques.

Dessa feita, ante todo o exposto, e como a sentença agiu com acerto, voto pelo desprovimento do apelo e da remessa.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso e à remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, e, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 9 de agosto de 2000.

Vanderlei Romer,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 97.000383-8, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

Apelação cível em mandado de segurança. Preparo efetuado no dia seguinte à interposição do recurso. Deserção. Preliminar afastada, por maioria. Demais preliminares e prejudicial de perda do objeto também afastadas. Irregularidade de representação. Eiva sanável a qualquer tempo, inclusive na seara recursal. Substituição processual. Interpretação do artigo 5º, LXX, da CF. Prefeito que concedeu, sem licitação, via decreto, permissão para particulares explorarem serviço de táxi. Ato que viola a Lei Orgânica do Município. Apelo provido para o fim de se conceder a segurança.

1 — Em sucedendo defeito ou irregularidade de representação, emerge a necessidade de se proceder, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, a sua sanção, como forma de prover o processo dos seus necessários pressupostos, sejam de ordem objetiva ou subjetiva.

2 — Segundo orientação jurisprudencial promanada do colendo Supremo Tribunal Federal, cuidando-se de mandado de segurança coletivo não há necessidade de autorização expressa da entidade de classe ou mesmo associação, segundo o disposto no artigo 5º, inciso LXX, da CF.

3 — Se é da lei municipal a necessidade de licitação para a concessão de serviço público, é, por isso mesmo, ilegal a autorização concedida a particular para a exploração de transporte de táxi, via decreto, sem tal formalidade, passível, pois, de violar direito líquido e certo dos integrantes do sindicato de classe, igualmente interessados no certame.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 97.000383-8, da comarca de Balneário Camboriú, em que é apelante o Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos de Passageiros de Balneário Camboriú sendo apelados o Prefeito Municipal de Balneário Camboriú e outros:

ACORDAM, em Câmara Especial, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de deserção (vencido o relator); por unanimidade de votos, afastar as demais preliminares e, no mérito, dar provimento ao apelo para conceder a segurança.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata o processo de apelação cível em mandado de segurança impetrado, em 27/5/96, pelo Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos de Passageiros de Balneário Camboriú contra ato do Prefeito Municipal de Balneário Camboriú.

Alegou, em síntese, o impetrante, haverem sido criados pelo impetrado seis pontos de táxi pelos Decretos ns. 2.722/96 e 2.726/96 e que a permissão para exploração de serviço de táxi nos referidos pontos foi feita pelos Decretos ns. 2.727/96, 2.730/96 e 2.736/96, sem ter havido licitação para tanto.

Reclamou, assim, por meio do remédio heróico escolhido, a concessão liminar da ordem, e, afinal, a segurança definitiva, para o fim de se revogarem os Decretos ns. 2.727/96, 2.730/96 e 2.736/96, sendo, conseqüentemente, canceladas as permissões efetuadas.

O exame do pleito exordial foi postergado para após as informações, as quais foram prestadas a tempo e modo pela autoridade dita coatora (fls. 46/48). Pela manifestação, o Prefeito Municipal de Balneário Camboriú asseverou que inexistente necessidade de prévia licitação para o uso de bens públicos, uma vez que a Lei n. 8.987/95 regula as outorgas de serviços públicos nessa modalidade.

Segundo, ainda, a autoridade dita coatora, a permissão de uso de bem público estaria disciplinada pelos ditames da Lei Orgânica Municipal, estando, assim, livres de vícios os Decretos ns. 2.722 e 2.726, ambos de 1996.

Ainda, de acordo com a autoridade impetrada, a delegação do serviço de táxi pode ser feita por autorização, por meio de ato administrativo. Afirmou, finalmente, que em maio de 1996 foi publicada a Lei Municipal n. 1.592, que disciplina a criação de pontos de táxi e as concessões a taxistas.

Determinada a notificação dos litisconsortes, Carlos Irineu Furtado Silveira, João Carlos da Silva, João Lázaro Santos, Gilson Saramento, João da Silva Cubas e Antônio Padilha, beneficiários da permissão, para que se manifestassem nos autos, assim o fizeram (fls. 63/74), postulando, preliminarmente, a carência de ação (não há provas da constituição do sindicato há pelo menos um ano, consoante disciplina a CF, nem da sua regular constituição, além de irregularidade na representação do sindicato) e a ilegitimidade ativa do sindicato impetrante.

No mérito, afirmaram os beneficiários inexistir direito líquido e certo do impetrante, visto que “não ocasionou, tal ato, prejuízo algum aos associados do sindicato impetrante, pois não se tem notícia de que as permissões aos contestantes tenham sido concedidas com o intuito de preencher vagas deixadas por revogação de pontos pertencentes àqueles” (fl. 70). Ainda, suscitaram que é dispensável a concorrência pública para a permissão objeto do mandado de segurança, haja vista “tratar-se de ato unilateral do poder público, tal qual a autorização, a admissão e a licença, ao contrário da concessão que pressupõe acordo com encargos e vantagens recíprocos” (fl. 72).

O parecer ministerial foi no sentido da extinção do feito ante a inexistência de legitimidade da parte e interesse processual (fls. 77/79).

Sobreveio, então, a sentença, a qual acolheu as preliminares levantadas pelos litisconsortes e pelo Ministério Público e denegou a segurança pleiteada, “posto que se evidencia como legal, não arbitrária a criação dos seis pontos de táxi, por decreto, pelo sistema de permissão” (fls. 81/84).

Irresignado com o decisório que lhe foi adverso, apela o Sindicato dos Condutores Autônomos de Veículos de Passageiros de Balneário Camboriú rebatendo as preliminares argüidas e acatadas, inclusive com a juntada de documentos, e pugnando, no mérito, pela reforma do decisório (fls. 88/100).

Subiram os autos a esta Corte de Justiça sem que os litisconsortes fossem intimados do recurso de apelação. Desse modo, opinou o representante do Ministério Público de segundo grau pela conversão do julgamento em diligência a fim de que os litisconsortes fossem intimados e, querendo, contra-arrazoassem o recurso, bem como para que emitisse parecer o Promotor de Justiça da comarca (fls. 145/146).

O julgamento foi convertido em diligência, pelo que, na resposta ao apelo (fls. 193/202), os litisconsortes postularam pelo não conhecimento do recurso, pela deserção, vez que o preparo não foi efetuado no ato da sua interposição. Suscitaram, também, a intempestividade da manifestação do Município.

Repisaram, ainda, as preliminares outrora argüidas.

Sustentaram, finalmente, quanto ao mérito, que a Lei Municipal n. 1.592/96 convalidou todos os decretos que criaram os pontos de táxi e nomeou os taxistas para preencher as respectivas vagas.

Ao manifestar-se, às fls. 209/214, o Promotor de Justiça opinou pelo improvimento do recurso em face da ilegitimidade do apelante. Contudo, caso viesse este Tribunal a adentrar no mérito da questão, pronunciou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

Subiram novamente os autos, e o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça foi no sentido do conhecimento e provimento do apelo (fls. 212/223).

Vieram-me os autos.

É o relatório.

II — Voto

Quedei vencido no que tange à preliminar de deserção, por entender que a destempo foi implementado o preparo do apelo.

Constata-se, a propósito, do conteúdo da protocolização de fl. 87, que o apelo foi interposto em 26 de novembro, às 13h31min, logo, em pleno expediente bancário externo.

O preparo respectivo, entretanto, só se efetivou no dia 27 de novembro (fl. 132), um dia após o aforamento do apelo, ou seja, extemporaneamente, contrariando, expressamente, pois, o disposto no art. 511 do CPC, com a redação dada pela Lei n.

8.950/94, que o exige no ato de interposição do recurso.

É, a propósito, a lição do conagrado Cândido Rangel Dinamarco:

“Por isso, quando a lei exige o preparo imediato e ao mesmo tempo abre caminho para as flexibilizações de prazo, ela impõe ao recorrente o ônus de, ao interpor o recurso, já comparecer com a justificativa e pedido de relevação. Ou recolhe e prova, ou justifica e pede. Interpondo o recurso sem haver recolhido o preparo e sem pedir desde logo a dilação para recolhê-lo, estará preclusa a possibilidade de obter a relevação permitida por lei. Além disso, é impossível estereotipar hipóteses em que se relevará a deserção, porque essa relevação é extremamente excepcional no sistema e, em princípio, recurso não preparado é recurso inadmissível (deserto)” (in *A Reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, pág. 168).

No mesmo sentido a doutrina de Clito Fornaciari Jr. (*A Reforma Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 93), Humberto Theodoro Júnior (*As Inovações do Código de Processo Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 1995, pág. 22) e J. J. Calmon de Passos (*Inovações no Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Saraiva, 1995, pág. 119).

Sendo assim, porque o preparo foi implementado no dia seguinte ao da interposição do recurso, votei vencido pelo não conhecimento do apelo.

A preliminar de intempestividade das contra-razões do Município, argüida pelos litisconsortes passivos necessários, não merece ser acolhida vez que carece de interesse prático,

consoante ressaltou o representante ministerial de primeiro grau:

“Os efeitos dessa intempestividade (...) são estéreis do ponto de vista prático, posto que a referida peça, dada a singularidade da ação mandamental, não tem força de oposição ao apelo, até porque como ele está identificado, se revestindo, singelamente, de cunho informativo, a nível de instância superior, a exemplo do que ocorre no grau inicial, quando a autoridade é notificada para prestar informações — e não citada para contestar” (fl. 212).

Acrescento, ainda, a propósito do tema, que os argumentos contidos nas contra-razões ofertadas pelo município de Balneário Camboriú não são fundamentais para o deslinde do presente apelo, de modo que não merece acolhida a preliminar invocada.

Passo, então, à análise das preliminares suscitadas pelos litisconsortes passivos.

Aduzem os litisconsortes ser o apelante parte ilegítima no feito, haja vista que não trouxe, com a exordial, a) a prova de estar constituído há pelo menos um ano, daquela data; b) prova do registro de seus atos constitutivos; c) prova da legitimidade do representante legal do sindicato que subscreveu a procuração aos seus patronos; e, por fim, d) prova da assembléia que autorizou o presidente a impetrar a ação mandamental.

Ora, cumpre que se evidencie, por relevante, que essas pretensas faltas enfeixariam, irrecusavelmente, um defeito de representação, a denunciar, pois, a ausência de pressuposto processual subjetivo, que, a ser verdadeiro, levaria o processo irreme-

diavelmente à extinção sem o julgamento do mérito.

Sublinho, aliás, a circunstância de a sentença haver reconhecido a falta, mas, estranha e equivocadamente, resolvido, a par disso, conhecer e deslindar o mérito.

Todavia, como se sabe, o defeito de representação é sanável a todo tempo, até em sede recursal, como decidiu recentemente o colendo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 194.662—BA, relator Min. Nelson Jobim.

Sendo assim, a juntada, à petição recursal, das provas a respeito da regularidade de representação ativa (fls. 101/131), longe de representar irregularidade, tem o condão de convalidar os atos processuais até então realizados, não havendo de se falar em prova pré-constituída como forma impeditiva à juntada procedida.

No pertinente, por fim, à pretensa necessidade de expressa autorização a que se refere o inciso LXX do artigo 5º da CF, a Excelsa Corte veio decidir, também recentemente, de sua inexigibilidade, como se vê da ementa que abaixo transcrevo:

“Constitucional. Mandado de segurança coletivo. Substituição processual. Autorização expressa: desnecessidade. Objeto a ser protegido pela segurança coletiva. CF, art. 5º, LXX, b. Mandado de segurança contra lei em tese: não cabimento. Súmula 266/STF.

“I — A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5º, LXX.

“II — Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5º, CF, que contempla hipótese de representação.

“III — O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe.

“IV — Não cabe mandado de segurança, individual ou coletivo, contra lei em tese (Súmula 266/STF), dado que a lei e, de resto, qualquer ato normativo, em sentido material, ostenta características de generalidade, impessoalidade e abstração, não tendo, portanto, operatividade imediata, necessitando, para a sua individualização, da expedição de ato administrativo.

“V — Mandado de segurança não conhecido” (MS 22132/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgamento em 21/8/1996).

Afasto, assim, as preliminares.

Sustentam, finalmente, como prejudicial do mérito, os litisconsortes, que o apelo “perdeu o objeto”, vez que se filiaram ao sindicato da categoria e passaram a efetuar o recolhimento das respectivas contribuições sindicais, e, ainda, que a Lei Municipal n. 1.592, de 19/6/96, convalidou, no parágrafo único do artigo 1º, os editos objeto desta demanda.

Entendo, todavia, inoportunizar a alegada perda de objeto, vez que remanesce o interesse de agir do sindi-

cato, o qual, como se mencionou acima, age como substituto processual da categoria, defendendo interesses coletivos de seus integrantes.

Afastadas todas as preliminares e a prejudicial suscitadas, passo ao exame do mérito.

Sustenta o apelante que o ato praticado pela autoridade impetrada é ilegal, vez que contraria o artigo 105 da Lei Orgânica do Município, o qual disciplina a respeito da outorga de qualquer serviço público a terceiro interessado.

Razão lhe assiste, não há negar.

Enquanto meio de transporte coletivo, os serviços de táxi são serviços públicos, de interesse eminentemente municipal.

Para que tais serviços sejam delegados a particulares, necessário é o procedimento licitatório, consoante o disposto no artigo 175, caput, da Constituição Federal, o qual encontra respaldo no sobredito artigo 105 da Lei Orgânica de Balneário Camboriú, que tem a seguinte redação:

“Qualquer serviço público, inclusive concessão, será outorgado por decreto do Prefeito, após edital de chamamento de interessados para escolha do melhor pretendente, segundo as coordenadas da autorização legislativa, sendo que a concessão só será feita por lei que normatizará o contrato e a antecipação de concorrência pública.

“§ 1º Serão nulas de pleno direito as permissões, as concessões, bem como quaisquer outros ajustes feitos em desacordo com o estabelecido neste artigo”.

Assim é que, ao conceder a particulares, pelos decretos inquinados (fls. 13, 14 e 15), a permissão para explorar os serviços de táxi, sem obedecer a procedimentos licitatórios (conforme se comprova pela certidão a fl. 12), a autoridade impetrada agiu de forma ilegal, violando, assim, direito líquido e certo dos filiados ao sindicato apelante.

Nesse sentido, leciona o administrativista Hely Lopes Meirelles:

“Esse serviço (transporte coletivo) pode ser executado diretamente pela prefeitura como por autarquia municipal, por entidade paraestatal do município ou por empresas particulares, mediante concessão ou permissão, formas, estas, expressamente previstas na Constituição Federal (art. 30, V), ou, ainda, por autorização”.

Continua, adiante:

“Embora a Constituição Federal não tenha se referido à autorização para transporte coletivo, entendemos que, em casos excepcionais e de pequena duração, esse regime de prestação de serviço público pode ser utilizado, como o fez a Lei Orgânica do Município de São Paulo, ao admitir, além da concessão e da permissão, ‘outras formas de contratação’ (art. 172)” (in *Direito Municipal Brasileiro*, 10ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, págs. 331/332).

A argumentação também utilizada pela autoridade impetrada nas informações que prestou (fls. 46/48), de que seria possível a autorização no caso em tela, absolutamente não prospera.

O doutrinador já citado, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, expõe que “Serviços autorizados são

aqueles que o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular para atender a interesses coletivos instáveis ou emergência transitória. Fora destes casos, para não fraudar o princípio constitucional da licitação, a delegação deve ser feita mediante permissão ou concessão” (25ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, pág. 368).

Desse modo, vê-se que, além de a Lei Orgânica de Balneário Camboriú não prever a autorização como forma de contratação de serviços públicos, as circunstâncias nas quais foram editados os decretos que motivaram a impetração da ação mandamental não foram de modo a atender “interesses coletivos instáveis ou emergência transitória”, casos em que, em tese, seria possível a autorização, ou seja, delegação de serviços sem a existência de prévio processo licitatório.

Dessa feita, não é concebível admitir-se, na hipótese, a autorização como forma de delegar a particulares serviços públicos.

Por isso mesmo é que o ínclito representante ministerial de segundo grau, Dr. Tycho Brahe Fernandes, pontificou, com inteira pertinência, em sua manifestação:

“No mais, vê-se que se o apelante congrega todos os taxistas de Balneário Camboriú, tem o mesmo interesse e legitimidade para exigir que as concessões de serviços públicos afetos a sua área de atuação sejam realizadas dentro do que determina a lei.

“No caso, a Lei Municipal n. 1.592/96 estabelece em seu artigo 1º que ‘A criação de novos pontos de tá-

xi, a sua localização e as concessões para taxistas no âmbito municipal, serão autorizados por Lei, mediante iniciativa do Poder Executivo, que observará os critérios estabelecidos no artigo 175 da Constituição, as leis federais que regulamentam o assunto e o artigo 105 da Lei Orgânica do Município’.

“Ora, as concessões que se atacam no presente feito foram concedidas por decretos (fls. 13/15), violando frontalmente a lei municipal.

“Além do mais, pelo que restou demonstrado nos autos, referidos decretos não foram precedidos do competente processo licitatório (art. 175, caput, CF), o que os nulifica de pleno direito, razão mais do que suficiente para cassar a sentença apelada” (fl. 222).

Por tais razões, entendo deva ser dado provimento ao apelo para o fim de, reformada a sentença, conceder a segurança, cassando, de consequente, os Decretos ns. 2.727/96, 2.730/96 e 2.736/96.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por maioria de votos, rejeitou a preliminar de deserção (vencido o relator); por unanimidade de votos, afastou as demais preliminares e, no mérito, deu provimento ao apelo para conceder a segurança.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral

de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Tycho Brahe Fernandes.

Florianópolis, 23 de agosto de 2000.

*Vanderlei Romer,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.*

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.009900-7, DE LAGUNA

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Alimentos — Filho sob a guarda do pai que passa por dificuldades financeiras — Dever da genitora de prestar auxílio — Pleito deferido.

Na manutenção de filho menor a responsabilidade incumbe a ambos os genitores, que deverão despender parte de seus proventos a esta finalidade. A obrigação não deve incidir em demasia sobre o pai, que acarrete como consequência a exclusão do dever materno.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.009900-7, da comarca de Laguna (2ª Vara), em que é apelante E. I. P. N., representado por seu pai F. C. N., sendo apelada M. P. M.:

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

Despesas na forma da lei (art. 20, § 2º, do CPC).

E. I. P. N. representado por seu pai F. C. N. deflagrou actio de alimentos em face de sua mãe M. P. N., alegando, em síntese, que o casal está separado de fato e que está sob a

guarda do pai que possui poucos recursos para o seu sustento.

Requeru a procedência do pedido para deferir alimentos provisórios, fixando o valor em ½ salário mínimo e, ao final, a condenação ao pagamento de pensão mensal.

Juntou procuração e anexou documentos.

Em interlocutório foi deferida a liminar fixando a verba alimentar, temporariamente, em 15% sobre os vencimentos brutos da ré.

Designada audiência de conciliação, instrução e julgamento, a genitora do menor não compareceu, operando-se a revelia. Em seguida, o MM.

Juiz entregou a prestação jurisdicional que se deu negativa.

Irresignado, apelou o autor reeditando seus argumentos iniciais.

A douta Promotora de Justiça mostrou-se favorável ao reclamo.

Ascenderam os autos ao eg. Tribunal de Justiça.

Há parecer da lavra do eminente Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira, DD. Procurador de Justiça.

É o relatório.

O dever de sustento dos filhos pelos pais é inafastável. No entanto, cediço na doutrina e jurisprudência que esta responsabilidade não pode ir além das possibilidades de cada um. Na hipótese, o menor está sob a guarda do pai que passa por dificuldades financeiras, sobrevivendo do auxílio dos pais e da venda de revistas avulsas legadas a sua religião, percebendo em torno de um salário mínimo por mês, enquanto que a mãe recebe a importância bruta de R\$ 208,00 mensais para manter mais dois filhos advindos de uma segunda relação.

Constata-se que a apelada não contestou, não produziu nenhuma prova na instrução nem mesmo contra-arrizou. Dessa maneira não se tem notícia se os outros filhos recebem auxílio do pai. Deduz-se, portanto, que os fatos alegados pelo autor devem ser aceitos como verdadeiros.

Na manutenção de filho menor a responsabilidade incumbe a ambos os genitores, que deverão despender parte de seus proventos a esta finalidade. A obrigação não deve incidir em demasia sobre o pai, que acarrete como consequência a exclusão do dever materno.

A regra inserta no art. 400 do Código Civil determina que os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Sobre a matéria, Washington de Barros Monteiro ensina que "na fixação dos alimentos equacionam-se, portanto, dois fatores: as necessidades do alimentado e as possibilidades do alimentante. Trata-se, evidentemente, de mera questão de fato, a apreciar-se em cada caso, não se perdendo de vista que alimentos não se concedem ad utilitatem, ou ad voluptatem, mas ad necessitatem" (Curso de Direito Civil, vol. II, 29ª ed., Saraiva, 1992, págs. 288/292).

Nesse sentido, "a fixação dos alimentos, levando-se em consideração as necessidades de quem os reclama e as possibilidades econômico-financeiras daquele que está obrigado a prestá-los, deverá ser feita com a observância das particularidades que a situação concreta apresenta, porquanto não se dispõe de um critério meramente matemático para se chegar ao quantum ideal" (Ap. Cív. n. 98.007418-5, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo para fixar os alimentos em 10% sobre o salário da apelada, invertendo-se o ônus sucumbencial.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio e Orli Rodrigues, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 29 de agosto de 2000.

*Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.008003-1, DE CANOINHAS

Relator: Des. Alcides Aguiar

Ação ordinária — “Médico autorizado temporário”, posto não ser integrante do Corpo Clínico — Livre exercício profissional assegurado pela Constituição Federal e pelos Conselhos Federal e Regional de Medicina — Art. 5º, XIII, CF/88, Res. n. 1.231/86 do CFM e Res. n. 001/87 do Cremesc — Direito de internar e assistir pacientes em hospital público ou privado — Obediência às normas administrativas e técnicas da Instituição — Recurso provido parcialmente.

Autorizado está o médico a internar e assistir pacientes seus, associados de entidade conveniada e com a qual a Fundação ré mantém vínculo de atendimento, desde que esteja ele credenciado pela mesma entidade a fazê-lo e respeitadas as normas técnicas e administrativas do hospital, limitando-se ao atendimento nas condições previstas no regulamento do Corpo Clínico.

Impossível se torna a escusa por parte do médico em assumir a responsabilidade perante o paciente no hospital, porque este somente responde pela má prestação de serviços hospitalares e por pessoa integrante de seu Corpo Clínico.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.008003-1, da comarca de Canoinhas (1ª Vara/Inf. Juv. e Reg. Público), em que é apelante a Fundação Hospitalar de Três Barras, sendo apelado Saulo Pinto Sabatini:

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

Custas na forma da lei.

Saulo Pinto Sabatini ajuizou ação ordinária em face da Fundação Médico Social Rural de Três Barras, hoje Fundação Hospitalar de Três Barras, relatando e objetivando:

Ainda quando era Oficial das Forças Armadas, já trabalhava para a construção de um hospital para suprir as necessidades de Três Barras, visto que o de Canoinhas não mais suportava a demanda de pacientes. Conseguiu tal objetivo, com muito esforço,

sendo um dos mais ativos colaboradores e incentivadores. Por isso foi designado Presidente, por diversas gestões, tendo, inclusive, recebido o Título de Cidadão Honorário de Três Barras e dado o nome ao Banco de Sangue da Fundação, bem como é o representante da Secretaria da Saúde para Três Barras Suds (Sistema Unificado de Saúde) por meio do Cims.

É o responsável tanto pelo funcionamento da área transfuncional como do próprio hospital, encontrando-se o alvará em seu nome; ademais, está credenciado a atender por diversas entidades como Ipesc, Inamps, Unimed e Cruz Vermelha.

Acontece que, em 30/11/89, pelo Ofício n. 045/89, foi informado que estaria demitido a partir do dia 31/12/89, uma vez que o hospital estava mudando de razão social entre outros motivos. Passados os trinta dias de aviso prévio foi impedido de trabalhar, colocando em risco vidas humanas, já que outro lugar não havia para internar seus pacientes, afrontando disposições constitucionais e o Código de Ética Médica, arts. 20 e 25, bem como as Resoluções ns. 1.231/86 e 001/87, do Conselho Federal de Medicina e da Cremesc, respectivamente.

Diz que o médico que não faz parte do corpo clínico de uma instituição de saúde pode nela atuar como autorizado temporário, atuando com os mesmos direitos e deveres, tendo a direção do hospital 60 (sessenta) dias de prazo para promover alterações nos seus regimentos e regulamentos.

Segundo o Ofício n. 040/90 do Cremesc, a Fundação Médico Social Rural Três Barras não se encontra registrada nem seu regimento do corpo

clínico, funcionando com regimentos e regulamentos piratas, alterando-os conforme lhe convém.

O Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina não sabe da existência da Fundação nem dos seus regulamentos; logo, não pode a ré exigir e prescrever normas de conduta se não as cumpre.

No Convênio n. 39/86 realizado entre o Inamps e a ré, na Cláusula Segunda, existe previsão para a prestação de serviços de saúde para toda a comunidade, estendendo os serviços a todo e qualquer cidadão.

Contudo, a Fundação exige que o autor, credenciado pelo Inamps, pague três diárias por dia de internamento e que o médico assuma a integralidade da responsabilidade pelas despesas com o paciente, o que é inadmissível, traduzindo a forma ditatorial com que se administra o hospital.

Assim, requer “a procedência da presente ação ordinária para que o autor possa clinicar como Médico Temporário na Fundação Médico Social Três Barras, hoje Fundação Hospitalar de Três Barras, com independência igual a dos demais médicos integrantes do corpo clínico, respeitando-se apenas as normas de fiscalização”; “podendo internar, medicar, assistir, operar a quem quer que seja, responsabilizando-se, conforme o caso, o instituto que pertencer o paciente”.

A Fundação Médico Social Rural de Três Barras contestou o feito, aduzindo que o narrado na inicial não dissente do trazido nos autos da ação cautelar promovida pelo autor e destaca que ele vem internando seus pa-

cientes a seu “bel-prazer”, contrariando determinações da entidade e colocando em risco vidas, uma vez que o hospital não tem condições de atender e garantir a vida de seus pacientes no centro cirúrgico, tanto que por muitas vezes partos iniciados em Três Barras tiveram que terminar em Canoinhas com cesárea.

Não há impedimento para o autor clinicar, mas lhe foi negado, isto sim, o direito de usar dos convênios que são oriundos da Fundação e da entidade que autoriza internamentos.

Diz que verificando o histórico da Fundação, encontra-se: de setembro/86 a dezembro/89, 140 (cento e quarenta) internações de parturientes, tendo o autor realizado 120 (cento e vinte) delas e na média dos 40 (quarenta) meses chega-se a 3,5 (três e meio) partos por mês, distante da capacidade conveniada com o Inamps, que é de 33 (trinta e três) por mês.

Ademais, das 120 (cento e vinte) internações, 14 (catorze) delas tiveram de ser transferidas para Canoinhas, perfazendo um total de 11.7% (onze ponto sete por cento percentual), sendo que em uma delas um feto nasceu em Três Barras enquanto o outro foi retirado cirurgicamente em Canoinhas.

Além desses motivos, “a baixa produção com o alto custo de manutenção, falta de ginecologista e obstetra no corpo clínico, falta de cobertura de anestesista, situações reais de risco de vida para mãe e o feto, houve por bem, após ser ouvido o diretor clínico, desativar o centro cirúrgico, pedindo ao Inamps o descredenciamento neste setor para a mudança dos termos do convênio, para o aproveita-

mento da área para especialidades médicas na quais tem-se amplas e gerais condições de atendimento, adotando um procedimento de encaminhar pacientes gestantes para o hospital de Canoinhas, com muito mais condições de atendimento, visto a rotatividade de cirurgias efetuadas, bem como ao isolamento do local, com a respectiva esterilização do centro cirúrgico”.

Alega que o autor continua a encaminhar gestantes para o hospital, causando sérios riscos por negligência, quando deveria se responsabilizar pelos seus atos.

Colaciona dados de maio/88 a fevereiro/90 a respeito dos atendimentos básicos, consultas ambulatoriais, atendimento de pacientes/dia, pequenas cirurgias e pronto socorro noturno, dizendo que não há prejuízo para a comunidade de Três Barras, posto que a melhora qualitativa e numérica só foi possível pela contratação de profissionais que atendem gratuitamente por convênios, evitando, inclusive, duplicidade ou até triplicidade de cobranças.

É que, “temos que o requerente, trabalhando no horário e na função de médico no centro de saúde, internou o paciente pelo Inamps, com o que receberia automaticamente, pelo internamento uma consulta, obrigando o patrão do funcionário atendido a pagar uma consulta particular, que pode ser conferido pelos documentos acostados”.

Afirma que não se curva a interesses particulares e escusos e, além do mais, o autor não provou ser realmente credenciado no Inamps nem se

responsabilizou até o momento por qualquer paciente que internou.

Dessa forma, requer a comprovação de que o autor é credenciado nos convênios que afirma ser e sua responsabilização pelo atendimento, bem como a improcedência da ação.

Na manifestação à contestação, o autor aduz que não houve impugnação aos fatos narrados na inicial, por isso que requer o julgamento antecipado da lide.

Diz que está comprovada, pela resposta da ré e documentos juntados, a cobrança de diárias pelo triplo do preço para pacientes agraciados pelo Inamps, numa Fundação Hospitalar conveniada.

Afirma que “pode não ser credenciado pelo Inamps para atendimento especificamente da Fundação Hospitalar Três Barras, mas o é pelo Inamps para atender a toda população da Região de Canoinhas” e Três Barras, onde sempre prestou serviços médicos para instituições como Iapas, Suds, Ipsc e Unimed.

No tocante ao gráfico apresentado, ressalta que a população de maneira geral se ressentiu de atendimento médico, conforme o abaixo-assinado trazido aos autos, e que não ocorreu qualquer caso grave que colocasse vidas em perigo, mas tão-somente pacientes que se encontravam em adiantado trabalho de parto e foram transferidos, conscientemente, para a cidade de Canoinhas.

A Fundação Hospitalar de Três Barras atende apenas consultas ambulatoriais, tonando-se um pronto-socorro às avessas, posto que não faz cirurgias, nem pequenas, e não possui anestesista.

Salienta que sempre se responsabilizou por seus pacientes, mas não pelo pagamento das diárias, visto que atende por convênios. E, ademais, as futuras gestantes necessitam ser atendidas na Fundação Hospitalar. Assim, requer a procedência da ação.

Sobre os documentos juntados a Fundação Hospitalar de Três Barras se manifestou às fls. 129/130.

Em decisão interlocutória, a Dra. Juíza de Direito designou audiência de instrução e julgamento que, realizada, logrou êxito a tentativa de conciliação, razão pela qual foi ela suspensa para a efetivação do acordo.

O autor peticionou e juntou documentos — fls. 138/156.

Realizada nova audiência de instrução e julgamento, e inexitosa a tentativa de conciliação, foi tomado o depoimento pessoal do autor, tendo este, por seu procurador, desistido da oitiva do representante legal da ré, no que concordou a Dra. Promotora de Justiça, sendo deferida a apresentação de razões finais por meio de memoriais.

A ré e o autor apresentaram suas razões finais às fls. 161/168 e 173/175, respectivamente.

O representante do Ministério Público, Dr. Ricardo Luís Dell’Agnolo, opinou pela procedência do pedido, declarando legítimo o direito do autor para assistir, internar, operar e medicar seus pacientes na Fundação ré nos limites da lei.

O Dr. Juiz de Direito, sentenciando o feito, julgou procedentes os pedidos realizados na ação ordinária e na cautelar, julgando, ainda, extinta a cau-

telar inominada ajuizada pela Fundação Médico Social Rural de Três Barras em face de Saulo Pinto Sabatini.

Irresignada, a ré apelou, aduzindo que o autor pleiteou internar, medicar e assistir pacientes com base no Código de Ética Médica, Resoluções e o CPC, esquecendo-se de que haveria necessidade da obediência hierárquica ao Corpo Clínico da Instituição, de modo que ficou evidente a intenção de modificar a estrutura organizacional da Fundação, principalmente, quando deseja integrar seu corpo clínico sem estar vinculado à responsabilidade.

O apelado, na verdade, busca na Justiça amparo para sem qualquer vínculo com a Instituição, dela fazer uso e não se responsabilizar pelos internamentos.

Sublinha que “para o Médico participar da vida da Instituição, é preciso que dela faça parte integrante, ou seja, como membro do Corpo Clínico, o qual está diretamente subordinado às normas legais da Instituição”.

O que o autor pleiteia é a internação de pacientes, utilizando para isso convênios da Fundação como o SUS, não respondendo, assim, hierarquicamente à administração do hospital nem por erros que venha a cometer.

Ademais, a sentença, ao declarar legítimo o direito do autor a assistir, internar, operar e medicar seus pacientes na Fundação, não levou em conta a limitação do Hospital, visto que não há centro cirúrgico nem existe pelo autor vínculo com o Município para internação pelo SUS, porque o apelado não tem credenciamento na instituição; logo, impossibilitado de

participar de convênios. Enfim, a decisão lhe dá direitos que não possui.

Por fim, requer a reforma do decisum e a improcedência das ações, ordinária e cautelar, ficando o autor subordinado a determinações legais do corpo clínico.

Intimado para oferecer contra-razões, o apelado deixou o prazo correr in albis.

O Ministério Público, em parecer exarado pelo Promotor de Justiça, Dr. Leonardo F. C. Luchezi, opinou pelo improvimento do recurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Joel Rogério Furtado, opinou pelo desprovimento do recurso.

Os autos foram remetidos pela egrégia Segunda Câmara Civil a esta Quarta Câmara Civil porque preventa para julgar o recurso.

É o relatório.

A irresignação da apelante reside na procedência do pedido formulado pelo autor para que ele possa clinicar como médico autorizado temporário, com independência igual aos integrantes do corpo clínico, respeitando as normas de fiscalização previstas no regulamento do corpo clínico — inexistente perante o CRM/SC — podendo, assim, internar, medicar, assistir e operar, sujeitando-se aos regramentos das resoluções que regem a espécie.

É consabido que a Constituição Federal garante o livre exercício profissional, inc. XIII do art. 5º, in verbis:

“Art. 5º. (...).

“XIII — é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão,

atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

A Carta Magna ao estabelecer este imperativo entre os direitos e garantias fundamentais o fez exigindo critérios formais como o aprendizado legalmente estruturado, que irá fornecer a especificidade profissional e o preparo necessário para a segurança da sociedade.

Não se olvida mais dos aspectos relacionados à ética e à idoneidade moral do profissional, que serão estabelecidos e disciplinados por cada atividade especializada, de acordo com seu campo de atuação e suas prerrogativas legais específicas.

Em se tratando de médico, está ele regulado pelo Conselho Federal e Conselhos Regionais de Medicina, órgãos supervisores da ética profissional — art. 2º da Lei n. 3.268 de 30/9/57, regulamentada pelo Decreto n. 44.045 de 19/7/58, ambos recepcionados pela Constituição Federal.

Discorrem, neste sentido, Domingos Afonso Kriger Filho e Irineu Ramos Filho:

“Operacionalmente, o Conselho Federal de Medicina, agindo como comando hierárquico centralizador do sistema, de conformidade com o que dispõe o art. 5º da Lei n. 3.268/57, regula todas as atividades profissionais, vez que existe para supervisionar, disciplinar, e julgar as questões envolvendo a prática da Medicina no âmbito de sua competência” (Código de Processo Ético-Profissional Médico Comentado e Anotado, 2ª ed., Síntese, pág. 22).

Portanto, desnecessário é discutir sobre o direito do apelado em internar e assistir seus pacientes na

Instituição ré, porque lhe é assegurado e garantido pela Resolução n. 1.231, de 10/10/86, do Conselho Federal de Medicina, bem como pelo Código de Ética Médica — Resolução n. 1.246/88.

Logo, cabe definir e delinear o alcance do direito do apelado diante das normas administrativas e técnicas da Fundação ré a que os médicos e os pacientes estão sujeitos.

Nessa linha vale citar as leis que definem e delinham o direito do apelado, independentemente da vontade da ré:

Da Resolução n. 1.231/86, do CFM — Conselho Federal de Medicina:

“Considerando que não se pode descartar a função social que toda entidade pública ou privada deve desempenhar dentro da comunidade;

“Considerando que o hospital deve estar precipuamente a serviço do indivíduo, assim como da comunidade;

“Considerando os termos do Parecer CFM n. 27/86, aprovado na Sessão Plenária de 10 de outubro de 1986, resolve:

“1. A todo médico é assegurado o direito de internar e assistir seus pacientes em hospital público ou privado, ainda que não faça parte de seu Corpo Clínico, ficando sujeitos, nesta situação, o médico e o paciente às normas administrativas e técnicas do Hospital (grifei).

“2. O Regimento Interno do Corpo Clínico dos Hospitais deverá prever explicitamente que o médico não integrante do seu Corpo Clínico possa promover as internações ne-

cessárias nestes estabelecimentos hospitalares”.

Da Resolução n. 001/87 do Cremesc — Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina — fls. 22/23:

“1º — Para cumprimento ao disposto na Resolução CFM 1.231/86 todos os estabelecimentos de saúde devem promover as alterações necessárias em seus regimentos ou regulamentos clínicos de modo que fique explicitado o seguinte:

“a) O médico não integrante do corpo clínico que deseje internar pacientes no hospital deve ter a denominação de ‘Médico Autorizado Temporário’ (grifei).

“b) Para admissão a esse quadro o médico deve apresentar obrigatoriamente prova de estar regularmente inscrito no Cremesc e facultativamente dados de seu currículo, como títulos de especialistas, doutorado etc.

“c) Fiquem claramente estabelecidas as condições de atendimento e especificações dos convênios existentes entre o hospital e entidades.

“d) O médico Autorizado Temporário não poderá exercer nenhuma atividade privativa dos médicos integrantes do corpo clínico, como chefia de serviços, integrar comissões de ética e outras, escalas de plantão etc., limitando-se ao atendimento de seus pacientes nas condições previstas no regulamento do Corpo Clínico (grifei).

“e) A independência de atuação do médico autorizado temporário junto a seu cliente deverá ser igual a dos demais médicos integrantes do corpo clínico, respeitadas apenas as

normas de fiscalização previstas também no regulamento do corpo clínico.

“2º — A aceitação e inclusão do médico nesse quadro especial, preenchida a formalidade do item b do n. 1, é praticamente automática e a tramitação de seu pedido não pode ultrapassar de 30 dias, sob pena de responsabilização do Diretor Clínico pela arbitrariedade e desrespeito à legislação vigente.

“3º — As Direções Médicas dos Estabelecimentos de Saúde têm prazo de sessenta dias para promover as alterações de seus respectivos regimentos ou regulamentos do corpo clínico, remetendo-se ao Conselho Regional de Medicina para apreciação e aprovação”.

Do Código de Ética Médica:

“Art. 20: Exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, raça, sexo, nacionalidade, cor, opção sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.

“Art. 25: Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição”.

Discussão persiste sobre a possibilidade de o autor internar e assistir pacientes seus pertencentes a convênios aos quais está ou não credenciado para atender na Fundação ré.

Nessa linha vale dizer que o autor comprovou pelos documentos trazidos aos autos seu cadastro no Inamps e o recebimento de quantias referentes a atendimentos prestados

à Fuscsc, Celos e Unimed, atuando ainda pela Cruz Vermelha — fls. 38, 39, 40, 42, 43, 120 e 121.

A ré, por sua vez, acostou o termo de declaração expedido pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social — INAMPS (fl. 106), verbis:

“1 — Declaramos para os devidos fins que o profissional Dr. Saulo Pinto Sabatini não tem nenhuma credencial para atendimento pelo Inamps na Fundação Hospitalar de Três Barras/SC”.

Oportuno é ressaltar que a questão, por ocasião do Agravo de Instrumento n. 5.536, de Canoinhas, na ação cautelar inominada proposta por Saulo Pinto Sabatini (apelado) em face da Fundação Médico Social Rural de Três Barras (apelante), da lavra do eminente Des. Gaspar Rubik, foi acertadamente resolvida nestes termos:

“Ora, na espécie em causa é de se observar que em 27 de abril de 1989, por contrato que o agravante celebrou com a agravada e pelo qual passou à categoria de médico autorizado temporário, ficou expressamente estabelecido em uma das cláusulas, em cumprimento à Resolução antes citada, que ‘o contratante autoriza a contratada, mediante acordo prévio, a firmar convênios em seu nome, com entidades públicas e privadas para prestação de serviços médicos e hospitalares, comprometendo-se a cumprir na íntegra os termos conveniados’.

“Daí concluir-se, logicamente, que, se a Fundação mantém convênio com determinada entidade perante a qual o agravante também está cre-

denciado, não pode aquela, sob qualquer pretexto, se furtar ou impedir que os pacientes deste, desde que associados da entidade conveniada, sejam internados e atendidos pela mesma.

“Entretanto, e aqui passa-se a enfrentar a outra questão objeto do agravo, se não existe convênio entre a Fundação e o Instituto perante o qual o agravante está credenciado e ao qual seu paciente é filiado, não está aquela obrigada a atendê-lo senão a título particular. Em tal hipótese é perfeitamente cabível exigir a Fundação ou que o paciente faça um depósito prévio dos gastos prováveis com seu internamento ou que assine um termo de responsabilidade pelas despesas que vierem a ser efetuadas, como utilização de leito, sala de cirurgia, medicamentos e outras, sendo descabida, porém, a exigência de três diárias por dia de internamento. Em não aceitando o paciente responsabilizar-se por tais gastos, evidentemente que não se pode obrigar a Fundação a atendê-lo gratuitamente, salvo, naturalmente, casos de extrema necessidade como perigo de vida, porque nestes a recusa no atendimento poderá implicar no cometimento de crime de omissão de socorro. De resto, para que não degenerem em abuso, o atendimento gratuito aos necessitados fica limitado aos casos em que a prescrição seja feita por médico integrante do corpo clínico.

“De todo inaceitável”, contudo, em tais hipóteses — como bem obtemperou o ilustre Promotor de Justiça em primeira instância (fl. 104) — “é compeli-lo o médico autorizado temporário — normas da agravada, alínea g, pág. 61 — a despender, de seu próprio bolso, valor equivalente a três diá-

rias, a título de ressarcimento por serviços oferecidos” (sic) ou mesmo que se responsabilize pelas despesas com internamento e medicamentos ministrados a seus pacientes.

“A sua sujeição às normas administrativas e técnicas do estabelecimento de saúde a que se referem as Resoluções dos Conselhos Federal e Regional de Medicina antes mencionadas não podem levar a tal despropósito, dele apenas se podendo exigir que assine termo responsabilizando-se pelo atendimento e pela medicação que ministrar a seus pacientes, ciente das boas ou deficientes condições técnicas e administrativas que lhes são oferecidas, as quais se comprometa observar e respeitar sempre, sem imputar à Fundação a responsabilidade pelo que possa vir a acontecer aos mesmos pacientes em decorrência de precárias condições ou da falta de melhor aparelhagem de que possa se ressentir a Fundação.

“Daí por que, pelas razões expostas e com a finalidade explicitada, é que se deu provimento ao agravo”.

Enfim, autorizado estará o médico a internar e assistir pacientes seus, pertencentes a convênios aos quais a Fundação ré mantém vínculo de atendimento, desde que esteja ele credenciado pelas entidades conveniadas a fazê-lo e respeitadas as normas técnicas e administrativas do hospital, limitando-se o atendimento às condições previstas no regulamento do Corpo Clínico.

No que diz respeito à responsabilidade do Médico Autorizado Temporário e do Hospital, que tanto preocupa a apelante, válido é transcrever de Ruy Rosado de Aguiar Jr. no artigo

Responsabilidade Civil do Médico, publicado na Revista dos Tribunais, vol. 718, fls. 33/53, ao tratar da Medicina Coletiva:

“No desempenho de sua função, o médico contacta com muitas pessoas e entidades, com as quais mantém relações jurídicas de diversas espécies. Assim, entre o médico e o hospital, o médico e o seu pessoal auxiliar, o cirurgião e o anestesista, as relações entre os integrantes da equipe ou do grupo, do generalista com o especialista, a situação especial dos hospitais públicos, dos médicos credenciados pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), os convênios de saúde etc.

“(…)”.

“O hospital responde pelos atos médicos dos profissionais que o administram (diretores, supervisores etc.), e dos médicos que sejam empregados. Não responde quando o médico simplesmente utiliza as instalações do hospital para a internação e tratamento dos seus pacientes. Em relação aos médicos que integram o quadro clínico da instituição, não sendo assalariados, é preciso distinguir: se o paciente procurou o hospital e ali foi atendido por integrante do corpo clínico, ainda que não empregado, responde o hospital pelo ato culposo do médico, em solidariedade com este; se o doente procura o médico, e este o encaminha à baixa no hospital, o contrato é com o médico e o hospital não responde pela culpa deste, embora do seu quadro, mas apenas pela má prestação dos serviços hospitalares que lhe são afetos. A responsabilidade pela ação do integrante do corpo clínico, na situação primeiramente referida, explica-se

porque a responsabilidade por ato de outro, prevista no art. 1.521, III, do CC (é responsável o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, prepostos e serviçais), abrange também aquelas situações onde não existe uma relação de emprego, bastando que a pessoa jurídica utilize serviços de outra através de uma relação que gere o estado de subordinação (Orlando Gomes, Obrigações, Forense, 1978, pág. 362). É o caso do hospital, que para seu funcionamento necessita do serviço do médico, o qual, por sua vez, fica subordinado, como membro do corpo clínico, aos regulamentos da instituição" (ob. cit. pág. 41) (grifei).

Portanto, impossível se torna a escusa por parte do médico em assumir a responsabilidade perante o pa-

ciente no hospital, porque este somente responde pela má prestação de serviços hospitalares e por pessoa integrante de seu corpo clínico, o que não é o caso, por isso que é de se fazer esta ressalva.

Ante o exposto, dá-se provimento em parte 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. Joel Rogério Furtado.

Florianópolis, 8 de setembro de 2000.

*Alcides Aguiar;
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.012342-3, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Alcides Aguiar

Ação de consignação em pagamento — Recurso — Pedidos sucessivos — Oportunidade para complementação dos depósitos não utilizada pelo autor — Inteligência do art. 899 do CPC — Matéria preclusa.

Contratos individuais de compra e venda de apartamentos firmados anteriormente à Lei n. 7.730/89 — Poupança parcelada — Emissão de promissórias em OTN's — Extinção do índice oficial previsto — Substituição pelo BTN — aplicação do CUB — Inviabilidade — Imóvel já concluído — Consignação porém de valores sem qualquer correção monetária — Inacolhimento da pretensão dos autores — Sentença mantida.

Honorários advocatícios — Ação com efeitos declaratórios — Aplicação do art. 20, § 4º, do CPC — Fixação em percentual — Possibilidade.

Intimado o autor dos termos da contestação, abre-se para ele o prazo de dez dias para complementar o depósito, a teor do disposto no art. 899 do CPC; desnecessário para tanto que o juiz o intime expressamente para tal fim.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.012342-3, da comarca de Criciúma (3ª Vara/Infância e Juventude), em que são apelantes Eneo Ary Gressler e outros, sendo apelada Geplan — Engenharia e Geologia Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do agravo retido e negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Eneo Ary Gressler, Francisco Theofilo Faraco, Ewaldo Egan Zechner, Geraldo Pagani e Antônio João Biz ingressaram com a ação de consignação em pagamento em face de Geplan — Engenharia e Geologia Ltda. —, alegando, que adquiriram e receberam concluídos, no Edifício Paineiras, situado na Rua José Bonifácio n. 185, Criciúma, os apartamentos ns. 701, 303, 203, 502 e 101, respectivamente, adquiridos pelos instrumentos particulares celebrados entre as partes.

O pagamento era efetuado para a Financiadora (Sistema Financeiro de Habitação — SFH) e para a ré; contudo, esta se negou a receber os valores das promissórias vencidas no mês de maio de 1989, em OTN, valorada em NZC\$ 6,17 (seis cruzados e dezessete centavos) (art. 15, alínea a, MP n. 032, de 14/1/89, Plano Verão), como até então vinham sendo pagas, exigindo um acréscimo no valor de

30% (trinta por cento) sobre as notas cambiais, o que constitui crime contra a economia popular.

Antônio João Biz tem sofrido forte pressão da consignada, sendo compelido a preencher cheque no valor de NZC\$ 1.166,13 (um mil, cento e sessenta e seis cruzados novos e treze centavos), quando o débito era na verdade de NZC\$ 863,80 (oitocentos e sessenta e três cruzados e oitenta centavos), que corresponde a 140 (cento e quarenta) OTN's, para saldar a nota promissória 07/10, vencida em 21/5/89. Constatando o erro e equívoco, o autor citado cancelou o cheque, dando contra-ordem ao Banco do Brasil S.A.

Assim, requer a consignação dos valores constantes do item 3 (três) da petição inicial e, conseqüentemente, a quitação das notas promissórias e a procedência da consignatória, com a condenação da ré em custas processuais e honorários advocatícios.

Recebida a petição inicial, designou-se o dia 20/6/89, às 15h30min, para, em cartório, a ré receber as quantias oferecidas, sob pena de depósito.

Citada, a ré não compareceu para receber a importância de NZC\$ 2.468,00 (dois mil, quatrocentos e sessenta e oito cruzados), motivo pelo qual se procedeu ao depósito judicial.

Geraldo Pagani peticionou e teve deferida a sua desistência do feito.

Na contestação, a ré arguiu preliminarmente carência da ação, aduzindo que a consignatória não é o meio processual adequado para se discutir o quantum debeat; e, ademais, Antônio João Biz, funcionário do Banco do Brasil, reconheceu à fl. 19 a obrigação cambial e não sofreu coação para a emissão de cheque, o que evidencia sua carência de ação, e seu arrependimento tardio é inadmissível.

No mérito, aduz que o Governo altera sobremaneira as Medidas Provisórias, e as OTN's foram extintas por força do disposto no inc. I do art. 15 da MP n. 32, de 15/1/89, que foi convertida na Lei n. 7.730/89.

Ressalta que para dirimir conflitos sobre os novos indexadores de contratos ancorados pelas OTN's, editou-se as MP's ns. 38, 40, 44, 48 e 54, que sempre apontaram no sentido de que as partes se amoldassem a novos indicadores em face da inflação, apesar do congelamento.

Para quem tinha obrigações vincendas no mês de maio de 1989, e então ancoradas na extinta OTN, o índice é o estabelecido no art. 1º da Lei n. 7.774, de 8/6/89, em que se converteu a MP n. 54, e, de acordo com a Portaria n. 87, de 12/5/89, assinada pelo Ministro da Fazenda, os preços poderiam ser reajustados na base de 50% (cinquenta por cento) do índice, quando a variação fosse igual ou superior a 70% (setenta por cento), ou até 35% (trinta e cinco por cento), quando a variação fosse menor do que os 70% (setenta por cento) (parágrafo único, art. 2º).

A indústria da construção civil tem indexador próprio, chamado CUB, apurado pelo Sinduscom — Sindicato

da Indústria da Construção Civil —, que realiza, juntamente com a Caixa Econômica Federal, a coleta dos custos da mão-de-obra e dos materiais de construção, chegando a um índice de variação mensal — Lei n. 7.774/89, art. 1º, que substituiu a MP n. 54.

Afirma que desde fevereiro o índice variou em 61,98% (sessenta e um inteiros e noventa e oito centésimos por cento); logo, por ser inferior ao limite de 70% (setenta por cento), o reajuste a ser cobrado é de 35% (trinta e cinco por cento) sobre o valor congelado da extinta OTN de NCZ\$ 6,17 (seis cruzados e dezessete centavos), havendo, portanto, justa causa para o não recebimento do pagamento pretendido.

Os contratos de Antônio João Biz e Geraldo Pagani contêm cláusulas expressas de substituição das OTN's pelos indexadores oficiais, tendo este último, inclusive, resgatado após o ajuizamento da ação, ou em 14/6/89, a nota promissória citada na letra d, do item 3 da petição inicial dos consignantes, pagando pelo índice oficial o reajuste de 35% (trinta e cinco por cento).

Por fim, requer a improcedência da ação e a condenação dos autores ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Os autores efetuaram depósitos referentes aos novos vencimentos das notas promissórias e manifestando-se, em seguida, a respeito da contestação, alegam que os valores das notas promissórias são certos e definidos, por isso que, ao se negar a recebê-los, outra alternativa não lhe restava, sendo infundado ainda que Antônio João Biz por ser bancário não

iria ceder a pressões do credor e ser induzido em erro.

Informa que a ré ajuizou ação de execução das notas promissórias e que será provado naquele processo que o título cambial não tem eficácia executiva, devendo a preliminar ser afastada. Por fim, sustentam que as Notas Promissórias não se aplicam à hipótese dos autos, nem assim a Portaria n. 87 do Ministro da Fazenda.

Acrescentam que a Geplan — Engenharia e Geologia Ltda. recebeu pelas notas promissórias vencidas nos meses de fevereiro a abril de 1989, com a OTN valorada em NZC\$ 6,17 (seis cruzados e dezessete centavos), conforme previsto no Plano Verão — Lei n. 7.730/89, sendo que a Portaria n. 87 somente é observada aos contratos realizados a partir do mês de maio/89.

O art. 1º da Lei n. 7.774/89 tem aplicação nos contratos para a entrega futura do bem, diferenciando-se do caso em tela, porque o avençado já foi entregue, não se podendo, assim, aplicar o índice setorial — CUB — às notas promissórias.

Os autores compareceram ao feito para efetuar os depósitos referentes aos vencimentos das notas promissórias em julho, agosto, setembro, outubro, novembro, dezembro/89 e janeiro e fevereiro/90.

A ré, manifestou-se aduzindo que não lhe foi oferecido quaisquer dos valores depositados posteriormente, violando o art. 303 do CPC, por se tratar de procedimento unilateral e, ademais, os depósitos são realizados sem correção, requerendo o desentranhamento das petições e suas devoluções aos autores.

A Magistrada indeferiu o pedido de desentranhamento, baseada no art. 892 do CPC.

Os autores efetuaram os depósitos dos meses de março e abril/90.

A ré peticionou alegando que os depósitos são insuficientes, além de estarem sendo efetuados sem nenhum critério, não podendo ocorrer a liberação dos autores.

As partes requereram a produção de provas, com o depoimento pessoal dos representante legais e a oitiva de testemunhas.

Irresignada com o despacho que indeferiu o pedido de perícia contábil, a ré interpôs agravo retido, aduzindo que a discussão se encontra no quantum debeat, por isso que são necessários cálculos precisos sobre o real valor devido.

Realizada a audiência, sem possibilidade de conciliação, foram inquiridos um dos autores, Antônio, o representante legal da ré e uma testemunha arrolada pelos autores.

Apresentadas as alegações finais em separado, no prazo de 10 (dez) dias, reportaram-se as partes ao já alegado anteriormente, e renovaram seus pedidos.

O Magistrado julgou improcedente o pedido e condenou os autores ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios.

Estes recorreram, aduzindo:

A ré reconhece expressamente que está exigindo os pagamentos em CUB e defende a legalidade dessa exigência com base na Lei n. 7.774/89; contudo, ficou comprovado durante a instrução processual que os apartamentos foram entregues pron-

tos na assinatura do contrato, e não são bens para entrega futura como exige a referida lei; logo não se aplica ao caso a exigência do CUB.

A recusa no recebimento do pagamento baseada na supramencionada lei, que não se aplicava à hipótese dos autores, não pode prevalecer, já que os contratos entre as partes não prevêem ou estabelecem qualquer índice substitutivo.

Os contratos vigem com força de lei entre as partes e sempre contêm riscos, motivo pelo qual estabelecida a correção dos valores pela OTN é de se respeitar o convencionado e não substituí-lo pelo CUB como pretende a apelada.

O adimplemento das notas promissórias com base na variação do CUB é indevido e ilegal, devendo a sentença ser reformada, inclusive, porque não poderia ser julgada improcedente, uma vez que deveria o Magistrado determinar o depósito complementar, e, não o fazendo, a teor do art. 899 do CPC, cerceada está a defesa dos apelantes, conforme o art. 5º, inc. LV, da CF/88, por isso que não sendo acolhida a reforma integral da sentença é de se anular o processo a partir desta, concedendo-se oportunidade para os autores efetuarem o depósito complementar.

Em relação aos honorários advocatícios, arbitrados consoante o art. 20, § 4º, do CPC, é excessivo devendo se impor sua minoração, conforme o § 3º do referido artigo, ou seja, fixando-os em percentual sobre o valor da causa.

Por fim, requerem a reforma da sentença e que o pedido consignatório seja julgado procedente ou seja

anulado o processo a partir da decisão final do processo, dando possibilidade para o complemento do depósito efetuado, invertendo-se o ônus da sucumbência, e, em caso contrário, seja reduzida a verba honorária para percentual sobre o valor da causa.

Nas contra-razões, a apelada, preliminarmente, afirma que o recurso não deve ser conhecido pela falta de mandato ao signatário do recurso. O apelo de Antônio João Biz não pode ser conhecido por ato incompatível com a vontade de recorrer, posto que pelos embargos à execução, demanda conexa, saiu derrotado, ficando impedido de rediscutir a matéria.

Afirma que a pretensão dos autores de se anular o processo pela falta de oportunidade de complementar os depósitos está preclusa, uma vez que pelo art. 899 do CPC, o prazo é de 10 (dez) dias após a negativa do recebimento da quantia depositada.

No mérito, diz que o STF já consagrou o princípio de que a correção monetária não é um plus, mas sim imperativo moral, ético e jurídico. A pretensão da redução dos honorários advocatícios é justa pelo trabalho de uma década, não podendo ela prosperar.

É o relatório.

Cumpra salientar que a apelada interpôs agravo retido (fls. 99/101), competindo a ela requerer, expressamente, quando da resposta da apelação, manifestação do Tribunal acerca da matéria, o que não fez, razão pela qual é de não se conhecer do recurso, a teor do art. 523, caput, § 1º, do CPC.

Cite-se:

“Art. 523. Na modalidade de agravo retido, o agravante requererá que o tribunal dele conheça preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

“§ 1º — Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal”.

Diante da ausência de requerimento para apreciação do agravo retido interposto, dele não se conhece.

No que toca à falta de mandato, em que a apelada afirma que pela renúncia dos demais mandatários tão-somente Hécio Bianchini Góes continuava representando os apelantes e que o subscritor do recurso não fora nem constituído nem nomeado, não merece prosperar.

Conforme se extrai dos autos (fls. 6/7, 142 e 145/155), o signatário do recurso — Dr. André Corrêa Gomes — consta da relação de advogados constituídos e nomeados pelos autores para os representar, mandato este não renunciado, por isso que afastada fica esta preliminar.

Em relação ao interesse de recorrer de Antônio João Biz, melhor sorte não socorre à apelada, posto que a relação negocial entre as partes ficou comprovada pelo contrato de Compromisso de Compra e Venda e o fato de haver outra demanda em que o apelante restou vencido, por si só, não lhe retira o legítimo interesse em rediscutir a lide.

Ademais, o alegado pela apelada nas contra-razões não restou comprovado, visto que não há provas da conexão de demandas, muito menos certidão do trânsito em julgado da de-

cisão que, em tese, trata das notas cambiais objeto da presente controversia nos embargos à execução.

No que diz respeito ao pedido sucessivo realizado pelos autores, ora apelantes, para que o Tribunal, no caso de negar provimento ao recurso, anule o processo a partir da sentença, oportunizando a complementação do depósito, deve ser afastado de plano.

É que o artigo 899 do Código de Processo Civil dispõe que o momento processual adequado para se complementar o depósito, que não é integral, é o de 10 (dez) dias posteriores ao da juntada da contestação.

“Art. 899. Quando na contestação o réu alegar que o depósito não é integral, é lícito ao autor completá-lo, dentro em 10 (dez) dias, salvo se corresponder a prestação, cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato”.

Acresça-se, ainda, que “este prazo é prazo preclusivo (JTA 123/299, Bol. AASP 1.585/105) (apud Código de Processo Civil e legislação processual em vigor Theotônio Negrão, 28ª ed., Saraiva, nota 3ª ao art. 899 do CPC); e, ademais, tal questão ao longo do processo não foi suscitada, devendo, por isso, prevalecer tão-somente o dispositivo legal supra-mencionado, porque em não se discutindo a matéria no feito, impossível se torna sua apreciação pelo Tribunal, a não ser naqueles casos em que o relator o possa fazer de ofício, que não é o caso.

Nesse sentido, colaciona-se:

“Consignação em pagamento — Depósito não integral — Intimação para complementação — Não efetua-

ção — Pedido improcedente — Sentença mantida.

“Quando na contestação o réu alega que o depósito não é integral, é lícito ao autor completá-lo dentro de 10 dias. Se não o faz, por estar convicto da sem-razão do alegado pelo contestante, submete-se ao risco de ter seu pedido julgado improcedente, em caso de recusa justa (Ap. Cív. n. 96.006864-3, de Blumenau, rel. Des. Orli Rodrigues).

E mais:

“Para complementar o depósito, na forma do art. 899 do CPC, tem o demandante, independentemente de intimação específica, o prazo de 10 (dez) dias, contados da contestação” (Ap. Cív. n. 43.537, de Joinville, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Ressalte-se que o § 1º do artigo 515 do CPC tem a seguinte redação: “serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”.

O Superior Tribunal de Justiça esclarece que “a amplitude de devolução do § 1º do art. 515 do CPC é limitada à matéria impugnada, ainda que, embora discutida na causa, não tenha sido objeto do julgamento da instância monocrática” (STJ—3ª Turma, REsp n. 5.803/CE, rel. Min. Dias Trindade, j. 30/4/91, não conheceram, v.u., DJU 27/5/91, pág. 6.960)” (in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Theotonio Negrão, 30ª edição, Editora Saraiva, pág. 529).

Assim, preclusa a matéria e não tendo sido discutida a pretensão em apreço, o Tribunal ad quem não pode dela conhecer.

No que diz respeito à questão nuclear da lide, ressalte-se que a discussão se restringe à aplicação do índice de reajuste das prestações mensais, representadas por notas promissórias vinculadas aos contratos de Construção e de Compromisso de Compra e Venda entre as partes, se o CUB — Custo Unitário Básico, indexador próprio da construção civil — ou se a OTN — Obrigação do Tesouro Nacional.

A matéria debatida nos autos não é nova neste Tribunal, e restou bem analisada pelo Togado a quo, por isso que transcrevo parte da decisão, de lavra do ilustre Dr. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, que não merece reparo:

“Autores e ré celebraram contratos individuais, visando à compra e venda de apartamentos localizados no Edifício Paineiras, em Criciúma.

“A chamada ‘poupança’ foi parcelada (emitindo-se Promissórias), com o restante do preço sendo pago através de Financiamento pelo SFH.

“Apesar de não haver pacto expresse quanto ao parcelamento da poupança, tal matéria se tornou incontroversa, tanto pela narrativa da inicial como da contestação. Assim, é bom deixar claro que o argumento das alegações finais dos autores, de que as promissórias não foram indicadas e/ou relacionadas no contrato, é totalmente irrelevante para a solução da quaestio, pois o que se precisa verificar é se os depósitos efetivados permitem a declaração judicial de liberação das obrigações respectivas.

“O tema nuclear da demanda é a incidência, ou não, de algum modo

de correção das parcelas contratadas a título de poupança.

“Como dito, os autores alegam que as prestações da ‘poupança’ não poderiam sofrer qualquer reajuste após o fim da OTN, ao passo que a ré assevera que o CUB deveria nortear a atualização do débito em parcelas.

“Também é fato incontroverso (e há prova nesse sentido) que o imóvel foi comprado pelos autores quando já estava concluído.

“Constata-se com facilidade que todos os depósitos efetuados pelos autores foram feitos com valores históricos, sem qualquer aplicação de correção monetária. É esta, afinal, a tese que esposam.

“A História infelizmente nos mostra que os mirabolantes planos econômicos anteriores ao real não conseguiram dar fim ao ciclo inflacionário. Substituíram-se unidades monetárias, criavam-se novos indexadores, bloqueava-se dinheiro, mas tudo era em vão, porque a retomada de majoração de preços não tardava muito.

“Veja-se, por exemplo, que em 1989, o salário mínimo se manteve estável de fevereiro a abril, em NCZ\$ 36,74.

“Em maio subiu para 46,80, em junho para 120,00, em julho para 149,80, em agosto para 192,88, em setembro para 249,48, em outubro para 381,73, em novembro para 557,33, e assim por diante.

“Havia, em tal período, nítido quadro inflacionário. Como, então, imaginar que um contrato de prestações sucessivas pudesse manter o preço histórico em época de pique de

inflação, independentemente de cláusula escrita? Não poderiam os requerentes, de forma cômoda, ver seu patrimônio valorizando a cada dia (em termos nominais) e pretender remunerar o contrato com valores históricos, sem correção.

“De toda forma, para casos como o dos autos, nosso Tribunal de Justiça disciplinou o índice correto de atualização monetária:

“(…).

“Como visto, em se tratando de obra pronta e concluída, o índice de correção a ser aplicado é o BTN.

“(…).

“Resta claro, então, que a única coisa inadmissível é a tese dos autores, pois o pagamento das parcelas sem correção monetária não tem o condão de extinguir a obrigação respectiva e, ipso facto, leva à improcedência da consignatória.

“E a improcedência se torna também evidente porque houve alegação de insuficiência de depósito, mas os autores continuaram a consignar os valores históricos.

“(…).

“Se a discussão girasse em torno de índices de correção, apenas, a distância entre a insuficiência do depósito e o valor correto seria menor, mas, na hipótese, o que os autores desejam é a liberação sem pagamento de qualquer correção, o que significaria enriquecimento sem causa.

“Entre um índice oficial de correção monetária e outro similar adotado expressamente pelas partes, se deveria adotar o patamar contratado, mas na ausência de cláusula escrita, nada impede que o Judiciário restabe-

leça o equilíbrio da avença, apontando o sistema correto de atualização da moeda, que in casu é o BTN.

"A pretensão dos autores, então, não merece acolhimento, considerando-se justa a recusa da requerida em não receber valores sem correção monetária (pouco importante que pretendesse o CUB, porque os requerentes queriam pagar sem índice de atualização)".

Nesse sentido, colhe-se da Ap. Cív. n. 40.441, da Capital, em que fui Relator, assim ementada:

"Consignação em pagamento — Contrato de compra e venda de imóvel celebrado em 1988 — Aquisição com recurso próprio (poupança) e parte do preço financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação — Ajuste anterior à Lei n. 7.730/89, pela OTN, extinta a partir de 1º/2/89 — Depósito atualizado pelo BTN, em substituição às OTN's — Pretendida adoção do CUB (Índice da Construção Civil) — Inadmissibilidade — Prédio já concluído à data do contrato — Aplicação da Lei n. 7.779, de 1989, art. 75, e não da Lei n. 7.774/89, art. 1º — Mora intercorrente — Exclusão de depósitos efetuados além do prazo legal (art. 892, CPC) — Apelo provido em parte".

Do corpo do aresto, colaciona-se:

"Com efeito, decidindo acerca da consignação em pagamento promovida por adquirente de unidade residencial contra a mesma vendedora Irfasa S.A. — Construções, Indústria e Comércio, e relacionada com o mesmo edifício, esta colenda Quarta Câmara Civil, no julgar a Ap. Cív. n. 36.894, relatada pelo eminente De-

sembargador Cláudio Marques, em sessão ocorrida em data de 24/9/1992, contando com os votos também do eminente Desembargador Nestor Silveira e do ora relator, assim se posicionou:

'Consignação em pagamento. Contrato de compra e venda de imóvel. Aquisição com recursos próprios (poupança) e financiamento do SFH. Ajuste com base nas OTN's. Celebração anterior à Lei n. 7.730/89. Extinção das OTN's. Adoção do índice CUB como substitutivo. Impossibilidade. Títulos de crédito autônomos. Reajustes pelo índice substituto. BTN's. Recurso provido. Consignatória procedente. Se as partes contrataram a compra e venda de imóvel, cujas parcelas referentes à poupança seriam reajustadas com base nas OTN's, cujo contrato foi anterior à Lei n. 7.730/89, é inoperante cláusula, em confissão de dívida, que prevê o índice CUB como fator de reajustamento em caso de extinção das OTN's. O índice alternativo CUB não se aplica à modalidade, pois que, quando da celebração da confissão de dívida, a unidade habitacional já se encontrava pronta e acabada, além de financiada com recurso do SFH. Aplicação do que dispõe a Lei n. 7.774/89. A extinção da OTN deu como consequência a adoção do BTN como fator de atualização monetária, que é princípio de ordem pública, consubstanciado no direito de o Estado intervir na economia, devendo ser adotado a partir de fevereiro de 1989, conforme dispôs a Lei n. 7.779, de 10/7/89. A confissão de dívida, por outro lado, prevendo a atualização dos títulos (notas promissórias) que a geraram, pelas OTN's, confronta-se com aquela que prevê a adoção do

CUB, devendo prevalecer aquela que adota índice oficial (OTN) e, na sua extinção e na época própria, deve ser aplicado o índice substitutivo, o BTN. Sentença reformada. Consignatória procedente’.

“No corpo daquele v. aresto merecem destaques os seguintes lances, posto que identificáveis ao caso concreto, mormente em face da questão central da controvérsia — Sobre ser ou não o índice CUB — o indexador para o reajuste do saldo devedor alvo desta consignatória, índice por sinal eleito pelas partes no termo de confissão de dívida naquela hipótese e aqui incorrente:

‘O artigo 1º da Lei n. 7.774, de 8/6/89, é muito claro:

‘Nos contratos em execução cujo objeto seja a produção ou o fornecimento de bens para entrega futura, a prestação de serviços contínuos ou futuros, a realização de obras (Lei n. 7.730, de 31 de janeiro de 1989, artigo 11) e naqueles relativos a operações de alienação de bens imóveis não abrangidos pelas normas do Sistema Financeiro da Habitação, o índice de reajustamento com base na Obrigação do Tesouro Nacional — OTN será substituído por índices nacionais, regionais ou setoriais de custos ou preços que reflitam a variação de custos de produção ou do preço dos insumos utilizados’.

“Com propriedade sublinha o julgado:

‘A norma prevê dois tipos de situações: a entrega futura, que não é o caso dos autos, eis que a obra estava perfeita e acabada, no ato da confissão de dívida, com entrega das chaves, inclusive; e relativos a alienações

de bens imóveis não abrangidos pelo SFH. A operação de compra e venda do imóvel de que se trata é financiada pelo SFH, conforme contrato nos autos, onde a parcela que se discute é aquela denominada poupança, paga diretamente à vendedora, onde, por óbvio, já estão embutidos os fatores inflacionária”.

O posicionamento adotado há muito pela Quarta Câmara Civil deste Tribunal não dissente do Superior Tribunal de Justiça que por diversas vezes se posicionou sobre a tese ora defendida.

Nesse sentido colhe-se do voto do ilustre Sr. Ministro Barros Monteiro no Recurso Especial n. 49.137, de São Paulo, DJ 12/4/99, RSTJ, vol. 120, assim relatado:

“Esta Quarta Turma teve ocasião de proclamar ser indevida a pretensão de aplicar-se o índice setorial de construção civil divulgado pelo ‘Sinduscon’, desde que já finda a construção do imóvel. Refiro-me ao REsp n. 20.394/SP, por mim relatado, em se destacou o fato de não ser pertinente à espécie o art. 1º da Lei n. 7.774, de 8/6/89.

“(…).

“Ao apreciar o REsp n. 28.322-3/SP, sob a relatoria do em. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, este Órgão Fracionário reiterou o entendimento, registrado na ementa do v. aresto, de conformidade com o qual ‘tratando-se de financiamento de imóvel por construtora, descabe utilizar a atualização das prestações com base no índice setorial da construção civil — \Sinduscom — quando já terminada a obra’. No mesmo diapasão: REsp n. 60.076-6/SC, relator Ministro Eduardo

Ribeiro; REsp n. 89.323/SP, relator Ministro Costa Leite; REsp n. 54.317/SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar; REsp n. 35.878/SP, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira; e REsp n. 60.879, relator Ministro Waldemar Zveiter.

“De sorte que não se pode falar, no caso, em negativa de vigência do art. 1º, §1º, da Lei n. 7.774, de 8/6/89.

“(…)”.

“...vale ressaltar que esta colenda Turma tem admitido o BTN como indexador em espécies semelhantes. Ao apreciar ao REsp n. 35.879/SP, rel. o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, supra-aludido, determinou-se o emprego do BTN e não do índice setorial da construção civil.

“(…)”.

“Se a parte não atualizou a prestação devida até o dia do oferecimento, o depósito realmente não pode ser tido como integral. A correção monetária, consoante vem decidindo de há muito esta Corte, não é um plus, mas a mera reposição da identidade da moeda corroída pelo fenômeno inflacionário. ‘Impõe-se ao devedor, na consignatória, ao efetuar o depósito, fazê-lo com inclusão da correção monetária do período compreendido entre a data do vencimento da obrigação e a do efetivo depósito, sob pena de ser julgado improcedente o pedido’ (cf. AgRg no Ag n. 48.450.5/SP, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira). De teor similar podem ser citados os seguintes arestos: REsp n. 85.358/SP, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar e REsp n. 20.186-3/RJ, relator Ministro Dias Trindade”.

Sublinhe-se que nas causas em que não houver condenação os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do § 3º do art. 20 do CPC, ex vi do supramencionado artigo, § 4º.

Portanto, julgada improcedente a actio, e, por conseguinte, não havendo condenação, o juiz fixará os honorários advocatícios equitativamente, observando os critérios das alíneas do art. 20, § 3º, do CPC.

A propósito, colaciona-se de Yussef Said Cahali:

“Efetivamente, conforme adverte o Supremo Tribunal, ‘o § 4º do art. 20 do CPC expressa que os honorários advocatícios devem ser fixados por equidade e na consideração dos fatos referidos no § 3º do mesmo artigo. Trata-se de equidade jurídica, porque baseada em fatos, isto é, objetiva, e não a de tipo subjetivo, extralegal, por vezes confundida com o arbítrio judiciário. Caso em que o acórdão impugnado fixou os honorários em quantia ínfima e sem considerar os fatos indicados no § 3º, do art. 20, do CPC, como determina o § 4º desse mesmo artigo. Vulneração dessa última regra. Recurso extraordinário do vencedor a que se dá provimento para o fim de aumentar a quantia dos honorários a serem pagos ao advogado que constituiu” (Honorários Advocatícios, 3ª ed., RT, 1997, pág. 488).

E prossegue quanto à ação consignatória:

“Na consignatória que envolve dúvida quanto a quem pagar, vencido o autor pelo decreto de carência ou improcedência da ação; ou vencido o réu, pelo acolhimento da demanda, a

sentença não se caracteriza como sendo de condenação, mais se identificando como sendo de natureza declaratória, a ensejar a aplicação do art. 20, § 4º, do Código, com arbitramento equitativo dos honorários advocatícios a cargo do vencido.

"Todavia, a não se preferir a fixação em quantia certa como seria mais adequado, embora haja jurisprudência no sentido de que os honorários devem ser fixados sobre o valor da causa, parece mais acertado que, havendo depósito, a honorária deva incidir sobre o total regularmente depositado" (ob. cit., págs. 646 e 647).

Nesse diapasão registra-se:

"Ação de preceito cominatório — Improcedência — Ausência de condenação — Honorários advocatícios — Apreciação equitativa — Art. 20, § 4º, do CPC.

"O critério a ser utilizado pelo juiz para a fixação dos honorários advocatícios nas sentenças em que não tenha havido condenação é o equitativo, previsto no art. 20, § 4º, do CPC. Destarte, demonstrando o advogado da parte zelo e eficiência, com atendimento a prazos e argumentação jurídica esmerada, é impositivo que na apreciação dos pressupostos enumerados nas alíneas do § 3º do mencionado dispositivo legal seja reconhecido o mérito da atuação do profissional e se o remunerare condignamente" (El n. 98.015195-3, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf).

Ainda:

"Não possuindo a ação de consignação em pagamento natureza condenatória, na fixação dos honorários advocatícios não há de se cogitar da regra do art. 20, § 3º, do CPC. O

arbitramento deverá observar o critério estabelecido no art. 20, § 4º, segundo a apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das letras a e c do parágrafo anterior" (Ap. Cív. n. 49.623, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

E, mais:

"Consignação em pagamento — Honorários advocatícios — Ação com efeitos declaratórios não condenatórios — Fixação nos termos do § 4º, do art. 20, do CPC" (Ap. Cív. n. 97.005961-2, de São José, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

"A sentença proferida em ação de consignação em pagamento não é de natureza condenatória. Assim, na fixação dos honorários advocatícios incidem as regras do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil" (Ap. Cív. n. 33.304, rel. Des. Nestor Silveira, j. 22/8/91).

Por derradeiro:

"Honorários advocatícios. Ação de consignação em pagamento. Natureza declaratória. Remuneração do advogado que se impõe na forma preconizada no § 4º do art. 20 do CPC. Sentença fixando-a de conformidade com a norma prevista no § 3º do citado artigo 20. Provimento parcial do recurso" (Ap. Cív. n. 39.504, de Tubarão, rel. o subscritor).

Evidencia-se, assim, que o percentual fixado pelo Magistrado a quo se ajusta perfeitamente ao zelo dos profissionais e seus serviços prestados, bem como diante da natureza da causa, o tempo e o trabalho exigidos, vez que o protocolo da petição inicial data de 6/6/89, e os mandatários representam a apelada desde a contestação, o que perdura por mais de 10

(dez) anos, fazendo eles jus ao estabelecido como verba honorária.

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, 3 de agosto de 2000.

Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.013579-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Alcides Aguiar

Audiência de conciliação — Acordo inicial — Dilação de prazo peremptório — Impossibilidade — Contestação a destempo — Extinção da pessoa jurídica de direito público — Sucessão processual pelo Estado de Santa Catarina na fase em que se encontra — Desnecessidade de renovar a citação — Inaplicabilidade dos efeitos da revelia — Direitos da Fazenda Pública indisponíveis — Inteligência do inc. II do art. 320 do CPC — Necessidade de dilação probatória.

Ação de reparação civil — Menor submetida a intervenção cirúrgica na Fundação Hospitalar de Santa Catarina — Diagnóstico de persistência do canal arterial (PCA) — Lesão aórtica — Necessidade de clampeamento para sua correção — Sequelas advindas do procedimento cirúrgico e em quase sua totalidade irreversíveis.

Médico pertencente ao corpo clínico de hospital público — Tratamento jurídico diverso deslocado para o âmbito do direito público especificamente administrativo — Desnecessidade de averiguação da culpa — Responsabilidade objetiva — Nexo causal demonstrado à sociedade — Inocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima — Indenizações moral e material devidas — Obrigação pelo Estado de Santa Catarina de prestar tratamento adequado para a reabilitação apurado em liquidação de sentença — Pensão devida à vítima enquanto não ocorrer a recuperação ou até enquanto viver — Recurso parcialmente provido — Desprovimento da remessa.

Impossível é a redução ou a prorrogação de prazo peremptório pela convenção das partes, como é o da contestação, ex vi do art. 182 do CPC.

Embora revel, não se podem aplicar os efeitos da revelia contra a Fazenda Pública, porque indisponíveis seus direitos — inc. II do art. 320 do CPC.

“É sempre difícil apurar-se, no pretório, responsabilidade médico-hospitalar, porque a prova fica na dependência dos relatórios de enfermagem e das anotações e prescrições médicas, bem como de laudos de peritos médicos que podem estar inconscientemente dominados pelo esprit de corps. Resta pouca margem de prova aos testemunhos leigos, de regra incompetentes ou impressionados. Acresce que a Medicina não é ciência exata, e a arte de curar requer muita vez dom divino” (cf. René Savatier, Traité de la Responsabilité Civile, 2ª ed., t. II, n. 778, in voto vencido do Des. Geraldo Roberto, RJTJSP, 61/180).

“A prova da regularidade do comportamento está em mãos do hospital, que deve sempre cuidar de ser preciso nos relatórios, fichas de observação, controle, tratamento, remédios ministrados e tudo o mais que possa ilustrar cada aspecto. Seria absurdo que o paciente houvesse de ter o ônus da prova de que as falhas do hospital foram mesmo falhas e não presunção de inexistência de culpa. Na análise global dos elementos probatórios, também contam as falhas indicativas do acompanhamento de cada caso pelo hospital responsável” (voto vencedor do Des. Vila da Costa, RJTJSP, 61/180).

“...quando a saúde e a vida humana estão em jogo, o descuido mais leve adquire uma dimensão especial que lhe confere uma singular paridade. Não há, no caso, lugar para culpas ‘pequenas’” (cf. Felix A. Trigo Repasas, Responsabilidade Civil de los Profesionales, Buenos Aires, Ed. Astro, 1978, pág. 15 — in Ap. Cív. n. 41.475, relator Des. Anselmo Cerello).

“Na responsabilidade objetiva, ou pelo risco, prescinde-se de indagações sobre a culpa do responsável: basta que o dano tenha acontecido durante a atividade realizada no interesse ou sob seu controle. Aqui, a imputação do ato ou fato lesivo ao responsável tem por base não a culpa, mas o risco que ele próprio criou, ou que, pelo menos, acontece dentro da sua esfera de ação” (Professor Fernando Noronha, in Revista da Escola Superior da Magistratura, v. II, Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, pág. 70).

Ao não se evidenciar um fato imprevisível, irresistível e externo, porque o clampeamento aórtico está amplamente divulgado e

fartamente documentado pela medicina, descaracterizado está o caso fortuito ou de força maior, ainda que tenha o profissional laborado sem culpa, com conduta lícita, todos os cuidados necessários, prudência e diligência em todas as etapas de sua atuação e com as melhores técnicas.

A pensão vitalícia faz-se devida, pois apesar de a vítima (menor) ter sido adotada, necessita de acompanhamento integral e, mesmo quando adulta, as seqüelas, se não impedirão totalmente o exercício laborativo, dificultarão e criarão adversidades, que no mais das vezes traduzem-se em baixa ou inexistente remuneração pelo trabalho.

Os danos psíquicos e sensoriais decorrentes de ato injusto que a vítima experimenta são indenizáveis como dor moral, embora não sirvam para apagá-la.

A indenização por dano moral deve representar uma penalidade ao infrator, servindo de reprimenda para que se evite ao máximo a repetição do fato lesivo; ao mesmo tempo não pode causar enriquecimento sem causa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.013579-9, da comarca da Capital (Vara da Fazenda/1º Cartório), em que é apelante S. P. P., sendo apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso voluntário e negar provimento à remessa.

Custas na forma da lei.

S. de L., representada por seu pai, Pedro José de Lima, ajuizou "ação de indenização por ato ilícito, cumulada com tutela liminar de direitos de menor", em face da Fundação Hospitalar de Santa Catarina, aduzindo que nasceu em 23/5/85 e foi internada em 1º/7/90, com o diagnóstico

de PCA, no Hospital Joana de Gusmão, que é administrado pela ré.

Durante a cirurgia realizada no dia 8/7/90, a que foi submetida a menor, houve lesão aórtica, que necessitou tempo aumentado de clampeamento para sua correção, razão pela qual ocorreu paraparesia flácida com arreflexia (síndrome selar) por lesão isquêmica medular em etapa sequelar. O Relatório de Caso perfila a difícil situação familiar da menor.

No mês de junho/91, Wilson Koenig Paes, com autorização judicial, levou-a para fazer exames em São Paulo, na Associação de Assistência à Criança Defeituosa, e ali se constatou que antes do tratamento ser iniciado deveria ela passar por cirurgias para a correção de bacia e alongamento muscular, porque ficou com pé eqüino e havia a necessidade de condicio-

ná-la para o uso de aparelhos ortopédicos e fisioterápicos.

Nos dias 23 e 24 de julho deveria retornar a menor a São Paulo para avaliação, que não ocorrendo poderia causar a irreversibilidade da deficiência física.

A necessidade das cirurgias corretivas decorrem do atendimento deficiente do pós-operatório do Hospital da Criança, que não prestou atendimento adequado para a menor depois da lesão sofrida na cirurgia cardíaca. E somente após a operação ortopédica é que a menor poderá fazer os alongamentos musculares pela fisioterapia.

A menor, atualmente internada no supramencionado Hospital Infantil, está com escoliose (desvio da coluna vertebral), com bexiga hipotônica (diminuição da tonicidade muscular), com sérios problemas ortopédicos e musculares e sem o rim esquerdo, todas seqüelas decorrentes da operação a que foi submetida, nos termos do Relatório assinado pelo Dr. Euclides Reis Quaresma — Diretor-Geral do Hospital Infantil Joana de Gusmão.

Por fim, requer o benefício da assistência judiciária, seu deslocamento para São Paulo a fim de realizar exames necessários, sob pena de multa diária, e, alternativamente, que seja determinado à ré o depósito da quantia de Cr\$ 200.000,00 (duzentos mil cruzeiros), para pagamento de despesas referentes ao seu tratamento na Associação de Assistência à Criança Defeituosa, devendo ser entregue a importância a Wilson Koenig Paes.

Requer, ainda, a condenação da Fundação Hospitalar de Santa Catarina a atendimento especializado

enquanto perdurar a deficiência, fornecimento de medicamentos, próteses e outros recursos relativos à habilitação ou reabilitação, tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar e ambulatorial, enquanto perdurarem as seqüelas, e, também, atendimento educacional especializado, com a fixação de multa diária definitiva pelo descumprimento do deferido, além de pensão mensal vitalícia e danos morais.

Parecer do Ministério Público à fl. 37.

À fl. 38 a Magistrada deferiu liminarmente o pedido com fulcro no que dispõe o § 1º do art. 213 do ECA, no sentido de a Fundação Hospitalar providenciar o deslocamento da menor para a cidade de São Paulo para submeter-se aos exames necessários, ou que depositasse o numerário supra-indicado para esse fim, e ato contínuo fosse citada a entidade ré.

Cumprida a intimação para as providências necessárias ao deslocamento da menor (fl. 46v.), a ré depositou em cartório a importância concedida na liminar, quantia esta recebida à fl. 52, sendo autorizada a viagem para São Paulo, conforme ofício remetido ao diretor do hospital (fl. 54).

A autora requereu, com base no § 1º do art. 213 do ECA, liminar para que fosse determinado exame de estudo urodinâmico e fornecimento de equipamentos, com o depósito da quantia de Cr\$ 807.530,00 (oitocentos e sete mil e quinhentos e trinta cruzeiros), bem como a oitiva do Promotor de Justiça.

Na audiência designada pela Magistrada — em data de 31/7/91 — a Fundação comprometeu-se a provi-

denciar exames médicos e a cirurgia necessária, bem como a fornecer a cadeira de rodas e as próteses adequadas para a recuperação da menor, com direito a acompanhamento de uma pessoa, ficando responsável pelas despesas, estas na monta de Cr\$ 200.000,00 (duzentos mil cruzeiros). As partes ainda acordaram a suspensão do processo pelo prazo de 6 (seis) meses, suspendendo-se entretimentos o prazo para a contestação (fl. 95).

A menor peticionou requerendo depósito prévio para as despesas de locomoção a São Paulo, que acontecem de seis em seis meses, e também para a confecção da cadeira de rodas e, ainda, para a realização de exames.

A Fundação Hospitalar de Santa Catarina requereu, ante o Decreto n. 1.535/92, a notificação do Estado para participar do feito como seu sucessor.

O Ministério Público entende que o prazo para contestar ultimou-se em 2/4/1992 e opinou pela notificação do Estado de Santa Catarina, para os fins do art. 46, inc. I, do CPC (fls. 125/127).

O procurador da Fundação Hospitalar — Dr. Márcio Luiz Cardoso, reiterou o pedido de notificação do Estado para integrar a lide, requerendo a suspensão do processo baseado no § 1º do art. 265 do CPC, e contestou o feito aduzindo que pela condição frágil da menor ocorreu uma hemorragia incontrolável, sendo necessário o cirurgião efetuar o clampeamento da aorta para evitar sua morte, não se podendo imputar à ré qualquer modalidade de culpa, posto estar evidenciada

do que decorreu caso fortuito ou força maior.

Alegou que a Fundação fez, por seu preposto, o que deveria e poderia ser feito e que ninguém conseguiria modificar e evitar os acontecimentos; ademais, o risco administrativo não significa que a Administração tem sempre o dever de indenizar pelo dano, visto que é mister a existência de relação entre o dano e o fato ilícito, que não está presente.

Portanto, o pagamento de pensão vitalícia é inconcebível, salientando que não irão faltar tratamento especializado de alto padrão, medicação de última geração, totalmente gratuitos, e muita solidariedade, carinho e amor, para a esperada cura.

Repele ainda o pretendido dano moral, posto não serem os sofrimentos dessa ordem passíveis de compensação por pecúnia.

Assim, requer a improcedência dos pedidos com a condenação da autora nas custas processuais e honorários advocatícios.

A autora manifestou-se a respeito da contestação, entendendo-a inexistente pois apresentada por procurador de órgão extinto legalmente, além de intempestiva, requerendo a citação do Estado de Santa Catarina.

Citado, o Estado de Santa Catarina contestou os pedidos, afirmando que o acordo foi homologado por sentença, em consequência, extinguindo o processo. Após a homologação, o advogado da extinta Fundação apresentou defesa em nome próprio e extemporaneamente.

Ressalta que não se decidirão novamente questões já decididas, ex-

cetando-se os casos de modificação do estado de fato ou de direito, conforme o art. 472 do CPC.

O pedido somente poderá ser ampliado se demonstrada a superveniência de fato relativo à relação jurídica continuativa — novos tratamentos e despesas — tal como ocorre nas sentenças de alimentos ou acidentes de trabalho.

Assume dar total cumprimento ao acordo anteriormente realizado, posto que é seu dever prestar assistência a menores, independentemente de processo judicial.

Quanto ao pedido de concessão definitiva de tutela, deverá ele ser julgado extinto, ex vi do art. 267, inc. VI, do CPC.

Sublinha a seguir o Estado que o tutor busca, na verdade, é a adoção da menor, portanto requer a suspensão do processo até sua regularização. Sem prejuízo da obrigação de o Estado promover as despesas da menor administrativamente, entende que todo e qualquer pagamento deverá ser suspenso, salvo se sobrevier fato novo a autorizá-lo e mediante alvará judicial.

A autora requereu a intimação do réu para tomar conhecimento da prestação de contas e fazer o depósito para suas despesas e de seu acompanhante, em São Paulo, e, posteriormente, em nova petição pleiteou o reconhecimento do pedido em face da intempestividade da contestação, ao mesmo tempo em que requereu o depósito do valor de Cr\$ 1.500.000,00 para custeio de despesas suas e de seu acompanhante em São Paulo, a fim de que ali possa adequar-se ao novo aparelho já confeccionado.

O Estado de Santa Catarina asinalou que não constam do acordo as despesas que vêm sendo solicitadas e que ele não significa a solução do mérito com o reconhecimento dos pedidos; assim, discorda da obrigação de ressarcir as despesas apresentadas e do depósito solicitado.

A pretensão do réu restou rechaçada às fls. 187/188, tendo a autora requerido o cumprimento do despacho de fl. 175, sob pena de multa.

O Ministério Público manifestou-se pelo prosseguimento regular do feito, inclusive com a formalização da tutela da menor, ao mesmo tempo em que afirma não haver se caracterizado a revelia em face da citação do Estado requerida pela autora.

A menor peticionou nos autos para comprovar a regularização por meio de sentença no processo de adoção e de sua certidão de nascimento (fls. 197/200).

O Magistrado a quo, em despacho de três laudas, solucionou as questões pendentes e determinou às partes as especificações das provas e a notificação do Parquet.

O Estado requereu prova pericial e o Dr. Juiz de Direito nomeou perito, determinando a intimação das partes para que oferecessem assistentes técnicos e quesitos, designando o dia 29/7/94 para início da perícia.

Indicado o assistente técnico pelo Estado apenas e apresentados os quesitos pelas partes, o perito requereu dispensa do trabalho técnico, porque é funcionário da Secretaria de Estado da Saúde. Na audiência realizada no dia 22/9/94, restou deferida a substituição, apresentando o novo profissional designado laudo pericial e

resposta aos questionamentos (fls. 229/231).

O Ministério Público concordou com o pedido da autora para que o perito fosse intimado para prestar esclarecimentos, sendo atendido pelo Magistrado.

O perito prestou informações — fl. 278 —, advindo em seguida manifestação da autora sobre as perícias de fls. 229 e 278 (fl. 281).

No dia 20/9/96, foi realizada audiência de instrução e julgamento, com ouvida de uma testemunha, sendo deferida a suspensão da audiência para nova perícia, que restou efetivada em 19/12/96, após as partes manifestarem-se acerca do resultado.

No dia 15/8/97, deu-se seqüência à audiência já iniciada, deferindo-se o pedido de apresentação de memoriais, que foram acostados pela autora e pelo réu às fls. 366 a 376 e 377 a 381, respectivamente.

O Ministério Público opinou pela improcedência da actio.

O Dr. Juiz de Direito julgou improcedente o pedido de recebimento de pensão mensal vitalícia e de indenização por danos morais, e procedentes os demais pedidos objeto do acordo celebrado pelas partes à fl. 95, para que o Estado pague as despesas contidas no item dois da sentença. Condenou as partes em sucumbência recíproca, e fixou os honorários da autora em 20 (vinte) URHs, sujeitando a sentença ao reexame necessário.

Interpostos embargos de declaração pela autora, restaram eles inacolhidos pelo Magistrado a quo.

Irresignada, a autora apelou, alegando, em síntese, que existe rela-

ção entre o fato culposo praticado pelos prepostos do apelado e os danos sofridos pela apelante, que são incontestáveis.

Aduz que pelo laudo de lesão corporal do IML — Instituto Médico-Legal — comprovam-se as seqüelas sofridas; foi injusta a sentença ao excluir a pensão mensal vitalícia e a indenização por danos morais; o acordo de fl. 95 não foi terminativo dos direitos da autora, pois resultou de um estado de absoluta necessidade, e, portanto, aceito como parcial adiantamento; ademais, as despesas descritas na parte dispositiva da sentença são apenas parte do pretendido, porque o réu deve ser condenado ao pagamento do tratamento médico especializado, enquanto perdurarem as deficiências, mais medicamentos, próteses, cirurgias, despesas com acompanhante, e outros recursos relativos à habilitação ou reabilitação da apelante, devendo ainda dar ou pagar atendimento educacional especializado e psicológico, em regime hospitalar ou ambulatorial, enquanto perdurarem as seqüelas referidas e comprovadas, além da multa diária pelo não cumprimento das obrigações.

Alega ainda que a condenação em custas e honorários advocatícios é parcimoniosa, posto que o apelado foi vencido em parte expressiva do pedido, devendo ele ser condenado ao pagamento da totalidade. Por fim, requer a reforma da sentença.

Nas contra-razões, o Estado de Santa Catarina afirma que não há como responsabilizá-lo por fatos não comprovados, por isso que correta a decisão atacada.

Argumenta que prova robusta existe nos autos contra a apelante, uma vez que o perito, em resposta a quesito, diz que não houve erro médico, não se podendo atribuir ao apelado qualquer culpa em relação ao doloroso evento.

Ressalta que se trata de caso fortuito ou força maior, já que outra alternativa não restava à equipe médica.

O exame de “cintilografia renal” não é conclusivo, visto que não estabelece qualquer relação entre a possível exclusão funcional do rim esquerdo da autora com o procedimento médico narrado na exordial, muito pelo contrário, pois evidencia que aquela área não foi tocada por ato cirúrgico.

No que concerne ao acordo de fl. 95, alega que não pode ser condenado em despesas aleatórias e futuras infinitamente, uma vez que nem constava do acordo o agora exigido.

Informa que o inquérito policial juntado à apelação foi arquivado em 19/12/95, comprovando-se mais uma vez a inexistência de culpa. Os honorários advocatícios foram corretamente fixados pelo Dr. Juiz de Direito.

Assim, requer o não provimento da apelação.

O Ministério Público, em parecer da ilustre Promotora Dra. Eliana Volcato Nunes, opinou no sentido de negar provimento ao recurso, enquanto que a douta Procuradoria-Geral de Justiça entendeu, por meio do insigne Procurador Dr. Antônio Gercino Medeiros, pelo provimento do recurso, visando a atribuir justa indenização para a autora.

É o relatório.

A irresignação da apelante reside na improcedência dos pedidos de pensão vitalícia e indenização por danos morais e no acolhimento tão-somente das despesas descritas na parte dispositiva da sentença, porque não incluídos tratamentos médicos, medicamentos, próteses nem recursos necessários para sua reabilitação no futuro.

Cumpre, a priori, salientar que o Estado de Santa Catarina substituiu e sucedeu a Fundação Hospitalar de Santa Catarina — que administrava o Hospital Joana de Gusmão —, extinta pelo Decreto n. 1.565, de 9/4/92 (fl. 113). Logo, ficou o Estado sujeito aos efeitos e encargos que, anteriormente, deveriam ser suportados pela extinta Fundação, em razão da sucessão processual.

Sobre o assunto colaciona-se de Celso Agrícola Barbi:

“Os casos de alienação regulados pelo art. 42 são apenas aqueles em que ela é feita a título particular, isto é, singular, o que se dá quando a pessoa natural ou jurídica aliena determinados bens. Mas se a coisa ou direito pertencer a pessoa jurídica que venha a desaparecer em consequência de fusão ou incorporação, o sucessor substituirá a pessoa jurídica extinta, mesmo porque esta, tendo desaparecido, não mais poderá ser parte” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1ª ed., 1º vol., tomo I, pág. 254).

É da jurisprudência:

“Se a pessoa jurídica desapareceu em virtude de fusão ou incorporação, o sucessor a substituirá. Os casos previstos no art. 42 do CPC são aqueles em que a alienação é feita a

título particular" (Ac. da 2ª T. do STF de 13/11/ 87, no RE n. 108.746-3/PR, rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 12/2/88, RT 628/256).

E mais:

"Autarquia — Extinção — Sucessão processual.

"A cessação definitiva das atividades da autarquia estadual faz com que a representação de seus interesses e obrigações seja assumida pela pessoa jurídica de direito público que a criou e extinguiu, operando-se uma sucessão processual ex vi legis.

"Ipso facto, o Estado, como sucessor, está sujeito aos mesmos efeitos e encargos que deveriam ser suportados pela autarquia extinta, inclusive quanto à interrupção da prescrição já perfectilizada anteriormente com a citação do órgão descentralizado" (Ap. Cív. n. 96.006114-3, relator Desembargador Eder Graf, j. 29/10/96).

Nesse diapasão, a referida Fundação havia sido citada à fl. 41v. (juntada do mandado em 9/7/91), tendo ocorrido, inclusive, audiência de conciliação (fl. 95), na qual as partes de comum acordo suspenderam o prazo da contestação. Logo, não poderia o Estado ser citado, uma vez que estaria ele, por lei, sucedendo-a, assumindo, assim, o processo no estágio em que se encontrava.

Aflora dos autos que a suspensão do processo por seis meses perdurou de 31/7/1991 a 31/1/1992; deduzidos os 60 dias (art. 188, CPC) — pois a fundação governamental, tratada como pessoa de direito público após a CF/88, goza do mesmo privilégio da Fazenda Pública —, a contestação deveria ser apresentada até 31/3/1992 (terça-feira). A Fundação

Hospitalar, já extinta desde 9/4/92, ofereceu a destempo a resposta — 4/5/92 (fls. 129/129v.). O Estado, citado indevidamente, pois já o fora a Fundação, até então legitimada para tal, ofereceu contestação em 3/8/1992 (fl. 151).

Assinale-se ademais e até preferencialmente — que as partes não poderiam dilatar prazo peremptório, como é o da contestação.

"O prazo para defesa é peremptório, não pode ser reduzido ou prorrogado pela convenção das partes (art. 182)" (STJ — 3ª T., Ag. 46064-9/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 11/4/94, DJU 30/5/94, pág. 144.83).

Todavia, embora revéis não se lhes podem aplicar os efeitos da revelia — art. 320, II, CPC — dado que indisponíveis os direitos da Fazenda Pública. Orienta a jurisprudência:

"...Ao reexaminar a sentença, em razão do duplo grau obrigatório, pode o Tribunal apreciar amplamente a causa, inclusive se se achavam ou não provados os fatos constitutivos da demanda. Há de ter-se em conta, nesse caso, que os direitos da Fazenda Pública são indisponíveis, não se lhe aplicando os efeitos da revelia (CPC, art. 320, II)" (EDREsp n. 13851/SP, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, j. de 20/4/1994, DJU 9/5/94, pág. 10.856).

Houve-se pois com acerto o ilustre Togado quando, sem embargo de haver comparecido o réu, antes do julgamento, cuidou de não proferir a decisão desde logo, ensejando a dilação probatória.

Socorre mais razão ao Magistrado quando diz que "a homologação do acordo, extinguindo o processo e a

suspensão do mesmo, inclusive para contestar, são atos processuais incompatíveis, revelando-se, sem dúvida, grave erro técnico a ser reparado" (fl. 203), e ressalta ato contínuo: "Assim, pode-se afirmar que houve um acordo inicial, que não envolveu toda a questão de mérito, esta a ser analisada oportunamente".

Afastou, também, corretamente a hipótese de o acordo e a disposição do Estado em suportar o tratamento com a autora — fruto do seu dever de prestar assistência a menor carente — querer significar admissão de culpa em face do objeto do litígio.

Passa-se à análise do mérito da causa.

No que diz respeito à questão nuclear, convém analisar a responsabilidade do médico e efeitos para bem caracterizar o tipo de responsabilidade atribuída aos hospitais e seus reflexos.

Ao realizar tal análise, Ruy Rosado de Aguiar Jr., no artigo "Responsabilidade Civil do Médico", publicado na Revista dos Tribunais, vol. 718, fls. 33/53, a faz diferenciando a responsabilidade contratual e a extracontratual. Registre-se:

"Apesar das regras legais que lhes atribuem diferentes conseqüências, a distinção está sendo abandonada pela moderna doutrina, que nela não vê maior utilidade, fazendo residir o fundamento único da responsabilidade civil no contato social (Prof. Clóvis do Couto e Silva, *Principes Fundamentaux de la responsabilité civile en Droit Brésilien et Comparé*, pág. 9). Caminha-se, pois, para a unificação do sistema. Porém, enquanto não houver a adaptação legal a esses no-

vos princípios, devemos admitir, para o plano expositivo, que a responsabilidade médica não obedece a um sistema unitário.

"Ela pode ser contratual, derivada de um contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional, a maioria das vezes de forma tácita, e compreende as relações restritas ao âmbito da medicina privada, isto é, do profissional que é livremente escolhido, contratado e pago pelo cliente.

"Será extracontratual quando, não existindo o contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, como acontece no encontro de um ferido em plena via pública, ou na emergência de intervenção em favor de incapaz por idade ou doença mental. Será igualmente extracontratual a relação da qual participa o médico servidor público, que atende em instituição obrigada a receber os segurados dos institutos da saúde pública, e também o médico contratado pela empresa para prestar assistência a seus empregados. Nestes últimos casos, o atendimento é obrigatório, pressupondo um relação primária de direito administrativo ou de direito civil entre o médico e a empresa ou o hospital público, e uma outra entre o empregado com a empresa, ou entre o segurado com a instituição de seguridade, mas não há contrato entre o médico e o paciente (Jean Penneau, *La réforme...* pág. 528; Markesinis, Basil, 'Problèmes de responsabilité médicale en Droit Anglais', *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1988, n. 2, págs. 351-367)".

Em seguida, ao tratar da Medicina Coletiva, colaciona:

“No desempenho de sua função, o médico contacta com muitas pessoas e entidades, com as quais mantém relações jurídicas de diversas espécies. Assim, entre o médico e o hospital, o médico e o seu pessoal auxiliar, o cirurgião e o anestesista, as relações entre os integrantes da equipe ou do grupo, do generalista com o especialista, a situação especial dos hospitais públicos, dos médicos credenciados pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), os convênios de saúde etc.

“(…)

“O hospital é uma universalidade de fato, formada por um conjunto de instalações, aparelhos, e instrumentos médicos e cirúrgicos destinados ao tratamento da saúde, vinculada a uma pessoa jurídica, sua mantenedora, mas que não realiza ato médico. (...) Quando se fala aqui em hospital, a referência é à da pessoa jurídica que o mantém. O hospital firma com o paciente internado um contrato hospitalar, assumindo a obrigação de meios consistente em fornecer hospedagem (alojamento, alimentação) e de prestar serviços paramédicos (medicamentos, instalações, instrumentos, pessoal de enfermagem etc.); se dispuser de um corpo de médicos, seus empregados, também poderá assumir a obrigação de prestar serviços médicos propriamente ditos. Pelos atos culposos de médicos que sejam seus empregados, ou de seu pessoal auxiliar, responde o hospital como comitente, na forma do art. 1.521, III, do CC: ‘São também responsáveis pela reparação civil: III — o patrão, amo ou

comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele’.

“(…)”

“O hospital responde pelos atos médicos dos profissionais que o administram (diretores, supervisores etc.), e dos médicos que sejam seus empregados. Não responde quando o médico simplesmente utiliza as instalações do hospital para a internação e tratamento dos seus pacientes. Em relação aos médicos que integram o quadro clínico da instituição, não sendo assalariados, é preciso distinguir: se o paciente procurou o hospital e ali foi atendido por integrante do corpo clínico, ainda que não empregado, responde o hospital pelo ato culposo do médico, em solidariedade com este; se o doente procura o médico, e este o encaminha à baixa no hospital, o contrato é com o médico e o hospital não responde pela culpa deste, embora do seu quadro, mas apenas pela má prestação dos serviços hospitalares que lhe são afetos. A responsabilidade pela ação do integrante do corpo clínico, na situação primeiramente referida, explica-se porque a responsabilidade por ato de outro, prevista no art. 1.521, III, do CC (é responsável o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, prepostos e serviços), abrange também aquelas situações onde não existe uma relação de emprego, bastando que a pessoa jurídica utilize serviços de outra através de uma relação que gere o estado de subordinação (Orlando Gomes, *Obrigações*, Forense, 1978, pág. 362). É o caso do hospital que para seu funcionamento necessita do serviço do médico, o qual, por sua vez, fica subordi-

nado, como membro do corpo clínico, aos regulamentos da instituição.

“(...) o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar dano produzido por médico integrante de seus quadros (AI n. 179.184-1 — 5ª CC — TJSP), pois é preciso provar a culpa deste, para somente depois se ter como presumida a culpa do hospital”.

No que toca ao atendimento em hospitais públicos, discorre:

“Os hospitais públicos, da União, Estados, Municípios, suas empresas públicas, autarquias e fundações, estão submetidos a um tratamento jurídico diverso, deslocadas suas relações para o âmbito do direito público, especificamente ao direito administrativo, no capítulo que versa sobre a responsabilidade das pessoas de direito público pelos danos que seus servidores, nessa qualidade, causem a terceiros. Dispõe o art. 37, § 6º, da CR: ‘As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa’.

“(...

“Canotilho classifica a responsabilidade por fato da função administrativa em: a) responsabilidade por atos administrativos lícitos, em que há a imposição de um sacrifício inexigível, e b) a responsabilidade por risco, que pode derivar de danos resultantes de trabalhos públicos, de atividades excepcionalmente perigosas, de vaci-

nações obrigatórias, da ação de presos foragidos ou alienados, do funcionamento de máquinas empregadas na atividade administrativa, do risco social, de necessidade administrativa e de calamidades nacionais (Canotilho, José Joaquim Gomes, ‘O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos’, Almedina, Coimbra, págs. 231 e segs.)”.

E ressalta:

“(...) não parece razoável impor ao Estado o dever de indenizar dano produzido por serviço público cuja ação, sem nenhuma falha, tenha sido praticada para beneficiar diretamente o usuário. (...) Na hipótese em que há o resultado danoso, apesar dos esforços do serviço público para o tratamento do doente, elimina-se a responsabilidade do Estado sempre que a administração pública demonstrar o procedimento regular dos seus serviços, atribuída a causa do resultado danoso a fato da natureza. Ao tratar da exclusão da responsabilidade do Estado, leciona o Prof. Yussef Cahali, partidário da responsabilidade objetiva do Estado pela teoria do risco: ‘A segunda regra pode ser estabelecida reconhecendo-se a nenhuma responsabilidade ressarcitória se o dano sofrido pelo particular tem a sua causa no fato de força maior, consequência de eventos inevitáveis da natureza: a exclusão de responsabilidade da Administração decorre da não-identificação de nenhum nexo de causalidade entre o evento danoso e a atividade ou omissão do Poder Público’ (op. cit., pág. 373). Assim, o Estado se exonerará do dever de indenizar por danos decorrentes do exercício de sua atividade de médico-hospitalar sempre que demonstrar que a causa não foi posta

por médico a seu serviço, mas sim decorreu das condições próprias do paciente.

“A jurisprudência se divide quanto à natureza da responsabilidade do Estado por atos danosos praticados nos hospitais públicos, por seus servidores, sejam médicos, enfermeiros ou serviços, mas a maioria pende para a responsabilidade objetiva. Acórdão de 16/9/86, do antigo TRF, está assim ementado: ‘Realizada a cirurgia, com técnica adequada, não se atribuindo a negligência, imprudência ou imperícia do cirurgião, o acidente imprevisível de que resulta comprometimento do nervo ciático, com seqüela de redução de movimentos do joelho e paralisção do pé, não há como responsabilizar civilmente, por indenização correspondente, o cirurgião que recomendou o tratamento e o executou. A responsabilidade da entidade empregadora do encarregado do tratamento é, contudo, fundada no art. 107 da Constituição (de 1967), que adota o princípio da responsabilidade objetiva, pelo risco administrativo, em que a indagação de culpa é pertinente apenas para possibilitar regresso ou para elidir o dever de indenizar, quando, no primeiro caso, haja culpa do preposto e, no segundo, a culpa pelo evento seja exclusivamente da vítima’ (Ap. Civ. n. 80.336, 1ª T.)”.

Por fim, conclui o Ministro:

“A melhor solução está no meio: não se atribui ao Estado a responsabilidade pelo dano sofrido por paciente que recorre aos serviços públicos de saúde, ainda quando provada a regularidade do atendimento dispensado, nem se exige da vítima prova da culpa

do serviço: em princípio, o Estado responde pelos danos sofridos em consequência do funcionamento anormal de seus serviços de saúde, exonerando-se dessa responsabilidade mediante a prova da regularidade do atendimento médico-hospitalar prestado, decorrendo o resultado de fato inevitável da natureza.

“O médico servidor público, pelos atos praticados nessa condição, pode determinar a responsabilidade da entidade pública a que está vinculado. Ele responde regressivamente perante o ente público condenado a indenizar o dano, se demonstrada a sua culpa, pois a falta pode ser anônima, atribuível ao serviço, sem possibilidade de individualização do agente. A responsabilidade direta e primária é do Estado; a do médico, como a de todo servidor público, deveria ser apenas indireta, recompondo o prejuízo sofrido pelo Estado, desde que provada a sua culpa”.

Bem leciona por sua vez Rui Stoco, in Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, citado pelo órgão do Ministério Público à fl. 453 dos autos:

“Nos casos de responsabilidade objetiva o Estado só se isenta de responder se não existir o nexo de causalidade entre o seu agir (comportamento comissivo) e o dano produzido. Isso melhor traduzido quer dizer que só se exime o Estado se não foi o autor da lesão que lhe for imputada, ou se a situação de risco atribuído a ele inexistiu ou foi irrelevante ou sem relevo decisivo para a eclosão do dano”.

No corpo do acórdão em face do julgamento da Apelação Cível n. 41.475, de Joinville, pela egrégia Qu-

arta Câmara Civil deste Tribunal, em 14 de abril de 1994, de que foi relator o eminente Desembargador Anselmo Cerello, que versou sobre responsabilidade civil decorrente de erro médico comprovado, fez-se remissão às seguintes passagens doutrinárias e jurisprudenciais desta e de outras cortes judiciárias do país:

“A obrigação do hospital, como a do médico, é de meio e não de resultado, impondo-se a reparação do dano, se houve infração à cláusula tácita contratual da incolumidade nas relações com o paciente’ (Ap. Cív. n. 24.334, da 2ª CC, in JC 57/90).

‘Indenização — Responsabilidade civil — Doente que tem a perna amputada por negligência no tratamento hospitalar — Ônus da prova sobre ser ou não culposa a conduta hospitalar — Indenização devida’ (RJTJSP 61/180).

“Consta do citado aresto:

‘É sempre difícil apurar-se, no pretório, responsabilidade médico-hospitalar, porque a prova fica na dependência dos relatórios de enfermagem e das anotações e prescrições médicas, bem como de laudos de peritos médicos que podem estar inconscientemente dominados pelo *esprit de corps*. Resta pouca margem de prova aos testemunhos leigos, de regra incompetentes ou impressionados. Acresce que a Medicina não é ciência exata, e a arte de curar requer muita vez *dom divino*’ (cf. René Savatier, *Traité de la Responsabilité Civile*, 2ª ed., t. II, n. 778, in voto vencido do Des. Geraldo Roberto).

“Contudo, responda-se, conforme também consta do aresto:

‘Pondere-se, por abundância, que na medicina socializada pelos hospitais a estes cabe demonstrar, nos casos de insucesso, que tomaram todas as providências adequadas, não podendo eximir-se com alegações de que de seus arquivos não constam estes ou aqueles dados, quando próprios e plausíveis nas circunstâncias de cada caso.

‘A prova de regularidade do comportamento está em mãos do hospital, que deve sempre cuidar de ser preciso nos relatórios, fichas de observação, controle, tratamento, remédios ministrados e tudo o mais que possa ilustrar cada aspecto. Seria absurdo que o paciente houvesse de ter o ônus da prova de que as falhas do hospital foram mesmo falhas e não presunção de inexistência de culpa. Na análise global dos elementos probatórios, também contam as falhas indicativas do acompanhamento de cada caso pelo hospital responsável’ (voto vencedor do Desembargador Vila da Costa)”.

Colhe-se ainda do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, por sua egrégia 2ª Câmara, in RF 311/234, que ilustra o v. acórdão supra desta Corte:

“A culpa consciente é a reprovação de culpabilidade que se refere ao fato do autor ter obrado descuidadamente, embora tenha podido, a nível de racionalidade da exigência profissional, deveria prever a realização típica no campo possível. Já na culpa inconsciente ocorre uma ficção de reprovação da culpabilidade, que tem como patamar uma falha na psique, em razão da ausência de atenção objetivamente requerida pelo ordenamento jurídico. No direito pátrio, a cul-

pabilidade dos ilícitos culposos tem como fundamento dogmático a condição pessoal do autor de poder observar o dever de cuidado necessário para a possível evitação do fato típico”.

E prossegue o v. aresto:

“Em síntese, quando a saúde e a vida humana estão em jogo, o descuido mais leve adquire uma dimensão especial que lhe confere uma singular paridade. Não há, no caso, lugar para culpas ‘pequenas’ (cf. Felix A. Trigo Repasas, Responsabilidade Civil de los Profesionales, Buenos Aires, Ed. Astro, 1978, pág. 15)”.

O v. acórdão deste Tribunal de Justiça, supracitado, alçou ao colendo Superior Tribunal de Justiça e, ali, no REsp n. 69309—SC, restou mantido à unanimidade, sob a relatoria do ilustre Min. Ruy Rosado de Aguiar, assim ementado:

“Responsabilidade civil. Médico. Clínica. Culpa. Prova.

“1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus.

“2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente.

“3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade.

“4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula.

“5. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada.

“Recurso especial não conhecido”.

Após reprimir lances do acórdão recorrido e acima transcritos, ressalta o Min. Relator:

“Assim ponderando, sem deixar de fundamentar sua conclusão na prova existente nos autos sobre os requisitos de responsabilidade civil, que analisou, o v. acórdão apenas se colocou ao lado da orientação que hoje predomina na matéria sobre culpa médica, que é a da teoria dinâmica da prova, segundo a qual cabe ao profissional esclarecer o juízo sobre os fatos da causa, pois nenhum outro tem como ele os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade da sala cirúrgica”.

Extraem-se do voto vencedor do eminente Desembargador João José Schaefer, no citado aresto deste órgão fracionário, lances por igual relevantes para a solução da espécie em exame. Diz S. Exa.:

“Doutrina e jurisprudência são acordos em que a obrigação que o médico assume perante o cliente é, via de regra, de meio, não de resultado. Excepcionam-se apenas os casos de cirurgia estética, em que o paciente se submete à cirurgia objetivando nitidamente um resultado”.

E prossegue:

“Fora isso, contudo, a obrigação é de meio, isto é, o profissional obriga-se apenas a empregar todo zelo, toda sua competência com vistas à cura ou eliminação do mal de que se queixa o paciente (...)”.

E enfatiza:

“Em outras palavras, o que importa verificar é se o médico agiu com

imperícia, imprudência ou negligência, por forma a produzir o evento dano, no caso a paraplegia, ou se, ao contrário, esta resultou do imponderável que acompanha as cirurgias, mormente uma microcirurgia tão delicada como a de que se trata”.

E ato contínuo:

“O art. 1.545 do Código Civil dispõe:

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

Invoca a seguir o magistério de Antônio Chaves:

“Mas a concepção geralmente aceita é a que lhe confere natureza contratual. É o critério seguido pelo CC pátrio, embora regulando tal responsabilidade em dispositivo colocado entre os que dizem respeito à responsabilidade aquiliana (art. 1.545): na verdade provém de qualquer falta resultante de ignorância, imperícia, negligência, fato que não nega a existência de um contrato *sui generis*” (Tratado de Direito Civil, vol. 3, págs. 403/4).

Para Teresa Ancona Lopez de Magalhães, lembrada no mesmo aresto, in *Responsabilidade Civil — Doutrina e Jurisprudência*, pág. 320:

“...a culpa médica não precisa ser grave e os erros grosseiros e inescusáveis, o que, na verdade, melhora um pouco a posição da vítima. Exige-se apenas que ela seja certa.

“A medida da indenização é a extensão do dano, mesmo que a cul-

pa seja levíssima (in *Lex Aquilia et levissima culpa venit*)”.

Realça o ilustre Des. João José Schaefer:

“Dúvida não há de que basta a culpa do médico, grave, leve ou levíssima, para gerar obrigação de indenizar”.

Enfim, em face da natureza objetiva da responsabilidade do Estado por atos danosos ocorridos nos hospitais públicos, praticados por seus servidores, sejam médicos, enfermeiros ou serviços, demonstrado o nexo de causalidade entre o seu agir e o dano, ele só se isentará de responder se comprovar que prestou atendimento médico-hospitalar regular, advindo o resultado danoso de caso fortuito, força maior ou culpa da vítima, nesta inseridas as próprias condições do paciente. Mínima que tenha sido a culpa ensejadora do dano, ao Estado cumpre repará-lo na medida de sua extensão.

Relatam os autos que a menor S. de L., então com cinco anos de idade, órfã de mãe e abandonada pelo genitor, máxime em face da carência de meios deste último, fato que propiciou sua adoção no curso da ação, foi internada no Hospital Infantil Joana de Gusmão em data de 1º de julho de 1990 com o diagnóstico de PCA, e, em 31 daquele mês, foi submetida a uma intervenção cirúrgica para correção cardíaca. Durante o ato cirúrgico houve lesão aórtica que necessitou tempo aumentado de clampamento para a sua correção. Do ato operatório adveio à autora paraparesia flácida com arreflexia (síndrome selar) por lesão isquêmica medular em etapa se-

quelar, vale dizer, a criança tornou-se paraplégica (fls. 28 e 72/73).

Do elenco probatório — especialmente da prova pericial — colhe-se da resposta aos quesitos formulados ao perito — Dr. Abel Raimundo Viga Rosário (fls. 229/231) que não poderia esclarecer se o tempo aumentado de clameamento para correção da lesão aórtica era realmente necessário, porque havia a necessidade de estar presente ao ato para verificar a real gravidade do momento cirúrgico. Mas elucidou que a lesão aórtica foi decorrente da cirurgia, levando a uma situação de isquemia, que prejudica diversas estruturas anatômicas, e, conforme o tempo de duração e órgãos atingidos, “vamos ter ou não a presença de seqüelas”.

Afasta ato contínuo a hipótese de a escoliose apresentada pela menor ser de origem congênita, ou seja, está ela relacionada com a dificuldade da menor em se posturar em decorrência das lesões isquêmicas neurológicas ocorridas em função da lesão vascular durante o ato operatório. Assinala, ainda, que existem sinais de bexiga hipotônica, que poderia ser seqüela neurológica da cirurgia, sendo impossível prever as seqüelas, e de acordo com o prontuário do hospital o tratamento após o dano cerebral foi imediato.

Afirmou que as seqüelas, em quase sua totalidade, são irreversíveis, podendo ser amenizadas com trabalhos de reabilitação física em centros especializados, por tempo indeterminado.

Respondeu, por fim, que, pelos dados que levantou no prontuário,

não é possível afirmar que a lesão aórtica decorreu de erro médico.

À fl. 278, porém, disse que não caberia a ele afirmar se houve erro médico, uma vez que não se encontrava no momento do ato cirúrgico e está-se baseando tão-somente em informações de prontuários. Acrescenta que não ocorrerá erro médico diante de “limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior”.

Na audiência de instrução e julgamento, colhido o depoimento do médico Vanildo Ozelame (fl. 291), disse ele que “qualquer clameamento da aorta inadequado por um período além do necessário pode determinar lesões orgânicas”.

Colhe-se, ainda, do conjunto probatório o laudo pericial de lesão corporal n. 360/92, de autoria do médico-legista — Dr. Humberto Fenner Lyra, do Instituto Médico-Legal, datado de 29/1/1992, um ano e meio após a cirurgia (fl. 428):

“A pericianda foi encaminhada ao Instituto Médico-Legal para competente exame de lesão corporal, tendo em vista ter sido submetida a cirurgia cardíaca em 8/7/90, no Hospital Regional de São José, e que após o ato cirúrgico ficou paraplégica”; ou seja, “apresenta deficiência física motora dos membros inferiores, com atrofia muscular, impotência funcional acentuada, só deambula com ajuda de muletas e um aparelho especial colocado no quadril e membros inferiores, não consegue ficar em posição postural”.

No curso do inquérito policial sobreveio o parecer do médico — Dr. Léio Meyer Coutinho (fl. 437) —, para

complementar o laudo supra, anotando que: “a menor S. de L. foi submetida a cirurgia cardíaca, durante a qual ocorreu acidente operatório que determinou anóxia cerebral com seqüela paraplégica”, sendo que ela, com 5 anos de idade na época, era portadora de má-formação do aparelho circulatório, especificamente “persistência do canal arterial”, que consiste na existência de um vaso sanguíneo comunicando as artérias aorta e pulmonar. Esse vaso existe normalmente no período intra-uterino do desenvolvimento fetal. “Ao nascer, ou pouco depois, oblitera-se e desaparece. Quando persiste após o nascimento causa mistura do sangue venoso com o arterial, gerando graves perturbações ou mesmo a morte. O tratamento é cirúrgico e consiste na ligadura e corte desse vaso nos pontos de emergência na aorta e na artéria pulmonar”. E acrescenta:

“O acidente cirúrgico: Inerente a qualquer ato cirúrgico, há ocorrências que mesmo previsíveis são inevitáveis. A pressão sanguínea na aorta pode causar suturas em pontos frágeis, especificamente quando manuseados, não significando má-técnica operatória. Essa rutura obrigou o cirurgião a clampear a aorta, consistindo na supressão total do fluxo sanguíneo, a fim de suturar a artéria rota. Como consequência inevitável houve redução do fluxo sanguíneo cerebral prolongada e lesões neurológicas consequentes”. E mais adiante remata: “Do acidente cirúrgico, previsível mas inevitável, resultaram as seqüelas já descritas; ser impossível responder se o tempo de clameamento foi normal ou poderia ter sido abreviado porque localização e extensão da sutura, tecido mais ou menos friável, são os fatores

determinantes do maior ou menor tempo para completar a sutura”; e anota: “o clameamento da aorta foi necessidade decorrente da sutura e não indicada sem o acidente”.

Do contexto probatório releva notar que se ressentem os autos do prontuário médico pertinente ao ato cirúrgico, de forma a registrar o que efetivamente ocorreu no transcurso do ato operatório. Com razão a procuradora da autora à fl. 281, quando, analisando a prova pericial, anota que o perito baseou-se para responder que a lesão aórtica não decorreu de possível erro médico em informações colhidas dos prontuários, quando inexistente prontuário da menor relativamente ao que sucedeu no curso da cirurgia. Com efeito, apenas um relatório, assinado pelo Diretor do HIJG — fl. 28 —, datado de quase um ano após a cirurgia, ou em 20/5/91, aflorou nos autos, dizendo que no ato operatório “houve lesão aórtica que necessitou tempo aumentado de clameamento para sua correção”.

Na verdade, os autos acusam apenas fichas clínicas da menor — entre os dias 9/7/90 a 31/7/90 e dos dias 1º e 2 de agosto de 1990.

Conquanto essas fichas registrem terem sido ministrados à autora medicamentos vários, prescritos pelos médicos, de referência ao ato cirúrgico apenas anota o doc. de fl. 261 (ficha clínica), datado de 31/7/90, que “a paciente foi admitida na UTI, proveniente do centro cirúrgico, pós-operatório de cirurgia cardíaca — ligadura do canal arterial. Intercorrência durante ato cirúrgico — sangramento da aorta acima do canal; permaneceu 30 minutos com aorta clameada”.

Fazia-se imperioso que do prontuário da paciente-autora constasse o relatório médico esclarecendo o realmente sucedido no curso da cirurgia, de que resultou lesão da aorta e as seqüelas decorrentes da sua correção, pois o seu clampeamento “inadequado por um período além do necessário pode determinar lesões orgânicas” (depoimento supra).

A par dessa deficiência de dados no prontuário da paciente-autora, a dificultar sobremaneira a defesa da instituição apelada, o alegado no parecer último, de que o acidente cirúrgico de que tratam os autos mesmo previsível era inevitável, não é de molde a afastar a responsabilidade da recorrida.

Bem a propósito válido é invocar o magistério do Professor Fernando Noronha:

“Na responsabilidade objetiva, ou pelo risco, prescinde-se de indagações sobre a culpa do responsável: basta que o dano tenha acontecido durante a atividade realizada no interesse ou sob seu controle. Aqui, a imputação do ato ou fato lesivo ao responsável tem por base não a culpa, mas o risco que ele próprio criou, ou que, pelo menos, acontece dentro da sua esfera de ação” (Revista da Escola Superior da Magistratura, v. II, Florianópolis, Obra Jurídica, 1996, pág. 70).

No que diz respeito ao nexo causal, que é o elo entre o fato e o dano, verifica-se que ele restou evidenciado e reconhecido pelo douto Magistrado que, no entanto, excluiu o dever de indenizar pelo caso fortuito ou força maior, indiscutivelmente causas excludentes de responsabilidade.

Contudo, “Característica essencial do caso fortuito ou de força maior em sentido amplo é ser ele sempre um acontecimento inevitável. Mas verdadeiramente inevitável é somente o fato estranho à atividade da pessoa e que deixa esta na impossibilidade de agir, seja impedindo-a de obstar à sua ocorrência...” (Dr. Fernando Noronha, Apostila 8, it. 8.4.2 — ESMESC).

O parágrafo único do art. 1.058 do CC dispõe que se verifica o caso fortuito, ou de força maior, no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

“Ora, para que possamos considerar inevitável o acontecimento que se pretende caracterizar como caso fortuito ou de força maior, é necessário que ele seja um fato natural ou uma ação humana que, em relação à pessoa que poderia ser tida como responsável, reúna determinadas características, ou requisitos, que sintetizaremos dizendo que ele deve apresentar-se como fato externo, irresistível e normalmente imprevisível.

“As características da irresistibilidade e da imprevisibilidade são as únicas normalmente referidas, quando se pretende caracterizar a inevitabilidade: diz-se que seria inevitável o fato irresistível, isto é, aquele que a força do indigitado responsável não poderia impedir; diz-se que seria também inevitável o fato imprevisível, isto é, aquele que até poderia ter sido impedido, se fosse possível prever a sua ocorrência, mas que, não podendo ser previsto, não haveria como evitar.

“Há que acrescentar um terceiro requisito, que é enfatizado sobretudo na doutrina e na jurisprudência francesa: a externidade. Se não estiver

presente, não poderemos considerar um fato como sendo verdadeiramente inevitável. Há fatos imprevisíveis e irresistíveis que estão ligados à atividade desenvolvida por uma pessoa e que só acontecem devido a ela; por isso, se a pessoa se abstivesse de atuar, seriam evitados.

“Pelo menos no âmbito da responsabilidade civil em sentido estrito, a externidade, apesar de normalmente não indicada, parece ser requisito essencial do caso fortuito ou de força maior. Existem fatos que preenchem os requisitos da imprevisibilidade e da inevitabilidade e que, apesar disso, não excluem o nexo de causalidade. Cada pessoa tem um esfera jurídica, maior ou menor, dentro da qual atua, que está sob o seu controle, que em regra utiliza em seu proveito, devendo ser responsável pelos fatos que acontecerem no seu âmbito. Não se pode considerar inevitável aquilo que acontece dentro da esfera pela qual a pessoa é responsável e que certamente não aconteceria se não fosse a sua atuação. Se o fato causador do dano não é externo, poderia ser sempre evitado, para isso bastando a não realização da atividade em cujo decurso ele surge. Nestes casos, o dano ainda é resultante da atuação da pessoa, mesmo que esta esteja isenta de qualquer juízo de censura” (Apostila citada, págs. 373-375).

Logo, ao não se evidenciar um fato imprevisível, irresistível e externo, porque o clampeamento aórtico está amplamente divulgado e fartamente documentado pela medicina, descaracterizado está o caso fortuito ou de força maior, ainda que tenha o profissional laborado sem culpa, com conduta lícita, todos os cuidados neces-

sários, prudência e diligência em todas as etapas de sua atuação e com as melhores técnicas.

É que sendo previsível o resultado não há como se configurar fato estranho à profissão e, conseqüentemente, o caso fortuito ou de força maior.

Nesse sentido, colaciona-se de julgado desta Quarta Câmara Civil:

“Apelação cível. Responsabilidade civil. Contaminação pelo vírus HIV, em processo de transfusão sanguínea. Hospital público. Responsabilidade do Estado. Alegação do fenômeno da janela imunológica, que não permitiu a identificação do vírus no exame laboratorial utilizado. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco administrativo. Exame Elisa. Previsibilidade do evento, a excluir a alegação de força maior. Prescrição. Inocorrência.

“O exame mais corrente para a triagem de sangue é o Enzaimunoenensaio (Elisa ou EIE), que identifica, não o vírus em si, mas os anticorpos produzidos pelo organismo para combatê-lo. Em face disso, pode ocorrer o fenômeno da janela imunológica, período que dura, em média, 6 meses, em que ainda não há produção de anticorpos, o que compromete a eficácia do Elisa.

“As pesquisas científicas, a propósito, da janela imunológica, concluem que exames de PCR, cultura viral e detecção de antígeno são mais efetivos na obstaculização dos resultados falso-negativos, do que o Elisa.

“Sendo objetiva a responsabilidade do Estado, no direito brasileiro, descabido cogitar se o ato lesivo é lícito ou não. O que se afigura relevante

é a existência de uma ação ou omissão estatal que redunde em dano. Exige-se, tão-somente, que se faça prova do dano e do nexa causal a atar aquele e a ação ou omissão do Estado.

“Pela teoria do risco administrativo, integrante da responsabilidade objetiva, o Estado deverá indenizar sempre que a atividade administrativa provocar um dano, salvo se a vítima concorreu para o evento danoso ou originou-o através de seu comportamento. O Estado, neste caso, deverá provar a culpa do lesado ou a ocorrência de caso fortuito ou força maior para obter a exclusão ou atenuação da responsabilidade estatal. Inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

“A força maior, na lição de Moreau, pressupõe um fato externo, imprevisível e irresistível. A janela imunológica, no entanto, é fato relativo ao agente, à coisa ou, mais propriamente, ao serviço, de modo que não pode ser equiparado ao Act of God, pois se trata de fenômeno fartamente documentado pela literatura médica, o que descaracteriza a imprevisibilidade” (Ap. Civ. n. 51.986, da Capital, relator Des. Pedro Manoel Abreu).

Ora, na verdade, no caso em espécie, não há nenhuma excludente de responsabilidade, como culpa exclusiva da vítima, estado de necessidade, força maior ou caso fortuito.

Enfim, não pairam dúvidas quanto aos danos decorrentes da urgente cirurgia cardíaca a que foi submetida a autora e, apesar de não haver a obrigação de cura tanto do médico quanto do hospital, não se pode olvidar que a menor, mesmo porta-

dora de mal congênito e grave de ordem circulatória, indicadora de cirurgia, acabou desta saindo paraplégica e com diversos problemas neurológicos. Devida, portanto, se impõe a indenização.

No tocante à extensão da indenização, convém analisar o que fora pleiteado na petição inicial, acordado na audiência de conciliação e o concedido na procedência parcial do pedido.

A autora requereu a condenação da Fundação Hospitalar de Santa Catarina, sucedida pelo Estado, a atendimento especializado enquanto perdurar sua deficiência, o fornecimento de medicamentos, próteses, e outros recursos relativos à habilitação ou reabilitação, tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar e ambulatorial, enquanto perdurarem as seqüelas, e, ainda, atendimento educacional especializado, com a fixação de multa diária definitiva pelo descumprimento do deferido.

Pleiteou, também, pensão vitalícia mensal, enquanto perdurar a deficiência, e a fixação de indenização por danos morais.

No acordo homologado por sentença à fl. 95, convencionou-se que a ré se comprometeria a providenciar exames médicos e a cirurgia necessária para a recuperação da menor, bem como o fornecimento de cadeira de rodas devidamente adaptada e de próteses indispensáveis àquele fim, tendo ela direito ao acompanhamento de uma pessoa por conta da ré para a realização da cirurgia e viagem a São Paulo.

Na sentença, o Magistrado a quo ratificou o acordo celebrado e as demais pretensões decididas ao longo do processo para que o Estado de Santa Catarina pague à autora os valores relativos às despesas de tratamento médico que restaram expressos no item 2 do decisum, acrescidos de correção monetária a contar da data em que se tornaram devidos e juros legais de 6% (seis por cento) ao ano a contar da citação, devendo, em liquidação de sentença, ser observada a norma prevista no art. 604 do CPC.

Assim, mister é saber da possibilidade da concessão da pretensão recorrida e seu alcance.

Antes de mais nada, faz-se necessário salvaguardar a integridade física da menor, não a expondo a tratamentos que sabidamente não levam à cura e, no mais das vezes, tão-só ao sofrimento físico e psíquico.

Assim, frise-se que é possível amenizar as seqüelas advindas da operação realizando trabalhos de reabilitação física, por isso que, trazendo benefícios e avanços, devem ser tentados e pagos pelo Estado.

Contudo, impossível precisar neste momento processual quais os melhores e adequados tratamentos a ministrar, devendo, portanto, apurar-se em liquidação de sentença qual o atendimento especializado, o medicamento a ser fornecido, a necessidade de próteses e/ou outros recursos necessários à habilitação ou reabilitação da apelante, bem como o atendimento educacional especializado a ser ministrado.

Para a essencialidade de acompanhamento médico psiquiátrico ou psicológico à apelante, ante o his-

tórico apresentado pelas assistentes sociais, vide fls. 9 e 71/73, mister se faz uma nova avaliação para estabelecer a real situação da apelante, bem como o tratamento adequado.

No que se refere à multa, resta fixada em R\$ 100,00 por dia de atraso no cumprimento da ordem judicial.

No que diz respeito à pensão vitalícia, oportuno dizer que ela é devida, visto que, apesar de a menor ter sido adotada, ela necessita de acompanhamento integral e, mesmo quando adulta, as seqüelas, se não impedirão totalmente o exercício laborativo, dificultarão e criarão adversidades, que no mais das vezes traduzem-se em baixa ou inexistente remuneração pelo trabalho.

Ademais, a exigência da pensão vitalícia torna-se possível, porque à vítima se viva não se lhe aplica o limite de idade, conforme o melhor entendimento jurisprudencial.

Nesse sentido, colaciona-se:

“Responsabilidade civil — Depreciação do poder laborativo — Indenização — Fixação. O art. 1.539 da Lei Civil preceitua que se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Mesmo se o trabalho desempenhado não sofreu, na prática, diminuição na qualidade e intensidade, o dano precisa ser ressarcido, eis que a limitação para as atividades humanas é inconteste. Talvez continue no mesmo trabalho, mas é viável que resulte a impossibilidade para admissão em ou-

tro que propicie igual padrão ou rendimento..." (TJSC — Ac. unân. da 3ª Câm. Civ. julg. em 23/2/88 — Ap. Civ. n. 28.048 — Sombrio — relator Desembargador Wilson Guarany).

E mais:

"Ação de reparação de dano causado em acidente de veículos. Invalidez para o trabalho. Culpa da ré devidamente comprovada. Pedido julgado parcialmente procedente. Apelações.

"Recurso interposto pela ré. Provimento parcial.

"Ilegitimidade de parte. Inocorrência.

'Tem direito de pedir reparação toda pessoa que demonstre um prejuízo e a sua injustiça' (José de Aguiar Dias, in Da Responsabilidade Civil, vol. II, 6ª ed., Forense, pág. 495).

"Lucros cessantes. Inadmissibilidade.

'É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado' (artigo 460 do Código de Processo Civil).

"Pensão mensal vitalícia. Depreciação do poder laborativo. Indenização. Cabimento, correspondente ao percentual de depreciação do poder laborativo, porém nos limites do pedido" (Ap. Civ. n. 37.193, de Criciúma, relator Des. Wilson Guarany).

A pensão, considerando-se as condições pessoais da menor, oriunda de família humilde, e ainda de achar-se amparada por meio da adoção, deve ser fixada em um salário mínimo, devida desde o evento —

31/7/90 — até a data deste julgamento, e em dois salários mínimos a partir de 1º/9/2000 e até que resulte recuperada ou enquanto viver.

Desnecessário se faz a constituição de capital na forma do art. 602, uma vez que o devedor é o Estado de Santa Catarina, notoriamente solvente, devendo a pensão constar de folha mensal de pagamento.

Quanto ao dano moral, verifica-se que ele decorre dos danos psíquicos e sensoriais que são experimentados pela vítima e, muito embora não sirva ele para apagar a dor, visa a compensar e atenuar o sofrimento.

Preleciona José de Aguiar Dias, in Da Responsabilidade Civil, vol. 2º, 6ª ed., págs. 431 e 432:

"A alteração do aspecto estético, se acarreta maior dificuldade no ganjeio da subsistência, se torna mais difíceis para a vítima as condições de trabalho, se diminui as suas probabilidades de colocação ou de exercício da atividade a que se dedica, constitui sem nenhuma dúvida um dano patrimonial. Não se pode objetar contra a sua reparação, nem quando, erradamente, se considere dano moral, porque nem apresenta dificuldade para avaliação. Deve ser indenizado, pois, como dano patrimonial, o resultado prejudicial da ofensa ao aspecto estético, sempre que se traduza em repercussão de ordem material, porque a lesão a sentimento ou a dor psíquica, com repercussões patrimoniais, traduzem dano patrimonial. É dessa natureza o dano estético que deforme desagradavelmente as feições, de modo que cause repugnância ou ridículo e, portanto, dificuldade à atividade da vítima. Ao lado desse há, po-

rém, o dano moral: este consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito ou da lesão, quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação a ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam”.

A propósito:

“É indenizável o dano puramente moral, sem condicioná-lo a qualquer prejuízo de ordem material, pois a pecúnia visa a compensar a dor sofrida pela vítima, sendo a prestação de natureza meramente satisfatória” (Yussef Said Cahali, Dano Moral, RT, 2ª ed., pág. 318).

Portanto:

“O dano moral deve ser autonomamente indenizado” (RT 553/199).

Para corroborar, cite-se:

“Embora o dano moral seja um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, para o qual não se encontra estimativa 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).

Ora, a indenização deve representar uma penalidade ao infrator, servindo de reprimenda para que se

evite ao máximo a repetição do fato lesivo; ao mesmo tempo não pode servir de enriquecimento.

Com base nesses parâmetros, fixa-se o dano moral em 200 (duzentos) salários mínimos. No que toca aos danos materiais, devem eles ser fixados em liquidação de sentença, na forma dos arts. 608 e 609 do CPC.

No que diz respeito aos honorários advocatícios, é de se aplicar na espécie o § 4º do art. 20 do CPC, devendo o percentual da verba honorária incidir sobre a condenação nos danos morais e a soma das parcelas vencidas mais doze das vincendas.

Nesse diapasão:

“Honorários advocatícios — Indenização — Acidente de trânsito — Art. 20, § 4º, do CPC.

‘Em ação de indenização movida contra a Fazenda, se ela foi vencida, os honorários advocatícios devem ser fixados consoante o parágrafo 4º do art. 20 do CPC sobre as prestações vencidas e doze das vincendas’ (REsp n. 24.013-3-SP, rel. Min. Garcia Vieira, in DJ n. 200, de 19/10/92, pág.18.226).

“Precedentes da Excelsa Corte — RE n. 92.259-RJ, RTJ 98/394; 93.678-GO, RTJ 103/678; 94.053-RJ, RTJ 99/906; 98.821-RJ, RTJ 109/1.117; e 100.685-RJ, RTJ 109/1231” (Ap. Cív. n. 96.002930-3, de Içara, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Ante o exposto, e na forma acima explicitada, dá-se parcial provimento ao recurso voluntário, desprovido-se a remessa. Condena-se o Estado na verba honorária, fixada (art. 20, § 4º, CPC) em 15% (quinze por cento) sobre a condenação nos danos

morais e a soma das parcelas vencidas mais doze das vincendas, distribuídos igualmente entre os procuradores Drs. Stalin Passos, Hercília M. M. de Patta e Izaias Joaquim Gonzaga. Condenado embora o Estado na satisfação integral das custas, resulta este isento (art. 35, h, da Lei Complementar n. 156/97, alterada pela Lei Complementar n. 161/97).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Desembargadores Pedro Manoel Abreu e Trindade dos Santos, e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Antonio Gercino de Medeiros.

Florianópolis, 31 de agosto de 2000.

Alcides Aguiar;
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.015728-8, DE PONTE SERRADA

Relator: Des. Alcides Aguiar

Acidente de trânsito — Invasão da contramão de direção — Culpa caracterizada — Morte da vítima — Obrigação de indenizar amplamente — Denúnciação da lide à seguradora — Danos morais integram danos pessoais — Indenização devida — Quantum — Não deve exceder ao razoável — Fixação na sentença — Minoração — Ausência de julgamento extra petita — Pensão mensal — Valor do salário líquido percebido pelo de cujus à época do infortúnio — Marco final — Perspectiva de vida — Nova orientação jurisprudencial — 69 anos — Honorários — Percentual máximo — Art. 11, §1º, da Lei n. 1.060/50 — Reparação devida pelo preponente — Inaplicabilidade do § 5º do art. 20 do CPC — Recurso da seguradora desprovido, provimento parcial ao dos réus e ao adesivo das autoras.

“A inobservância das normas e regulamentos do tráfego de veículos representa ato culposo, porque tais regras são criadas para manter-se a segurança geral de quantos se vejam envolvidos na circulação dos veículos automotores” (in Responsabilidade Civil à Luz da Jurisprudência — 1986 — Universitária — São Paulo, pág. 50).

“Quem trafega na contramão age com culpa crassa, porque se mostra perfeitamente previsível a possibilidade de vir a colidir com outro veículo, cujo motorista, em sua mão de direção normal o faz sem nunca imaginar o encontro inusitado da outra condução” (TACrimSP — Rev. — rel. Camargo Sampaio — JUTACrim 65/53).

“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto” (Súmula 341 do STJ).

“A experiência comum previne ser temerário, em face da celeridade das variações e das incertezas econômicas no mundo de hoje, asseverar que uma empresa particular, por sólida e confortável que seja a sua situação atual, nela seguramente permanecerá, a longo prazo, com o mesmo status econômico em que presentemente possa ela se encontrar (RSTJ 98/270)” (Theotonio Negrão, in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 30ª ed., Saraiiva, 1999, pág. 634).

“A indenização do dano moral deve ser fixada desde logo em dinheiro, evitando-se o processo de liquidação por artigos, em que necessite provar fato novo” (JTARS 27/251).

“O valor de indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso” (REsp n. 240441/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 5/6/2000, pág. 172).

A Lei n. 1.060/50, em seu art. 11, § 1º, estipula que “Os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução de sentença”.

“A jurisprudência dominante no Pretório Excelso é no sentido de que o § 5º do artigo 20 do CPC limita-se aos casos de culpa aquiliana; em última análise, quando civilmente responsabilizado o próprio autor do ato ilícito contra pessoa, excluindo-se os de responsabilidade objetiva e de culpa contratual, nos quais mantém-se a tradicional orientação de cálculo da verba honorária sobre o valor das prestações vencidas mais um ano das vincendas, a teor do artigo 20, § 3º, combinado com o artigo 260 do CPC” (REsp n. 1.999, Min. Athos Carneiro, RSTJ 10/449).

A nova orientação jurisprudencial é no sentido de considerar a presumida sobrevida da vítima com termo final do pagamento da

pensão, tomando-se por base a idade provável de sessenta e nove anos, conforme a tabela do Ministério da Previdência Social (RSTJ 58/386, rel. Min. Barros Monteiro).

“No que se refere às despesas judiciais e aos honorários de advogado, deverá a sentença distinguir as duas ações: na principal, o denunciante, porque vencido, pagará as despesas dela e os honorários do advogado do vencedor; na ação indenizatória ou de regresso, o denunciado, porque vencido, pagará as despesas judiciais e os honorários do advogado do denunciante” (Celso Agrícola Barbi, in Comentários ao Código de Processo Civil, I vol., tomo II, Forense, Rio, 1ª ed., 1975, pág. 357).

“O contrato de seguro por danos pessoais compreende o dano moral. Recurso conhecido e provido em parte” (Resp n. 106326/PR, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12/5/1997, pág. 18.813, RSTJ 99/281).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.015728-8, da comarca de Ponte Serrada, em que são apelantes e apelados Bamerindus Financial Companhia de Seguros, Transportes Bertelli Ltda., Odécio Bertelli, Rosane Luiza Marchese Furtado, por si e representando Jessica Marchese Furtado:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso da seguradora, e dar provimento parcial ao recurso dos réus e ao recurso adesivo das autoras.

Custas na forma da lei.

Rosane Luiza Marchese Furtado, por si e representando sua filha Jessica Marchese Furtado, menor impúbere, ajuizaram ação de reparação de danos contra Transportes Bertelli Ltda. e Odécio Bertelli, alegando que no dia 17 de maio de 1996, por volta

das 21h30min, na rodovia BR 153, Km 71, município de Irani—SC, o veículo Volvo N 12 2S3, de placa IEQ 2936, de propriedade da primeira ré e conduzido pelo último, abalrou o veículo Volkswagen Brasília, placa LWQ 5962, de propriedade de Milton Furtado, que no momento conduzia o veículo e transitava em sua regular mão de direção.

O acidente automobilístico resultou na morte do pai e esposo das autoras, sofrendo estas lesões corporais, danos materiais e morais.

Atribuíram a culpa exclusiva pelo acidente ao motorista do caminhão, Odécio Bertelli, devendo por isso arcar, em solidariedade com a empresa ré, com todos os prejuízos a que deu causa.

Defenderam seus direitos baseadas na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

Requereram a condenação dos réus ao pagamento: de danos mate-

riais — danos causados no veículo (perda total) do de cujus; danos emergentes — despesas médico-hospitalares e farmacêuticas, bem como despesas com funeral; pensão no valor dos proventos percebidos pelo de cujus na data do acidente, que são devidos desde o evento trágico até que viesse a completar 69 (sessenta e nove) anos se vivo fosse, observando o direito de crescer; e danos morais, apuráveis em liquidação de sentença.

Juntaram documentos (fls. 13/67).

As autoras protestaram, em nova manifestação nos autos, contra possíveis alienações dos bens da empresa ré de forma a evitar-se a insolvência desta e garantir o cumprimento da obrigação decorrente do sinistro.

O Magistrado a quo deferiu o pedido das autoras, oficiando ao DeTRAN de Lageado—RS o protesto.

Iniciada a audiência de instrução e julgamento e rejeitada a conciliação proposta, as partes concordaram que o processo tramitasse seguindo o procedimento ordinário, possibilitando a denúncia da lide requerida na contestação apresentada pelos réus.

Os réus apresentaram contestação, suscitando, preliminarmente, a denúncia da lide à Bamerindus Seguros. No mérito, aduziram que os fatos não ocorreram conforme o disposto no boletim de ocorrência, que foi realizado com parcialidade e contrário aos depoimentos prestados pelas testemunhas de visu; que a culpa do réu não restou comprovada, não havendo por isso obrigação de reparar; que de acordo com os depoimentos a vítima é que deu causa ao acidente e chocou-se no primeiro eixo da

carreta em virtude de um defeito existente na sua pista; a impossibilidade de cumulação de indenização por danos materiais com morais; que o valor da pensão a ser levado em consideração é o valor líquido percebido pelo de cujus na data do acidente, devendo ser deduzido no caso o valor referente à diária de curso interno por tratar-se de parcela eventual, bem como de 1/3, fração que se presume fosse direcionada para o seu próprio sustento; que o marco final da pensão é o da perspectiva de vida do de cujus, no caso, 65 (sessenta e cinco) anos, de acordo com o entendimento jurisprudencial; a desnecessidade da constituição de capital na forma do art. 602 do CPC, devendo a prestação de pensão ser incluída na folha de pagamento dos réus; que a perda total da Brasília não restou demonstrada, eis que as fotos existentes nos autos denunciam a sua parcial danificação, podendo-se vender as suas peças intactas deduzindo-se o valor levantado do montante devido.

Acostaram documentos (fls. 118/127).

Na audiência, foram ouvidas duas testemunhas.

Bamerindus Companhia de Seguros apresentou contestação, sustentando que o réu mantém consigo um contrato de seguro com cobertura dos danos patrimoniais; o seu dever de indenizar só existirá após o trânsito em julgado da decisão que e se reconhecer a culpa do réu, a qual entende não estar comprovada nos autos, inexistindo, portanto, dever de indenizar; no entrechoque de provas devem prevalecer as produzidas pelo réu; o contrato de seguro não cobre a indeniza-

ção por danos morais; impossibilidade de cumulação de danos materiais e morais; os danos morais devem ser comprovados; o segurado deverá arcar somente com as indenizações previstas no contrato, respeitando-se as limitações acordadas; o rendimento do de cujus a ser levado em consideração é o líquido, deduzido de 1/3; a média de vida para fins de pensão é de 65 anos; em relação aos filhos menores a pensão é devida até atingirem a maioridade ou casarem-se; em relação à viúva a obrigação deve cessar no caso de convolar novas núpcias; não há direito de crescer; as despesas de funeral, sepultamento e médico-hospitalares são custeadas pelo INSS, bem como pelo DPVAT — seguro obrigatório no veículo da vítima; o valor da indenização se devido limitar-se-ia ao preço médio de mercado do veículo sinistrado, deduzido o valor dos salvados.

Postulou pela improcedência dos pedidos das autoras ou, em caso contrário, não seja considerada para fins de ação regressiva do segurado contra a seguradora a indenização referente aos danos morais, limitando-se à indenização pelo veículo da vítima e à pensão.

Manifestando-se em relação à contestação apresentada pela litisdenuciada, as autoras pugnaram pela sua total descon sideração no que tange ao mérito.

Aberta a audiência de instrução e julgamento, foi ela suspensa para apresentação de proposta por parte da seguradora.

Retomado o curso processual, foi renovada a proposta conciliatória, concordando as partes quanto à des-

necessidade de produção de novas provas, sendo que apresentariam as alegações finais por meio de memoriais no prazo de 30 dias, buscando nesse interregno o acordo.

As partes apresentaram as alegações finais, reiterando as teses expendidas nas peças iniciais.

As autoras pugnaram pela antecipação parcial da tutela no que tange à pensão alimentícia, o que foi deferido pelo Magistrado a quo.

Foi interposto agravo de instrumento da decisão supramencionada, que mereceu provimento parcial para tão-somente corrigir o valor da pensão.

Manifestou-se o Ministério Público opinando pela procedência da denunciação da lide e dos pedidos das autoras.

Sentenciando, o Magistrado a quo julgou procedente, em parte, os pedidos inaugurais, condenando os réus ao pagamento: dos danos materiais referentes ao veículo sinistrado a serem apurados em liquidação de sentença; das despesas médico-hospitalares no valor de R\$ 2.328,39, corrigido monetariamente e com juros legais a contar da citação; de pensão mensal no valor de R\$ 430,00 (quatrocentos e trinta reais) desde a data do fato até 4/9/2030 em favor de Rosane e 27/12/2016 em prol de Jessica, devendo cessar no caso de núpcias, corrigidas monetariamente e com juros legais a contar da citação; de constituição de capital na forma do art. 602 do CPC; dos danos morais a serem fixados em liquidação de sentença; das custas processuais e honorários advocatícios, fixando estes em 17,5% a incidir sobre o valor da condenação.

Julgou também procedente a denunciação da lide, condenando a litisdenciada a arcar com os valores devidos, bem como com as custas processuais e honorários advocatícios ao procurador dos litisdenciantes, estes no percentual de 10% do valor da condenação.

As autoras opuseram embargos de declaração com o objetivo de ver fixado desde logo o quantum referente aos danos morais.

Acolhidos os embargos pelo sentenciante, este arbitrou o quantum a título de danos morais no equivalente a 400 (quatrocentos) salários mínimos para Rosane e 500 (quinhentos) salários mínimos para Jessica, vigentes à época do acidente, corrigidos monetariamente e com juros de mora de 6% ao ano a partir da citação.

Irresignados com a prestação jurisdicional, apelaram Bamerindus Companhia de Seguros, Transportes Bertelli Ltda., Odécio Bertelli, e adesivamente Rosane Luiza Marchese Furtado e Jessica Marchese Furtado.

A primeira insurgiu-se quanto ao marco adotado pela decisão monocrática a título de pensão, que deveria ser de 65 anos; ao pagamento dos danos morais, eis que o contrato de seguro existente entre a litisdenciada e os réus não cobre esse tipo de indenização, mas somente danos pessoais e materiais; à condenação em honorários advocatícios, pois aceitou a denunciação. Pugnou pela reforma da sentença no tocante aos tópicos supracitados.

Os segundos sustentaram que não restou comprovada a culpa do motorista da carreta, eis que a prova testemunhal é totalmente divergente;

desnecessária a constituição de capital para garantir a prestação de pensão mensal, visto que permitido o desconto em folha de pagamento; o arbitramento do quantum a título de danos morais demonstra-se excessivo e a sua fixação desde logo na sentença constitui julgamento extra petita, pois na exordial as autoras expressamente requereram fossem eles apurados em liquidação de sentença; o percentual adotado em relação à verba honorária não deve ultrapassar 15% e deverá este incidir somente sobre as prestações vencidas e doze das vindendas, de acordo com o disposto no art. 20, § 5º, do CPC, observando-se ainda o § 1º do art. 11 da Lei n. 1.060/50, por serem os apelados beneficiários da justiça gratuita.

As últimas, que apelaram ade-sivamente, insurgiram-se em relação à data-limite para o pagamento da pensão, devendo ser adotada aquela em que a vítima completaria 69 anos; e ao valor da pensão, que deve ser equivalente ao total dos proventos lançados no demonstrativo de pagamento (fl. 17).

As partes apresentaram as contra-razões.

Neste grau de jurisdição, exarou parecer a douta Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de desproverem-se os recursos da litisdenciada e dos réus e dar provimento parcial ao das autoras.

É o relatório.

Em relação ao recurso dos réus, cumpre primeiramente analisar a culpa pelo acidente.

Como leciona o ilustre desembargador e doutrinador Humberto Theodoro Júnior, “culpa, no sentido ju-

rídico, é a omissão da cautela, que as circunstâncias exigiam do agente, para que sua conduta, num momento dado, não viesse a criar uma situação de risco e, finalmente, não gerasse dano previsível a outrem.

“A inobservância das normas e regulamentos do tráfego de veículos representa ato culposo, porque tais regras são criadas para manter-se a segurança geral de quantos se vejam envolvidos na circulação dos veículos automotores” (in Responsabilidade Civil à Luz da Jurisprudência — 1986 — Universitária — São Paulo, pág. 50).

Analisando o conjunto probatório existente nos autos, verifica-se que o motorista do caminhão invadiu a mão de direção da vítima, ocasionando o fatídico acidente. Senão vejamos:

Do depoimento de Elicarlos Zampieron, que viajava de carona com o réu (fl. 140), retira-se: “que a carreta vinha em sua mão de direção, porém invadia a metade da pista contrária; que possuía faixa dividindo as pistas e pode precisar que a carreta vinha em alta velocidade, sendo que quando efetuou a curva ‘vinha comendo a outra pista’ (...) que apenas sentiu o caminhão balançar; que o caminhão parou cerca de 50, 60 metros após onde houve a colisão”.

Na mesma linha é o depoimento de José Ernesto Schneider, patrulheiro rodoviário que efetuou o levantamento no local do acidente. Precisou que o relatado no boletim de ocorrência corresponde ao levantamento realizado, reafirmando “que o veículo 1 (Volvo) transitava na contramão de direção e abalroou o veículo 2

(Brasília) que transitava em sentido contrário; que chegou ao local 30 minutos aproximadamente após a ocorrência do acidente; que ao chegar ao local constatou que o caminhão parou no acostamento, cerca de 100 metros a frente; que o veículo Brasília ficou mais a frente em cima do acostamento, cerca de 7,8 metros do local de impacto; que o acidente foi de grande monta e facilmente identificável o local de impacto porque as marcas ficaram bem visíveis; que existiam marcas de frenagem do caminhão na pista, mas não lembra exatamente a metragem”.

As declarações prestadas no inquérito policial não divergem das prestadas em juízo. Vejamos:

Rosane Luiza Marchese Furtado (autora/esposa) declarou que “o esposo da declarante foi entrar na pista do meio, mas a carreta veio direto em cima do veículo da declarante e sua família” (fl. 30).

Elicarlos Zampieron (caroneiro da carreta) relatou que “o declarante não sabe precisar com clareza se a carreta estava na segunda pista, mas deveria estar entre as duas pistas, pois não estava prestando atenção” (fl. 31).

Fabio Leonor Bach (caroneiro da carreta) afirmou “que na hora do acidente a carreta estava entremedio as duas pistas, cortando a sua mão de direção” (fl. 32).

O próprio motorista do caminhão — Odécio Bertelli — declarou que a Brasília estava na pista do meio (fl. 33).

Ora, se o motorista da Brasília estava na pista do meio, onde ocorreu o acidente, lógico é que a carreta estava na contramão, pois observando

as fotos (fls. 52/53) e o croqui (fl. 24) verifica-se que a pista dupla era da mão de direção da vítima.

Corroborando, consta do boletim de ocorrência que “o veículo 1 (Volvo) transitava na contramão de direção e abalroou o veículo 2 (Brasília) que transitava em sentido contrário” (fl. 24).

Como se vê, a prova testemunhal encontra-se em harmonia, não havendo qualquer divergência entre os depoimentos prestados em juízo e as declarações prestadas na fase inquisitória, os quais corroboram a descrição dos fatos contida no boletim de ocorrência.

Conclui-se, portanto, diante da clareza do conjunto probatório, pela culpa exclusiva de Odécio Bertelli, que deu causa ao acidente por transitar na sua contramão de direção em inobservância às normas e regulamentos do tráfego de veículos.

Vale transcrever a lição de Rui Stoco a respeito da matéria:

“O motorista brasileiro é contumaz em dirigir pela contramão de direção, quer nas rodovias, quer no perímetro urbano.

“Essa é uma das práticas mais nocivas e causadoras de acidentes, posto que sempre surpreende os outros motoristas.

“É que o condutor de um veículo sempre parte da suposição de que os demais, como ele, estão seguindo as regras preestabelecidas, de modo que se essa presunção não se concretiza na prática, a possibilidade de acidente multiplica-se.

“Por essa razão é que se exige rigor maior e punição exemplar àque-

les que teimam em dirigir pela contramão, colocando em risco a segurança de outros”.

E prossegue:

“Por isso, todo motorista tem o dever de trafegar na mão de direção determinada pela legislação. Se assim não procede e dá causa a acidente, ressuma evidente sua culpabilidade, posto que imprudente” (in Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 4ª ed., RT, 1999, págs. 894/5).

A jurisprudência é farta nesse sentido:

“Quem trafega na contramão age com culpa crassa, porque se mostra perfeitamente previsível a possibilidade de vir a colidir com outro veículo, cujo motorista, em sua mão de direção normal, o faz sem nunca imaginar o encontro inusitado da outra condução” (TACrimSP — Rev. — rel. Camargo Sampaio — JUTACrim 65/53).

“Conduzir um veículo na contramão de direção é uma imprudência imperdoável, pouco importando saber se o trecho era pequeno ou longo ou mesmo se a vítima dirigia sua máquina distraidamente” (TACrimSP — AC — rel. Castro Duarte — JUTACrim 39/327).

“Constitui imprudência das mais flagrantes trafegar pela contramão sem estar atento à presença de outros veículos em sentido contrário” (TACrimSP — AC — rel. Valentim Silva — JUTACrim 25/132).

“É obrigação primária de todo motorista trafegar em sua mão de direção. Ínsita a imprudência na conduta de quem assim não procede, dando causa a acidente de trânsito”

(TACrimSP — AC — rel. Cunha Carmo — JUTACrim 17/165).

“Age imprudentemente quem, em rodovia de dupla mão de direção, descuidadamente adentra a faixa contrária de tráfego, eis que perfeitamente previsível a existência de veículo em sentido contrário” (TACrimSP — AC — rel. Gonçalves Sobrinho — JUTACrim 37/307).

Assim, verificada a culpa do motorista da carreta, cabe à empresa empregadora responder pelos danos causados às autoras, em consonância com a regra contida no inciso III do artigo 1.521 do Código Civil.

“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto” (Súmula 341 do STJ).

Quanto à constituição de capital para assegurar o cumprimento da obrigação decorrente do ato ilícito, não merece agasalho o argumento dos réus. É que a substituição da constituição de capital pela inclusão da obrigação na folha de pagamento da empresa devedora somente será permitida nos casos de solvabilidade notória, o que é o caso das empresas públicas ou ainda das privadas de grande porte, como as sociedades anônimas.

No caso em questão, não há nos autos elementos de forma a demonstrar que a empresa devedora possua característica de grande porte a manter-se economicamente estável até a extinção da obrigação.

Assim, por cautela, o capital deve ser constituído na forma do disposto no art. 602 do CPC para garantir o cumprimento da obrigação, eis que “a experiência comum previne ser

temerário, em face da celeridade das variações e das incertezas econômicas no mundo de hoje, asseverar que uma empresa particular, por sólida e confortável que seja a sua situação atual, nela seguramente permanecerá, a longo prazo, com o mesmo status econômico em que presentemente possa ela se encontrar (RSTJ 98/270)” (Theotonio Negrão, in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 30ª ed., Saraiva, 1999, pág. 634).

Em relação ao estabelecimento do quantum debeat, este deve ser entregue ao prudente arbítrio do juiz, assim não há por que se relegar o seu arbitramento à liquidação de sentença, devendo a prestação jurisdicional no tocante a este ponto ser entregue quando da prolação da sentença, o que não caracteriza julgamento extra petita. Assim recomendam os tribunais, como emerge do julgamento do REsp n. 85.205/96/0001000-5/RJ, pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do ilustre Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Também é essa a orientação da 2ª Câmara do TARS:

“A indenização do dano moral deve ser fixada desde logo em dinheiro, evitando-se o processo de liquidação por artigos, em que necessite provar fato novo” (JTARS 27/251).

No egrégio Tribunal de Justiça deste Estado outro não é o entendimento: Ap. Cív. n. 40.510, relator Desembargador Napoleão Amarante, que, a propósito, exclui a possibilidade de se estar julgando ultra petita. Verbis:

“Na liquidação de dano decorrente de ilícito civil, de que venha a resultar ofensa à integridade física ou à

saúde de pessoa natural, o Código Civil nem sempre consagra diretrizes para a determinação, quando os admite, para a reparabilidade dos danos morais. Quando cabíveis estes e, havendo pedido expresso, o magistrado, a partir ou não de precedentes anteriores, deve arbitrar o montante, segundo critério justo e discricionariedade fundamentada. Nada impede, por outra parte, que, na hipótese de dano moral, se o pedido for ilícido, não possa o julgador estabelecer respectivo montante na própria sentença. Tal fato não há de importar em julgamento ultra petita, existindo elementos para tanto. E essa providência mais se impõe se for bastante largo o interregno de tempo entre o fato e a apreciação de suas conseqüências. Qualquer espírito lúcido, presente tal quadro processual é induzido a estimar na fase final da cognição a quantia devida”.

Já no que toca ao montante arbitrado pelo Magistrado a quo a título de danos morais, revela-se excessivo, pois é consabido que este deve ser fixado de forma a representar para o ofendido uma satisfação que psicologicamente possa confortar-lhe, neutralizando ou anestesiando os efeitos dos dissabores impingidos, e ao causador do acidente, uma advertência, desestimulando-o a cometer novos atentados similares contra outras pessoas (Ap. Cív. n. 49.415, da Capital, relator Des. Trindade dos Santos).

Ressalte-se, porém, que o montante deve ser fixado em valor razoável de forma a evitar-se um possível desastre econômico àquele que deu causa ao infortúnio.

Ademais, “o valor de indenização por dano moral sujeita-se ao con-

trole do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso” (REsp n. 240441/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 5/6/2000, pág. 172).

Assim, minora-se o quantum a título de danos morais para 250 (duzentos e cinqüenta) salários mínimos para cada uma das autoras.

Por fim, sustentaram os réus que o percentual fixado a título de honorários advocatícios não poderia ultrapassar o máximo de 15%, eis que as autoras litigam ao amparo do justiça gratuita, e que deve o percentual incidir somente sobre o valor das prestações vencidas, mais doze das vencidas, de acordo com o estabelecido no § 5º do art. 20 do CPC, e não sobre o valor total da condenação, como restou fixado na r. sentença atacada.

Merece agasalho a insurgência dos réus no tocante a esse ponto, pois o Magistrado singular fixou o percentual em 17,5%, e, de acordo com a regra contida no § 1º do art. 11 da Lei n. 1.060/50, “os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução da sentença”, por isso deve a r. sentença monocrática ser reformada no sentido de ser minorado o percentual para o

máximo legal permitido, qual seja, 15% (quinze por cento).

Assim:

A Lei n. 1.060/50, em seu art. 11, § 1º, estipula que: “Os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução de sentença”.

Da mesma forma no que tange à aplicação do § 5º do art. 20 do CPC, eis que este deve ser aplicado somente nos casos de indenização por ato ilícito — quando o próprio autor do ato ilícito contra pessoa é responsabilizado civilmente. No caso em questão, a responsabilidade civil é indireta, decorrente da relação empregatícia, em que o preponente responde pelos prejuízos causados a terceiros por seu preposto (art. 1.521, III, CC).

Assim, os honorários devidos devem ser calculados em percentual sobre a soma das prestações vencidas, doze das vincendas e do montante fixado a título de danos morais, em consonância com a forma estabelecida nos arts. 20, § 3º, e 260, do CPC.

É da jurisprudência:

“Na hipótese do denominado ilícito relativo, ou seja, quando a parte indenizante não perpetrou-se pessoalmente, respondendo pelas consequências reparatórias tão-somente em razão do vínculo de emprego existente entre ela e o praticante direto dos fatos, é inaplicável, na fixação dos honorários advocatícios, a regra do atual § 5º do art. 20 do CPC. A verba honorária, em tal caso, fixada percentualmente na forma do art. 20, § 3º, tem como base de incidência o montante das prestações em atraso e mais uma anuidade das vincendas, além

da indenização fixada a título de danos morais” (Ap. Cív. n. 97.005687-7, de Xanxerê, relator Des. Trindade dos Santos).

Ainda:

“A jurisprudência dominante no Pretório Excelso é no sentido de que o § 5º do artigo 20 do CPC limita-se aos casos de culpa aquiliana; em última análise, quando civilmente responsabilizado o próprio autor do ato ilícito contra pessoa, excluindo-se os de responsabilidade objetiva e de culpa contratual, nos quais mantém-se a tradicional orientação de cálculo da verba honorária sobre o valor das prestações vencidas mais um ano das vincendas, a teor do artigo 20, § 3º, combinado com o artigo 260 do CPC” (REsp n. 1.999, Min. Athos Carneiro, RSTJ 10/449).

Analisadas as insurgências dos réus, passa-se ao exame das irresignações trazidas pela seguradora — Bamerindus Companhia de Seguros, em seu recurso de apelação.

No tocante ao marco final da pensão mensal, merece reparo a r. decisão monocrática, porém, em amparo à pretensão das autoras e consequentemente em desamparo à da seguradora.

É que o limite provável de vida do brasileiro, quer dizer, a expectativa de vida do ser humano já não é mais aquela que a jurisprudência vinha preconizando (65 anos). Atualmente, estudos mais profundos concluíram que o brasileiro médio tem um período provável de existência que se aproxima dos 69 anos — tabela do Ministério da Previdência e Assistência Social (Rui Stoco, in Responsabilidade Civil e sua

Interpretação Jurisprudencial, 4ª ed., RT, 1999, pág. 803).

Esta colenda Quarta Câmara vinha adotando a idade de 65 anos para a fixação do termo ad quem da indenização, porém, se a expectativa de vida do homo medius aumentou para 69 anos, este limite é que deve ser adotado para a fixação do termo final da pensão mensal.

Nesse sentido:

“O limite fixado para a cessação da pensão é de 69 anos, conforme nova orientação jurisprudencial. ‘Contrato de transporte. Vítima falecida em acidente ferroviário. Expectativa de vida. A expectativa de vida da vítima deve ser fixada em 69 anos de idade, de conformidade com a tabela do Ministério da Previdência Social’ (RSTJ 58/386, rel. Min. Barros Monteiro)” (TA/PR — Ap. Cível n. 0106201-3 — comarca de Curitiba — Ac. n. 8737 — unân. — 3ª. Câm. Cív. — rel. Juiz Eugênio Achille Grandinetti, conv. — j. em 24/6/97 — Fonte: DJPR, 1º/8/97, pág. 219).

Referentemente aos danos morais, a tese da seguradora, de que o contrato de seguro realizado com os réus não dá cobertura à indenização a esses danos eis que não integram os danos pessoais, não merece prosperar.

Cabe aqui, para elucidar a questão levantada, fazer algumas definições e distinções de forma a verificar a classificação dos danos morais, e para tal nada melhor do que as lições do Professor Fernando Noronha, autoridade em responsabilidade civil. Assim:

“Fala-se em dano pessoal, ou à pessoa, quando são afetados valores

ligados à própria pessoa do lesado, nos aspectos físico, psíquico ou moral, mesmo quando não seja caracterizável um direito de personalidade. Fala-se em dano a coisas, ou danos materiais, quando se atingem objetos do mundo externo (objetos materiais ou coisas incorpóreas). A expressão dano material é, todavia, equívoca, devido a ser comumente usada como sinônima de ‘dano patrimonial’. Uma designação alternativa, talvez pudessem ser a de dano objetual.

“De um mesmo fato, por exemplo um acidente de trânsito, podem resultar danos materiais (destruição do veículo) e pessoais (lesões em pessoas transportadas).

“Os objetos atingidos por danos a coisas podem ter, em si mesmos, um preço ou valor de mercado, mas podem não ter. Se tiverem, é evidente o interesse econômico do lesado e teremos dano patrimonial. Nesse caso, pode ser que, além do valor pecuniário, os objetos tenham também um valor espiritual ou afetivo, hipótese em que teremos ao mesmo tempo um dano patrimonial e outro moral (sem que isso necessariamente signifique que o segundo, nestas situações, tenha de ser sempre objeto de reparação). (...)

“Por seu turno, os danos que afetam as pessoas, na sua individualidade, podem ou não refletir-se em perdas patrimoniais. Se não houver prejuízo econômico, teremos somente danos extrapatrimoniais; se houver, teremos os dois tipos de danos, morais e patrimoniais.

“Como se vê, as classificações de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, por um lado, e danos a coisas e a pessoas, por outro, são independen-

tes, embora se inter cruzem. Um dano patrimonial pode ser a coisas (exemplo: destruição de coisa) ou pessoal (por exemplo, incapacitação para o trabalho). Um dano pessoal pode ser extrapatrimonial (exemplo: sofrimento resultante de calúnia — cf. art. 1.547) e patrimonial (diminuição de clientela, em consequência da mesma calúnia). Mesmo um dano a coisas pode ser patrimonial (exemplo: preço ordinário da coisa usurpada — cf. art. 1.543) e moral (o chamado ‘valor de afeição’ da mesma coisa, a que o art. 1.543 também se refere).

“Nesta matéria, o que se pode dizer é que os danos a coisas são em regra de natureza patrimonial, e que os danos à pessoa andam normalmente associados a danos extrapatrimoniais, sem que, todavia, se possa dizer que eles têm necessariamente natureza moral. Com muita frequência os danos à pessoa traduzir-se-ão em danos patrimoniais, mesmo que, quando haja ofensa à pessoa, eles quase sempre surjam a par de danos extrapatrimoniais.

“Neste aspecto, a diferença entre danos a coisas e à pessoa pode ser expressa dizendo-se que se os primeiros podem, embora raramente, traduzir-se em sofrimento psíquico (é exemplo o ‘valor de afeição’ ligado à destruição de coisas e animais), já os danos pessoais com frequência traduzir-se-ão tanto em prejuízos patrimoniais (pela redução da capacidade de trabalho, pela diminuição da clientela etc.) como em valores extrapatrimoniais (sofrimentos, físicos ou psíquicos e outras perturbações anímicas)” (in apostila Capítulo 8, Dano e Nexo de Causalidade, págs. 337/338 — ESMESC).

Assim, conclui-se que o contrato de seguro por danos pessoais compreende o dano moral.

Nesse sentido:

“Responsabilidade civil. Filho menor. Indenização. Seguro. Dano moral é dano pessoal.

“1. A indenização pelo dano moral decorrente da morte de filho menor com cinco anos de idade, que ainda não trabalhava e não auxiliava no sustento dos pais, pode ser calculado sobre a possível contribuição que prestaria durante a sua provável sobrevivida, até o limite de 25 anos.

“2. O contrato de seguro por danos pessoais compreende o dano moral. Recurso conhecido e provido em parte” (REsp n. 106326/PR, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12/5/1997, pág. 18.813, RSTJ 99/281 — grifei).

No mesmo sentido:

“Denúnciação da lide. Seguradora. Responsabilidade contratual. Apólice que prevê reembolso da indenização por danos pessoais. Ressarcimento de danos estéticos, compreendidos como morais e corporais. Admissibilidade, porquanto incluídos nos danos pessoais, respeitando-se o limite do capital segurado” (AG n. 233002/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 17/9/1999, pág. 131).

Em relação à condenação da seguradora no pagamento de honorários advocatícios, imerece reparo a r. decisão atacada.

A denúnciação da lide foi expressamente admitida pela denunciada e sua condenação em honorários, em favor dos denunciantes, é conse-

quência da procedência da lide secundária.

“No que se refere às despesas judiciais e aos honorários de advogado, deverá a sentença distinguir as duas ações: na principal, o denunciante, porque vencido, pagará as despesas dela e os honorários do advogado do vencedor; na ação indenizatória ou de regresso, o denunciado, porque vencido, pagará as despesas judiciais e os honorários do advogado do denunciante” (Celso Agrícola Barbi, in Comentários ao Código de Processo Civil, I vol., tomo II, Forense, Rio, 1ª ed., 1975, pág. 357).

Ou, ainda:

“A denunciação da lide nada mais é do que a propositura antecipada e condicionada da ação de regresso, encartada esta dentro da lide principal. As relações processuais nela formadas vinculam apenas denunciante e denunciado, e os efeitos condenatórios advindos dessas relações devem considerar exclusivamente os termos da obrigação assumida ou de responsabilidade do denunciado.

“Destarte, vencida a parte denunciada, de sua incumbência são as despesas processuais incidentes na denunciação e os honorários de advogado do denunciante. A verba honorária, na hipótese de apólice de seguro, há que ter como base de cálculo o valor atualizado do limite da cobertura securitária ajustada, e não o importe da indenização a ser prestada pelo denunciante ao autor da ação principal” (Ap. Cív. n. 46.199, de Urussanga, relator Desembargador Trindade dos Santos, publicado no DJE de 22/10/96).

Por fim, cumpre analisar o recurso adesivo das autoras.

Opõem-se as autoras ao valor fixado a título de pensão mensal, entendendo que este deve ser o valor total dos proventos lançados no demonstrativo de fl. 17, livre de qualquer desconto, e, ainda, que a perspectiva de vida a ser levada em consideração para a cessação do pagamento da pensão seja de 69 anos de idade.

Em relação ao marco final da pensão mensal, a questão já restou definida, quando da análise do recurso da seguradora, restando ele fixado em 69 anos, portanto com razão as autoras.

Sem razão estas, porém, no que toca ao valor da pensão mensal, eis que o Magistrado a quo o fixou sabiamente, descontando do valor bruto percebido pela vítima à época do acidente o referente à parcela de curso interno, que independe de qualquer outra prova que não a do demonstrativo constante na fl. 17 dos autos, pois é certo que a diária era devida somente enquanto durasse o curso e enquanto o de cujus o estivesse frequentando; cessado o fato gerador não há razão para que tal parcela continue sendo devida, por isso deve ser descontada.

Da mesma forma em relação à contribuição do Ipesc, eis que a pensão mensal deve corresponder ao salário líquido da vítima, deduzido de 1/3 (um terço).

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso dos réus e adesivo das autoras, e nega-se provimento ao recurso da seguradora.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Trindade dos Santos, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 24 de agosto de 2000.

Alcides Aguiar;
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.020767-6, DE BRAÇO DO NORTE

Relator: Des. Anselmo Cerello

Acidente do trabalho — Restabelecimento de benefício — Nexo etiológico evidenciado por meio de perícia médico-judicial — Concessão de auxílio-acidente — Dies a quo do benefício — Isenção parcial de custas, a teor do art. 33, parágrafo único, do Regimento de Custas do Estado — Recurso e remessa desprovidos.

As seqüelas apresentadas pelo apelado têm importância no limite de sua funcionalidade e ganham relevância em função da atividade laborativa e manifesta necessidade de maior esforço para as tarefas habituais, pois deve ser ratificado que “o corpo humano é um todo disciplinado e, sendo assim, a ausência de um órgão ou a perda de uma função acarreta um plus que se define, na palavra da lei, como demanda de maior esforço” (RT 89/413).

A perda de qualquer segmento do corpo humano, via de regra, reduz-lhe a funcionalidade. Entendimento contrário resultaria na assertiva de que inútil a parte fragmentada, debilitada ou deficiente.

É preciso ressaltar que, apesar de o INSS não estar isento do pagamento de custas quando demandado na Justiça Estadual, o Regimento de Custas do Estado, no seu art. 33, parágrafo único, concede-lhe isenção parcial no pagamento das despesas processuais.

Agravo retido — Cerceamento de defesa — Produção de prova documental — Preliminar afastada.

Tendo-se em vista o princípio da celeridade judicial e da economia processual, desnecessária a obtenção de informação acerca da atividade laboral desempenhada pelo apelado, uma vez que a prova pericial faz prova suficiente da existência, ou não, de redução da capacidade funcional em sede de ação acidentária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.020767-6, da comarca de Braço do Norte, em que é apelante o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, sendo apelado Wilson Arceno:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, afastada a preliminar, desprover o recurso.

Custas legais.

Vilson Arceno ajuizou ação de restabelecimento de benefício previdenciário contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando o restabelecimento do benefício do auxílio-doença, ou, dependendo do resultado da prova pericial, seja-lhe concedida aposentadoria por invalidez ou o auxílio-acidente.

Aduziu que, tendo sofrido acidente do trabalho, pleiteou ao Órgão Previdenciário o benefício auxílio-doença que lhe foi deferido e posteriormente cancelado de forma ilegal e arbitrária, sob alegação de inexistir incapacidade para o trabalho.

Requeru a condenação da autarquia ao pagamento das prestações desde a data do cancelamento administrativo, acrescidas de juros e correção monetária, bem como das custas e honorários advocatícios.

Citada, a autarquia contestou, argüindo, preliminarmente, a prescrição quinquenal e a carência da ação por não ter o autor documento que comprovasse a sua incapacidade, bem como a comunicação do acidente do trabalho, e o esaurimento da esfera administrativa para ingresso em juízo.

No mérito, aduziu que o cancelamento do benefício deu-se em função de não ter sido constatado pela perícia médica quadro mórbido incapacitante que justificasse o benefício, estando o segurado recuperado e apto a exercer a sua profissão. Finalizou com considerações em torno do pagamento de juros e correção monetária, honorários advocatícios e isenção no pagamento das custas processuais.

O Ministério Público manifestou-se pelo restabelecimento do auxílio-doença.

Ao relatório da r. sentença, que acolho, acrescento que o MM. Juiz de Direito julgou procedente o pedido exordial para condenar o INSS ao pagamento do benefício do auxílio-doença desde o seu cancelamento administrativo em 15/10/97; ao pagamento das parcelas vencidas que deverão ser corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais de mora contados a partir da citação; custas processuais, honorários periciais em meio salário mínimo e honorários advocatícios em 10% sobre o total das parcelas vencidas.

Irresignada, a autarquia apelou, pugnando pela reforma do decisor, argumentando, preliminarmente, o cerceamento de defesa e, no mérito, que a situação fática não enseja a concessão de benefício acidentário, e ausente redução da capacidade de trabalho derivada das lesões verificadas no segurado, além da condenação sucumbencial.

Houve contra-razões.

O representante do Parquet a quo e da douta Procuradoria-Geral de Justiça opinaram pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre-me analisar o agravo retido de fls. 91/93, em que o apelante pugnou pela produção de prova documental, por meio de ofício a ser encaminhado ao empregador do apelado, objetivando confirmar a atividade laborativa desempenhada por este, o que foi indeferido pelo MM. Juiz a quo.

Acertadamente decidiu o MM. Juiz de Direito.

Tem-se consagrado a atualização das ações acidentárias pelos segurados para a concessão de benefícios em face de situação provocada ou agravada pelas condições laborais, como acidente de trabalho, exposição a ruídos, labor desenvolvido em meio a posturas deficitárias etc.

Portanto, compete aos autores dessas ações provar a redução em sua capacidade laborativa, situação esta que é viabilizada pela realização de perícia médico-judicial.

Então, tendo-se em vista o princípio da celeridade judicial e da economia processual, desnecessária a obtenção de informação acerca da atividade laboral desempenhada pelo apelado, uma vez que a prova pericial faz prova suficiente da existência, ou não, de redução da capacidade funcional, razão pela qual desprovejo o agravo.

Afastada a preliminar, passo à análise do mérito.

É indubitosa a prova nos autos do acidente sofrido pelo ora apelado, pois os laudos periciais, consistentes em perícia médica que estabelece onexo etiológico, não apresentam dúvi-

das quanto ao estabelecimento deste nexos.

Ademais, se dúvidas houvessem, estas favoreceriam o obreiro, em atendimento ao princípio do in dubio pro operario.

É o entendimento:

"Havendo dúvida, é de ser aplicado o princípio do in dubio pro misero, 'ante a desigualdade evidente das forças dos litigantes, por entender-se que constituiria sanção por demais cruel a injustiça de negar-se ao segurado o direito por mostrar-se impotente na produção de prova mais firme e segura' (Gonçalves Villamarin, Ação de Acidentes de Trabalho, Coleção AJURIS n. 12, pág. 93).

"Não pode ser considerado óbice para que seja proporcionada ao obreiro a proteção da legislação infortunística o fato de o louvado judicial ter afirmado a existência de mera suspeita do acometimento da moléstia alegada, se ambos os assistentes técnicos das partes afirmaram seu acontecimento, já que prevalecem as conclusões do perito judicial, quando favorecem o acidentado. Em matéria de acidente do trabalho, as dúvidas são sempre decididas in dubio pro misero" (Apelação Cível n. 98.004950-4, de Urussanga, rel. Des. Orli Rodrigues).

Portanto, não assiste razão ao apelante no seu inconformismo em relação à argumentação de que não restou comprovada a incapacidade ou o nexos etiológico, pois os peritos afirmaram que o obreiro está parcialmente incapacitado para atividades laborais, dependente de tratamento fisioterápico, e com 70% de redução da capacidade de trabalho (fl. 68).

As seqüelas apresentadas pelo apelado têm importância no limite de sua funcionalidade e ganham relevância em função da atividade laborativa e manifesta necessidade de maior esforço para as tarefas habituais, pois deve ser ratificado que “o corpo humano é um todo disciplinado e, sendo assim, a ausência de um órgão ou a perda de uma função acarreta um plus que se define, na palavra da lei, como demanda de maior esforço” (RT 89/413).

A perda de qualquer segmento do corpo humano, via de regra, reduz-lhe a funcionalidade. Entendimento contrário resultaria na assertiva de que inútil a parte fragmentada, debilitada ou deficiente.

Nesse sentido é a jurisprudência:

“O auxílio-acidente será concedido após a consolidação das lesões decorrentes do acidente do trabalho, ou da doença (por extensão), e a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado (§ 20, art. 86).

“Isto significa que o auxílio-doença é devido nos casos de incapacidade parcial e permanente após a alta médica do auxílio-doença. Se este era previdenciário e, na perícia, ficou reconhecido o nexos causal, será convertido em acidentário; e só após a alta médica deste é que se concede o auxílio-acidente. Se esteve em tratamento conveniado, ser-lhe-á deferido o auxílio-doença, e após a alta médica é que ser-lhe-á deferido o benefício em continuação. Assim se procede nos casos de acidente.

“(…)

“O auxílio-acidente será concedido ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente do trabalho, resultar seqüela, nos termos do art. 86, I, II, III, da Lei n. 8.213/91. Reclama, porém, prévia reabilitação profissional, salvo quando a seqüela implicar redução da capacidade laborativa que exija maior esforço ou necessidade de adaptação para exercer a mesma atividade” (REsp n. 61.578-0, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU n. 174, 11/9/95, pág. 28.865) (in Ementário da Jurisprudência — STJ, Associação Catarinense do Ministério Público, ano 1, n. 1, julho/setembro/95).

“(…)

“Benefício acidentário — Redução mínima da capacidade de trabalho — Benefício devido.

“REsp — Acidente do trabalho — Hipoacusia — Redução da capacidade laborativa — A redução da capacidade laborativa do acidentado, exigindo-lhe maior esforço no desempenho do trabalho, é relevante. Ainda que afetada em grau mínimo, não exclui, por si só, concessão do benefício previdenciário” (REsp n. 57.598-2, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU n. 64, 3/4/95; pág. 8.159) (in Ementário da Jurisprudência — STJ, Associação Catarinense do Ministério Público, ano 1, n. 1, pág. 2, janeiro/abril/95).

“(…)

“Comprovando-se que, após a consolidação das lesões de acidente-tipo do trabalho, resultou seqüela que reduziu a capacidade laborativa e exige maior esforço do obreiro ou necessidade de adaptação para exercer

a mesma atividade, independentemente de reabilitação profissional, devido é o auxílio-acidente previsto no art. 86 da Lei n. 8.213/91" (Ap. Cív. n. 46.282, DJ n. 9.153, 12/1/95, pág. 10) (in Ementário da Jurisprudência — STJ, Associação Catarinense do Ministério Público, ano 1, n. 1, pág. 2, janeiro/março/95).

Quanto ao marco inicial do benefício, este é devido a partir da cessação do auxílio-doença, em 18/10/95, termo em que o auxílio-acidente não lhe foi concedido, razão pela qual o benefício é devido daquela data, conforme já restou consignado no decisor apelado.

Da jurisprudência deste egrégio Sodalício:

"Quanto ao dies a quo para pagamento do auxílio-acidente, determina o § 2º do art. 86 da Lei n. 8.213/91, com a redação dada pela Lei n. 9.528/97: 'O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria'.

"Ainda: 'Se no dia da alta médica e conseqüente cessação do pagamento do benefício o INSS não ignorava as reais condições de saúde do trabalhador, resultantes de seqüelas havidas, incorrendo a total recuperação deste, deve o benefício retroagir à data do seu indevido cancelamento' (Apelação Cível n. 49.543, Des. Eder Graf)" (Apelação Cível n. 99.019455-8, de Criciúma, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Ainda:

"Acidente do trabalho. Auxílio-acidente. Marco inicial do pagamento. Custas processuais. Isenção inexistente. Sentença integralmente confirmada. Apelo e remessa desatendidos.

"— Revelado, na prova técnica, portar o obreiro, em decorrência de doença profissional, seqüelas que o inabilitam para o desempenho de sua atividade profissional habitual, com aptidão, entretanto, para atividade diversa, o benefício identificável é o do auxílio-acidente.

"— Tratando-se de benefício antecedido da concessão de auxílio-doença acidentário, existente já à data da alta médica dadas as seqüelas justificatórias da outorga do auxílio-acidente, este, por expressa disposição legal (art. 86, § 2º, da Lei n. 8.213/91), retroage ao dia imediatamente seguinte ao do cancelamento daquele outro benefício" (Apelação Cível n. 99.005066-1, de Criciúma, rel. Des. Trindade dos Santos).

Deve ser registrada a incidência da prescrição quinquenal das prestações vencidas.

As parcelas vencidas devem ser corrigidas nos termos do art. 20, §§ 5º e 6º, da Lei n. 8.880/94, acrescidas de juros moratórios de 6% a.a. contados da citação.

"Auxílio-acidente. Correção das parcelas pretéritas. Critério aplicável.

"A correção das parcelas vencidas, devidas a título de auxílio-acidente, é implementada na conformidade do art. 41 da Lei n. 8.213/91 e art. 20 da Lei n. 8.880/94, por ser critério mais justo, equânime e consentâneo com a realidade econômica reinante no País"

(Apelação Cível n. 96.001509-4, de Lages, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

Em face do exposto, decidi esta Segunda Câmara Civil manter a condenação do INSS que concedeu ao autor o auxílio-acidente, na conformidade com o disposto no art. 86 da Lei n. 8.213/91, com a nova redação dada pela Lei n. 9.032/95, na proporção de 50% a partir da alteração, devendo as prestações abranger o período a principiar da cassação do anterior benefício, acrescidas ainda dos juros legais e honorários de 10% (dez por cento) sobre as prestações vencidas, a teor da Súmula 111 do STJ.

Por fim, com relação ao ônus sucumbencial, tendo em vista tratar-se de sucumbência mínima, não há motivo para o provimento do recurso, bastando restar salientado no de-

cisum que o INSS não está isento do pagamento de custas quando demandado na Justiça Estadual, a teor do art. 33, parágrafo único, do Regimento de Custas do Estado, que lhe concede isenção parcial no pagamento das despesas processuais, razão pela qual deve constar da r. sentença tal disposição.

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. Aor Steffens Miranda.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.012054-5, DE ORLEANS

Relator: Des. Anselmo Cerello

Acidente do trabalho — Restabelecimento de benefício — Nexo etiológico evidenciado por meio de perícia médico-judicial — Concessão de auxílio — Dies a quo do benefício — Isenção parcial de custas, a teor do art. 33, parágrafo único, do Regimento de Custas do Estado — Recurso e remessa parcialmente providos.

As seqüelas apresentadas pelo apelado têm importância no limite de sua funcionalidade, e ganha relevância em função da atividade laborativa e manifesta necessidade de maior esforço para as tarefas habituais, mesmo que mínimo, pois deve ser ratificado que “o corpo humano é um todo disciplinado e, sendo assim, a ausência de um órgão ou a perda de uma função acarreta um plus que se define, na palavra da lei, como demanda de maior esforço” (RT 89/413).

A perda de qualquer segmento do corpo humano, via de regra, reduz-lhe a funcionalidade. Entendimento contrário resultaria

na assertiva de que inútil a parte fragmentada, debilitada ou deficiente.

Quanto ao dies a quo para pagamento do auxílio-acidente, determina o § 2º do art. 86 da Lei n. 8.213/91, com a redação dada pela Lei n. 9.528/97: “O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria”.

É preciso ressaltar que, apesar de o INSS não estar isento do pagamento de custas quando demandado na Justiça Estadual, o Regimento de Custas do Estado, no seu art. 33, parágrafo único, concede-lhe isenção parcial no pagamento das despesas processuais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.012054-5, da comarca de Orleans, em que é apelante o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, sendo apelado Israel Schömoller Seifer:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, prover parcialmente o recurso e a remessa.

Custas legais.

Israel Schömoller Seifer ajuizou ação de indenização contra o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, objetivando a condenação da ré ao pagamento do benefício do auxílio-acidente no percentual de 50% do salário-de-benefício a partir de 10/5/95, data em que foi cancelada a concessão do auxílio-doença acidentário.

Alegou que, em 23/3/95, sofreu acidente de trabalho que importou na redução de sua capacidade laboral devido às seqüelas deixadas.

A autarquia contestou, aduzindo que o autor recebeu o auxílio-doença entre 8/4/95 e 10/5/95, quando recebeu

alta por estar curado e reabilitado para o exercício profissional, o que foi impugnado pelo autor (fl. 27).

Produzida prova pericial, foram apresentados os laudos pelo perito judicial e pelos assistentes técnicos das partes que apresentaram suas alegações finais por memoriais.

O representante do Ministério Público de primeiro grau opinou pela procedência do pedido do autor.

O MM. Juiz a quo julgou procedente o pedido exordial para conceder ao autor o benefício do auxílio-acidente a partir de 10/5/95, no percentual de 50%, condenando a autarquia a pagar as prestações a partir daquela data de uma só vez, devidamente corrigidas e acrescidas de juros legais a partir da citação, custas processuais e honorários advocatícios de 10% pela ré.

Irresignada com a prestação jurisdicional que lhe foi entregue, a ré apelou, sustentando que o autor não teve reduzida sua capacidade funcional, o percentual que foi deferido ao apelado encontra-se além do devido, bem como deve ser reformada a data inicial do benefício.

Ressaltou que faz jus à isenção de custas processuais.

O apelado ofertou contra-razões.

O representante do Parquet a quo e o da douta Procuradoria-Geral de Justiça opinaram pelo improvidamento e provimento parcial do recurso, respectivamente.

É o relatório.

Ao contrário do argüido no recurso, é indubitosa a prova nos autos do acidente sofrido pelo ora apelado, pois os laudos periciais, consistentes em perícia médica que estabelece onexo etiológico, não apresentam dúvidas a respeito quanto ao seu estabelecimento.

Ademais, se dúvidas houvessem, estas favoreceriam ao obreiro, em atendimento ao princípio do in dubio pro operario.

É o entendimento:

"Havendo dúvida, é de ser aplicado o princípio do in dubio pro misero, 'ante a desigualdade evidente das forças dos litigantes, por entender-se que constituiria sanção por demais cruel a injustiça de negar-se ao segurado o direito por mostrar-se impotente na produção de prova mais firme e segura' (Gonçalves Villamarin. Ação de Acidentes de Trabalho. Coleção AJURIS n. 12, pág. 93).

"Não pode ser considerado óbice, para que seja proporcionada ao obreiro a proteção da legislação infelizmente, o fato do louvado judicial ter afirmado a existência de mera suspeita do acometimento da moléstia alegada, se ambos os assistentes técnicos das partes afirmaram seu acontecimento, já que prevalecem as

conclusões do perito judicial, quando favorecem ao acidentado. Em matéria de acidente do trabalho, as dúvidas são sempre decididas in dubio pro misero" (Apelação Cível n. 98.004950-4, de Urussanga, rel. Des. Orli Rodrigues).

Portanto, não assiste razão ao apelante em seu inconformismo em relação à argumentação de que não restou comprovada a incapacidade ou o nexo etiológico, pois os peritos afirmaram que o obreiro está parcialmente incapacitado para as atividades laborais.

As seqüelas apresentadas pelo apelado têm importância no limite de sua funcionalidade, e ganham relevância em função da atividade laborativa e manifesta necessidade de maior esforço para as tarefas habituais, mesmo que mínimo, pois deve ser ratificado que "o corpo humano é um todo disciplinado e, sendo assim, a ausência de um órgão ou a perda de uma função acarreta um plus que se define, na palavra da lei, como demanda de maior esforço" (RT 89/413).

A perda de qualquer segmento do corpo humano, via de regra, reduz-lhe a funcionalidade. Entendimento contrário resultaria na assertiva de que inútil a parte fragmentada, debilitada ou deficiente.

Nesse sentido é a jurisprudência:

"O auxílio-acidente será concedido após a consolidação das lesões decorrentes do acidente do trabalho, ou da doença (por extensão), e a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento

auferido pelo acidentado (§ 20, art. 86).

"Isto significa que o auxílio-doença é devido nos casos de incapacidade parcial e permanente após a alta médica do auxílio-doença. Se este era previdenciário e, na perícia, ficou reconhecido onexo causal, será convertido em acidentário; e só após a alta médica deste é que se concede o auxílio-acidente. Se esteve em tratamento conveniado, ser-lhe-á deferido o auxílio-doença, e após a alta médica é que ser-lhe-á deferido o benefício em continuação. Assim se procede nos casos de acidente.

"(...)

'O auxílio-acidente será concedido ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente do trabalho, resultar seqüela, nos termos do art. 86, I, II, III, da Lei n. 8.213/91. Reclama, porém, prévia reabilitação profissional, salvo quando a seqüela implicar redução da capacidade laborativa que exija maior esforço ou necessidade de adaptação para exercer a mesma atividade' (REsp n. 61.578-0, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU n. 174, de 11/9/95, pág. 28.865) (in Ementário da Jurisprudência — STJ, Associação Catarinense do Ministério Público, ano 1, n. 1, julho/setembro/95).

"(...)

"Benefício acidentário — Redução mínima da capacidade de trabalho — Benefício devido.

"REsp — Acidente do trabalho — Hipoacusia — Redução da capacidade laborativa — A redução da capacidade laborativa do acidentado, exigindo-lhe maior esforço no desempenho do trabalho, é relevante.

Ainda que afetada em grau mínimo não exclui, por si só, concessão do benefício previdenciário" (REsp n. 57.598-2, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU, I, n. 64, de 3/4/95, pág. 8.159) (in Ementário da Jurisprudência — STJ, Associação Catarinense do Ministério Público, ano 1, n. 1, pág. 2, janeiro/ abril/95).

"(...)

"Comprovando-se que, após a consolidação das lesões de acidente-tipo do trabalho, resultou seqüela que reduziu a capacidade laborativa e exige maior esforço do obreiro ou necessidade de adaptação para exercer a mesma atividade, independentemente de reabilitação profissional, devido é o auxílio-acidente previsto no art. 86 da Lei n. 8.213/91" (Ap. Cív. n. 46.282, DJ n. 9.153, de 12/1/95, pág. 10) (in Ementário da Jurisprudência — STJ, Associação Catarinense do Ministério Público, ano 1, n. 1, pág. 2, janeiro/março/95).

Quanto ao marco inicial do benefício, este é devido a partir da cessação do auxílio-doença, em 10/5/95, termo em que o auxílio-acidente não lhe foi concedido, razão pela qual o benefício é devido daquela data, conforme já restou consignado no decum apelado.

Da jurisprudência deste egrégio Sodalício:

"Quanto ao dies a quo para pagamento do auxílio-acidente, determina o § 2º do art. 86 da Lei n. 8.213/91, com a redação dada pela Lei n. 9.528/97: 'O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado,

vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria'.

"Ainda: 'Se no dia da alta médica e conseqüente cessação do pagamento do benefício o INSS não ignorava as reais condições de saúde do trabalhador, resultante de seqüelas havidas, incorrendo a total recuperação deste, deve o benefício retroagir à data do seu indevido cancelamento' (Apelação Cível n. 49.543, Des. Eder Graf)" (Apelação Cível n. 99.019455-8, de Criciúma, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Ainda:

"Acidente do trabalho. Auxílio-acidente. Marco inicial do pagamento. Custas processuais. Isenção inexistente. Sentença integralmente confirmada. Apelo e remessa desatendidos.

"— Revelado, na prova técnica, portar o obreiro, em decorrência de doença profissional, seqüelas que o inabilitam para o desempenho de sua atividade profissional habitual, com aptidão, entretanto, para atividade diversa, o benefício identificável é o do auxílio-acidente.

"— Tratando-se de benefício antecedido da concessão de auxílio-doença acidentário, existente já à data da alta médica dadas as seqüelas justificatórias da outorga do auxílio-acidente, este, por expressa disposição legal (art. 86, § 2º, da Lei n. 8.213/91), retroage ao dia imediatamente seguinte ao do cancelamento daquele outro benefício" (Apelação Cível n. 99.005066-1, de Criciúma, rel. Des. Trindade dos Santos).

Deve ser registrada a incidência da prescrição quinquenal das prestações vencidas.

As parcelas vencidas devem ser corrigidas nos termos do art. 20, §§ 5º e 6º, da Lei n. 8.880/94, acrescidas de juros moratórios de 6% a.a., contados da citação.

"Auxílio-acidente. Correção das parcelas pretéritas. Critério aplicável.

"A correção das parcelas vencidas, devidas a título de auxílio-acidente, é implementada na conformidade do art. 41 da Lei n. 8.213/91 e art. 20 da Lei n. 8.880/94, por ser critério mais justo, equânime e consentâneo com a realidade econômica reinante no País" (Apelação Cível n. 96.001509-4, de Lages, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

Em face do exposto, decidiu esta Segunda Câmara Civil manter a condenação do INSS que concedeu ao autor o auxílio-acidente, na conformidade com o disposto no art. 86 da Lei n. 8.213/91, com a nova redação dada pela Lei n. 9.032/95, na proporção de 50% a partir da alteração, devendo as prestações abranger o período a principiar da cassação do anterior benefício, acrescidos ainda dos juros legais e honorários de 10% (dez por cento) sobre as prestações vencidas, a teor da Súmula 111 do STJ.

Prover parcialmente a remessa e o recurso para reformar o ônus sucumbencial, pois é preciso ressaltar que, apesar de o INSS não estar isento do pagamento de custas quando demandado na Justiça Estadual, o Regimento de Custas do Estado, no seu art. 33, parágrafo único, concede-lhe isenção parcial no pagamento das despesas processuais.

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, 22 de fevereiro de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.017966-3, DE URUSSANGA

Relator: Des. Anselmo Cerello

Acidente do trabalho — Ausência de nexó etiológico entre a moléstia do segurado com o labor desenvolvido — Benefício acidentário indevido — Sentença confirmada — Apelo desprovido.

Segundo inteligência do diploma infortunistico, o que se faz digno de reparação neste âmbito é o falecimento ou a redução da capacidade do obreiro vitimado e por construção jurisprudencial repara-se também a perda anatômica. Assim, apurando a perícia médica judicial a ausência de qualquer déficit incapacitante, incogitável se torna a pretensão de outorga de benefício acidentário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.017966-3, da comarca de Urussanga, em que é apelante Angelo Braz Maurício da Silva, sendo apelado o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS:

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

Custas legais.

Angelo Braz Maurício da Silva ajuizou ação de acidente do trabalho contra o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, objetivando a concessão do benefício do auxílio-acidente.

Citada, a autarquia ré contestou a ação, aduzindo que não existe

nexo entre a lesão e a doença, nem apresenta seqüelas de acidente que lhe garantam algum benefício, pugnando pela improcedência do pedido.

Formulados os quesitos pelas partes e pelo Ministério Público, foram realizadas as perícias médico-judiciais.

O representante do Ministério Público opinou pela improcedência do pedido.

A MMA. Juíza a quo julgou improcedente o pedido exordial.

Irresignado, o autor apelou, asseverando que a sentença apresenta-se em dissonância do conjunto probatório dos autos, uma vez que os laudos lhe são favoráveis, pois possui problemas auditivos advindos da exposição aos ruídos nas frentes de tra-

balho em minas de extração de carvão.

O apelado apresentou contra-razões.

Os representantes do Parquet a quo e da d. Procuradoria-Geral de Justiça opinaram pelo desprovisionamento do recurso.

É o relatório.

Reside a pretensão do apelante em que seja reformada in totum a r. sentença a quo para julgar procedente o pedido de concessão de benefício acidentário.

Os experts não reconheceram a redução na capacidade laborativa, situação esta que levou a MMA. Juíza de Direito a julgar improcedente o pedido exordial.

Conforme já consignei no v. acórdão da Apelação Cível n. 39.606, da comarca de Orleans:

“Acidente do trabalho. Doença degenerativa sem relação de causa e efeito com o labor desenvolvido e nem é causa de agravamento pelas condições do trabalho. Benefício acidentário indevido. Sentença confirmada”.

Do corpo do v. aresto:

“Na verdade, não há como acolher o recurso. A sentença expôs de maneira segura a real situação dos autos. O segurado exerce as funções de cobrador, que não demanda maior esforço e não tem postura especial, ao contrário da de motorista como havia declarado, mas retratado no seu depoimento pessoal.

“A doença de que padece o obreiro é degenerativa, não tendo qualquer relação de causa e efeito com a atividade desenvolvida.

‘Nexo causal. Descaracterização. Obreiro portador de espondiloartrite. Lesão degenerativa da coluna com caráter eminentemente constitucional e correlacionada com fenômenos metabólicos, sem relação com o trabalho. Benefícios acidentários não devidos’ (RT 624/139).

“Há que se considerar, ainda, que, mesmo degenerativas, faz jus ao benefício, quando as condições agressivas do trabalho imponham agravamento do mal, o que não é o caso dos autos. ‘Nexo causal. Inexistência. Moléstias que não se agravaram em razão da agressividade das atividades exercidas pelo obreiro. Benefício acidentário indevido’ (RT 661/123)”.

Portanto, não tendo a perícia médico-judicial constatado que o apelante encontra-se acometido de qualquer doença vinculada a sua atividade profissional, acertadamente decidiu a d. Togada ao julgar improcedente o pedido inicial.

Da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

“Acidente do trabalho. Prova pericial contrária à pretensão do segurado. Sentença de improcedência confirmada. Recurso improvido” (Apelação Cível n. 48.024, de Chapecó, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, DJ n. 9.559, de 6/9/96, pág. 8).

Ainda:

“Acidente do trabalho — Perda de substância distal do polegar direito — Inexistência de redução laborativa constatada por laudo pericial — Benefício infortunistico indevido — Sentença mantida — Apelo conhecido e desprovido.

'Acidentária — Sinistro que não impede o autor de exercer sua profissão — Inocorrência de redução da capacidade laboral — Improcedência da ação — Improvimento do recurso: Confirma-se decisão monocrática que julga improcedente ação acidentária proposta por vítima que, embora tenha sofrido acidente de trabalho, não teve reduzida sua capacidade laboral e tampouco o impediu de exercer sua profissão' (Des. Deocleciano Queiroga)" (Apelação Cível n. 96.003762-4, de Tubarão, rel. Des. Orli Rodrigues).

Em face do exposto, nego provimento ao recurso, mantidas as cominações da r. sentença apelada.

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. 00.009026-3, DE LAURO MÜLLER

Relator: Des. Gaspar Rubik

Acidente do trabalho. Amputação da falange distal do terceiro e quarto quirodáctilos da mão esquerda. Operador de prensa. Nexo etiológico reconhecido. Lesões redutoras da capacidade laborativa. Anotações timbradas do órgão previdenciário na CTPS do obreiro, comprobatórias da concessão de auxílio-doença acidentário. Auxílio-acidente fixado em 50% do salário-de-benefício. Exe-gese da Lei n. 9.032/95, que alterou o art. 86 da Lei n. 8.213/91, estabelecendo percentual unificado. Marco inicial do pagamento do novo benefício. Data de cessação do auxílio-doença acidentário. Honorários advocatícios exacerbadamente fixados em 15% sobre o valor da condenação. Redução ao patamar de 10%, com incidência apenas sobre as parcelas vencidas. Súmula 111 do STJ. Condenação da autarquia previdenciária em custas processuais. Inadmissibilidade. Isenção parcial. Inteligência do parágrafo único do art. 33 do Regimento de Custas do Estado. Sentença em parte reformada. Remessa e recurso voluntário parcialmente providos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.

00.009026-3, da comarca de Lauro Müller, em que é apelante o INSS —

Instituto Nacional do Seguro Social, sendo apelado Lenoir Vieira:

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

Custas legais.

Cuida-se de remessa e de recurso de apelação interposto pelo INSS — Instituto Nacional do Seguro Social, porque inconformado com a sentença de procedência do pedido formulado na ação acidentária que lhe propôs Lenoir Vieira.

Na pugna pela reforma da decisão recorrida argumentou, em síntese, que o apelado não preenche as condições legais exigidas para a concessão do benefício acidentário, porquanto tanto o experto judicial quanto o assistente técnico afirmaram que pode ele exercer a profissão habitual com grau mínimo de dificuldade. Saliou, ainda, que a determinação de pagamento do benefício a partir de 10/10/95 é indevida, haja vista que a perícia só foi realizada em 6/5/97 e 19/5/97. Enfatizou que indevidos são a fixação do percentual em 50%, o arbitramento de honorários advocatícios em 15% e a condenação em custas.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a este grau de jurisdição, tendo, aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, pelo Dr. Dácio Moser, contrariamente a sua representante de primeiro grau, se manifestado pelo provimento parcial do recurso, tão-somente para reduzir as custas de metade e fixar a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação.

É o breve relatório.

A aspiração recursal está a merecer parcial abrigo, porquanto a sentença recorrida, apesar de ter examinado com acerto a espécie noticiada, acabou, ainda assim, por cometer dois pequenos senões em suas conclusões.

Dúvidas inexistem do nexo causal entre o acidente de que foi vítima o apelado e as seqüelas que lhe advieram, pois, como observou com muita percuciência o douto Procurador parecerista, o Instituto réu já lhe havia concedido administrativamente, no período de 7/12/94 a 10/10/95, o benefício do auxílio-doença.

Centra-se, assim, toda a controvérsia, segundo se observa, em definir se a lesão sofrida — amputação da falange distal do terceiro e quarto quirodáctilos da mão esquerda — acarreta ou não redução da capacidade laborativa, pois, de acordo com as alegações do órgão ancilar, pode o apelado exercer a profissão habitual com grau mínimo de dificuldade, sendo-lhe indevido, por tal motivo, o benefício acidentário.

É certo que não só o expert judicial, mas também o assistente técnico concluíram que o recorrido, porque limitado na flexão daqueles dedos, teve reduzida sua capacidade para o desenvolvimento de seu labor habitual, o que lhe exige maior esforço para desempenhá-lo.

Entretanto, casmurra é a insistência da autarquia apelante em sustentar ser indevido, em tal hipótese, o benefício acidentário, porquanto, uma vez “comprovada a redução da capacidade e o nexo de causalidade entre a doença e as condições de trabalho, não há negar-se o benefício de ordem

acidentária” (STJ-REsp n. 26.590-7/RJ, rel. Min. Hélio Mosimann).

A propósito, sobre a redução de capacidade pela perda parcial de falange, oportuno o seguinte julgado:

“A mão funciona como um conjunto harmônico, em que cada um dos dedos tem função própria e ajuda aos outros na tarefa de apreensão dos objetos, movimentação e posicionamento de estruturas a serem talhadas e manuseadas. A alteração funcional de um deles acarreta maior dispêndio de energia” (RT 700/117).

Deflui, portanto, de forma cristalina, que presentemente o apelado acidentado, não obstante apto para o trabalho, necessita de maiores esforços para a sua consecução.

Neste passo, e diante de tal quadro, bem andou o digno Sentenciante ao conceder o auxílio-acidente ao obreiro recorrido no percentual de 50% do valor do salário-de-benefício deste, porquanto em 28/4/95 entrou em vigor a Lei n. 9.032/95, que, independentemente da maior ou menor gravidade das seqüelas advindas do infortúnio laboral, unificou o percentual e a base de cálculo do auxílio-acidente, revogando assim as disposições dos incisos I a III do art. 86 da Lei n. 8.213/91.

É da jurisprudência:

“Acidentária. Auxílio-acidente. Redução da capacidade laborativa do obreiro para o exercício de sua função habitual. Concessão.

“Lei n. 9.032/95. Aplicação aos feitos pendentes.

“Ainda que o acidente tenha ocorrido sob a égide da Lei n. 8.213/91, aplicáveis, para a fixação do

percentual devido a título de auxílio-acidente, as disposições da Lei n. 9.032/95, porque mais benéfica ao trabalhador, dado o conteúdo protetivo da legislação infortunistica” (Apelação Cível n. 98.016893-7, de Ibirama, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 26/4/99).

“Auxílio-acidente. Percentual. Lei n. 9.032/95. Aplicabilidade inclusive aos acidentes ocorridos anteriormente à sua vigência.

‘I. O juiz, na aplicação da lei, deve atender aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum.

‘II. A lei de acidentes de trabalho tem essas características. Daí que, se o auxílio passa a ser pago em percentagem mais elevada, por força da lei nova, que sendo de ordem pública, com aplicação imediata, alcança os casos pendentes de julgamento, é ela que deve ser aplicada’ (STJ).

“O percentual de 50%, fixado pela Lei n. 9.032/95 para o auxílio-acidente, somente se aplica às parcelas posteriores à sua vigência, não alcançando aquelas vencidas sob a égide da Lei n. 8.213/91” (Apelação Cível n. 99.012990-0, de Criciúma, rel. Des. Eder Graf, j. em 21/12/99).

“Acidente do trabalho. Auxílio-acidente. Reajuste de benefício. Retroatividade da Lei n. 9.032/95. Matéria de ordem pública. Lei infortunistica mais benéfica. Verbas sucumbenciais. Súmulas 178 do STJ e 20 do TRF—4ª Região. Custas pela metade. Lei Complementar n. 161/97 (Regimento de Custas do Estado), art. 33, parágrafo único. Recurso e remessa parcialmente providos.

“Desde a entrada em vigor da Lei n. 9.032, de 28/4/95, que alterou o disposto no art. 86, § 1º, da LBPS, o percentual do benefício do auxílio-acidente passa para 50% (cinquenta por cento)” (Apelação Cível n. 99.013082-7, de Criciúma, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 25/11/99).

No tocante ao marco inicial do novo benefício acidentário, correta a decisão objurgada ao estabelecê-lo desde a cessação do benefício do auxílio-doença, ou seja, em 10/10/95, porquanto naquela ocasião já deveria o ente previdenciário tê-lo concedido ao recorrido.

Já se decidiu:

“Em se tratando de segurado que tenha sofrido a amputação da falange distal do 3º, 4º e 5º quirodáctilos da mão esquerda, necessitando desempenhar maior esforço para suas atividades laborativas, inquestionável é o direito à concessão do auxílio-acidente, porém a partir da cessação indevida do auxílio-doença” (Apelação Cível n. 97.005985-0, de Orleans, rel. Des. Xavier Vieira, j. em 21/10/99).

No que pertine à verba honorária arbitrada, razão assiste ao recorrente, devendo ela ser reduzida ao patamar de 10% e aplicada em conformidade com a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça:

“Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vencidas”.

Vem fixando este Pretório o seguinte entendimento:

“Nas ações acidentárias tramitantes sob o pálio da assistência judi-

ciária, os honorários advocatícios impõem-se fixados no percentual mínimo de 10%, incidindo sobre o somatório das prestações vencidas e acessórias à época da liquidação da sentença” (Apelação Cível n. 99.018052-8, de Blumenau, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 2/12/99).

“Acidente do trabalho.

“Amputação da falange distal do 3º, 4º e 5º quirodáctilos da mão esquerda. Redução da capacidade laborativa. Auxílio-acidentário devido. Marco inicial. Custas processuais. Honorários advocatícios. Reajustamento das parcelas pretéritas(...).

“O INSS quando demandado na Justiça Estadual não está isento das custas judiciais (art. 8º, §1º, da Lei n. 8.620/93). Porém, na forma do disposto no artigo 6º e seu parágrafo único da Lei Complementar Estadual n. 161/97, as autarquias pagam as custas pela metade.

“Os honorários advocatícios devem ser fixados em patamar mínimo, observando-se o que dispõe o artigo 20, § 4º, do CPC.

“A atualização do benefício há de ser adequada às novas regras pela Lei n. 8.213/91 e suas alterações” (Apelação Cível n. 97.005985-0, de Orleans, rel. Des. Xavier Vieira, j. em 21/10/99).

Pequena correção no decisum sob reexame faz-se necessária, igualmente, na parte que condenou a apelante nas custas processuais, porquanto segundo o parágrafo único do art. 33 da Lei Complementar n. 156/97, com a redação que lhe deu a Lei Complementar n. 161/97, “são devidos pela metade, as custas e emolumentos previstos neste artigo, quando

devidos pelas autarquias federais, estaduais e municipais”.

A respeito já decidiu este Sodalício:

“Custas processuais. Isenção. Súmula 178 do STJ.

“É entendimento já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça que ‘o INSS não goza de isenção do pagamento de custas e emolumentos, nas ações acidentárias e de benefícios propostos na Justiça Estadual’.

“Todavia, pela dicção do parágrafo único do art. 33 da Lei Complementar n. 156/97, alterada pela Lei Complementar n. 161/97, as custas judiciais devidas pelas autarquias federais, estaduais e municipais devem ser pagas pela metade” (Apelação Cível n. 99.019146-0, de Criciúma, rel. Des. Silveira Lenzi, j. em 21/12/99).

“Custas judiciais. Autarquia. Isenção parcial. Art. 33, parágrafo único, da LC n. 156/97, com a redação do art. 6º da LC n. 161/97.

‘Muito embora a jurisprudência tenha consolidado o entendimento de que o ente previdenciário não tem direito à isenção de custas, havendo sobre o assunto provimento sumular do STJ (Súmula 178), todavia, com a edição da Lei Complementar Estadual n. 156/97, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar n. 161/97, no seu art. 33, parágrafo único, tal exigência é devida somente pela metade’ (Des. Pedro Manoel Abreu)” (Apelação Cível n. 99.012990-0, de Criciúma, rel. Des. Eder Graf, j. em 21/12/99).

“Custas processuais. INSS. Pretendida isenção. Favor de que não goza nas ações acidentárias propostas na Justiça estadual. Súmulas 178 do STJ e 20 do TRF da 4ª Região. Despesa, entretanto, devida apenas pela metade por força do preceituado no parágrafo único do art. 33 da Lei Complementar n. 156/97, com a redação que lhe deu a Lei Complementar n. 161/97. Remessa parcialmente provida para reduzir as custas à metade.

“O INSS está sujeito ao pagamento das custas processuais pela metade nas ações acidentárias propostas no Estado de Santa Catarina, à luz do preceituado no parágrafo único do art. 33 da Lei Complementar n. 156/97, com a redação que lhe deu a Lei Complementar n. 161/97” (Apelação Cível n. 99.016828-7, de Criciúma, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 21/12/99).

Em face do exposto, provê-se em parte a remessa e o recurso voluntário.

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. Dalcio Moser.

Florianópolis, 29 de junho de 2000.

João Martins,
Presidente com voto;
Gaspar Rubik,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.007539-6, DA CAPITAL**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

Embargos à execução. Descumprimento do preceituado no art. 614, II, do Código de Processo Civil. Ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa. Nulidade decretada.

O demonstrativo do débito não se presta somente a indicar o valor líquido da dívida. É necessário, também, que proporcione ao executado o exercício da defesa, em decorrência dos princípios processuais vigentes. Assim sendo, se a memória atualizada do débito não lhe oferece quaisquer possibilidades de insurgência, pela ausência de dados, fere a garantia constitucional da ampla defesa, devendo ser decretada a nulidade da execução.

“A liquidez do crédito se contenta com a determinabilidade do quantum debeat, não sendo necessário que o título se refira, desde logo, a um montante determinado. O que importa é que o título forneça elementos imprescindíveis para que, mediante simples operação aritmética e aplicação da lei, possa ser encontrado o número de unidades (...) pelo qual a execução se fará: sendo necessário buscar elementos aliunde, faltarão o requisito da liquidez.” (Cândido Rangel Dinamarco).

Vistos, relatados e discutidos este autos de Apelação Cível n. 00.007539-6, da Capital, em que são apelantes e apelados Banco do Brasil S.A. e Construtora Ilha Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso adesivo, julgando prejudicado o recurso do exequente e invertidos os ônus sucumbenciais.

Custas de lei.

1. Banco do Brasil S.A. apelou de sentença que, em sede de execução de títulos extrajudiciais proposta em face de Construtora Ilha Ltda., extinguiu o processo quanto ao contrato de abertura de crédito em conta cor-

rente, determinando o prosseguimento do feito no tocante à nota de crédito industrial. A sentença também impediu a cumulação de correção monetária com comissão de permanência, limitando a multa ao patamar de 2% e os juros de mora a 12% ao ano.

Argumentou o apelante, em suma, que o contrato de abertura de crédito em conta corrente é hábil a embasar a execução, pois dotado de liquidez, certeza e exigibilidade.

Quanto à nota de crédito industrial, disse que o princípio da manutenção dos pactos deve ser observado, sob pena de afronta ao direito adquirido. Salientou não se aplicarem as disposições do Decreto n. 22.626/33 e do Código de Defesa do

Consumidor às instituições financeiras.

Em contra-razões, o apelado/executado discorreu acerca dos pressupostos para a execução, evidenciando a ausência de liquidez, certeza e exigibilidade do título.

Ressaltou o anatocismo e a cumulação de comissão de permanência com correção monetária, em seu entender existentes na execução.

Em recurso adesivo, o executado aduziu a nulidade do procedimento executivo, ante a ausência de documento apto a demonstrar a evolução do débito. Destacou que a nota de crédito industrial serviu de contrato de renegociação de dívida, estando eivada de nulidade.

Levantou a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, haja vista o julgamento antecipado.

Contra-arrazoando o recurso adesivo, a instituição financeira, rebatendo o argumento de ausência de demonstrativo de débito, afirmou que o executado teve oportunidade de conferir os valores pertinentes à operação.

Alegou que o julgamento antecipado não leva à nulidade da sentença por cerceamento de defesa, quando o magistrado já dispuser de elementos suficientes.

2. Dá-se provimento ao recurso adesivo; prejudicado o recurso do exequente.

Com efeito, analisando-se a documentação acostada à inicial da execução, não há como depreender qual a taxa de juros utilizada, se houve capitalização ou incidência de multa contratual ou se a comissão de per-

manência foi cobrada cumulativamente com correção monetária. Impossível ainda verificar quais as taxas utilizadas em cada caso.

Veja-se que a entidade financeira se restringiu a apresentar o valor do capital, sem ao menos indicar quais os encargos aplicados, como seria natural. Apenas trouxe documentos que não têm o condão de constituir demonstrativo atualizado da dívida: no de fl. 13 o valor inicial do débito sofreu adição de encargos, pois dos iniciais R\$ 99.000,00, principia com R\$ 119.448,49; nos de fls. 14 e 15, além das incompreensíveis siglas (Rec.Proc.Amp.; CAP-TR.Outra Var; JRS; ACE; ESCAI; SLIP; XER), não se pode depreender qual o índice de juros, de reajuste, bem como se há ou não capitalização e comissão de permanência.

Ora, o demonstrativo do débito não se presta somente a indicar o valor líquido da dívida. É necessário, também, que proporcione ao executado o exercício da defesa, em respeito aos princípios processuais vigentes. Se a memória atualizada do débito não oferece ao executado quaisquer possibilidades de insurgência, pela ausência de dados, fere a garantia constitucional da ampla defesa assentada no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Ademais, de acordo com a doutrina "está superada a noção de execução como processo sem contraditório, procedimento de que apenas o credor poderia participar ativamente"

(Flávio Renato Correia de Almeida, Curso Avançado de Processo Civil, 3ª ed., São Paulo, RT, 2000, vol. 2, pág. 131).

É óbvio que execução sem demonstrativo de débito completo, com todos os dados necessários à defesa do executado, é nula, quer por não consubstanciar dívida líquida, quer por violar as garantias constitucionais.

No caso sub examine, além de prejudicar o contraditório e a ampla defesa, o demonstrativo apresentado não permite analisar a exata evolução da dívida, porque ausente qualquer indicativo das taxas de juros, se houve ou não anatocismo, entre outras informações.

Sobre a liquidez, Flávio Correia de Almeida assevera com percuciência:

“Há liquidez, autorizadora da execução, quando o título permite, independentemente da prova de outros fatos, a exata definição da quantidade de bens devidos, quer porque a traga diretamente indicada, quer porque o número final possa ser aritmeticamente apurado mediante critérios constantes do próprio título ou de fontes oficiais, pública e objetivamente conhecidas” (op. cit., pág. 61).

Cândido Rangel Dinamarco, perfilhando o mesmo entendimento, não deixa dúvidas:

“A liquidez do crédito se conta com a determinabilidade do quantum debeat, não sendo necessário que o título se refira, desde logo, a um montante determinado. O que importa é que o título forneça elementos imprescindíveis para que, mediante simples operação aritmética e aplicação da lei, possa ser encontrado o

número de unidades (...) pelo qual a execução se fará: sendo necessário buscar elementos aliunde, faltará o requisito da liquidez” (grifei) (Execução Civil, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, págs. 491/492).

Citado por Reis Friede, Antônio Cláudio da Costa Machado observa:

“Dado o desaparecimento da liquidação por cálculo de contador, que tinha cabimento na execução de título judicial (arts. 603 a 605), surge a necessidade de o exequente apresentar com a petição inicial da execução por quantia um documento que consubstancie o demonstrativo do débito atualizado com todas as suas parcelas devidamente indicadas (principal, juros, correção monetária), com os respectivos índices estabelecidos na lei ou na sentença” (A Reforma do Processo Civil Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996).

Também, a propósito, averba Sérgio Bermudes:

“Não basta ao credor afirmar qual o crédito atualizado. Cumpre-lhe juntar à inicial uma memória de cálculo, explicitando a operação que o levou a alcançar o valor final, atualizado na forma da lei, da sentença, ou do negócio jurídico de que resulta”.

“A exigência de que se atualize o cálculo até a data da propositura da ação se haverá de ter por satisfeita, se a atualização se fizer até uns poucos dias antes, conforme o prudente critério do juiz, sabido que, pela complexidade de certos cálculos, nem sempre será possível refazê-los para que espelhem a situação do crédito na própria data da propositura da ação.

“Exige-se o demonstrativo de que trata o inciso II, não apenas na execução de título extrajudicial, como também na de título judicial. A lei não distinguiu entre aquela e esta. Assim, se a soma foi estipulada na sentença, ou em liquidação, deverá, também nesse caso, sofrer a atualização exigida, sempre com elementos para a compreensão do cálculo pelo juiz e pelo executado, para que se exerça o direito de ampla defesa, constitucionalmente garantido (CF, art. 5º, LV)” (A Reforma do Código de Processo Civil, págs. 133/134).

Araken de Assis não diverge desse posicionamento:

“Desaparecida a liquidação por cálculo do contador, substituída pelo cálculo do credor, as normas apresentam sentido unívoco, cabendo ao credor, doravante, instruir a inicial com memória de cálculo. Toda a controvérsia sobre o quantum debeat, portanto, fica reservada aos Embargos (Excesso de Execução: art. 741, I).

“Evidentemente, não bastará o demonstrativo sumário, consignando o valor principal e respectivos acessórios. É necessário que o credor explicita elementos e critérios empregados para atingir tal montante (por exemplo: a taxa de juros e a forma de capitalização; o índice de correção monetária aplicado e sua base de cálculo). Isto permitirá ao devedor controlar a exatidão da quantia executada e controvertê-la, se for o caso” (Manual do Processo de Execução, 2ª ed., São Paulo, RT, págs. 268 e 269).

A jurisprudência deste Sodalício não destoa:

“Para que o título de crédito tenha eficácia executiva e milite em seu

favor presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, é preciso que esteja revestido de todas as formalidades legais.

“É nula a execução se desacompanhada da ‘memória discriminada e atualizada do cálculo’ (CPC, arts. 604 e 614, II). Dela deve constar a sua evolução com todos os índices de juros e de correção monetária aplicados mês a mês.

“A nulidade pode e deve ser declarada de ofício, em qualquer grau de jurisdição (CPC, arts. 586, 618 e 267, § 3º)” (Ap. Cív. ns. 97.015766-5, de Brusque e 97.007290-2, de São José do Cedro, rel. Des. Newton Trisotto).

“A contar da entrada em vigor da Lei n. 8.953, de 13/12/94, que erradicou do nosso direito a liquidação por cálculo do contador, é imperativo que a parte exequente acoste à inicial, não só o título respaldador do seu crédito, como, também, o demonstrativo do débito atualizado, demonstrativo esse no qual impõem-se contidos todos os elementos que tornem possível ao devedor e ao próprio Judiciário saberem o método utilizado para o alcance do valor em execução, os índices atualizatórios utilizados e as capitalizações lançadas. Faltante demonstrativo nesses moldes, nula é a execução promovida” (Ap. Cív. n. 98.002754-3, rel. Des. Trindade dos Santos).

“Ex vi das alterações introduzidas no sistema processual pátrio pela Lei n. 8.954/94, a liquidação por cálculo do contador foi substituída pelo cálculo do credor, pelo que, nas execuções ajuizadas a partir de então, de exclusiva incumbência do credor é instruir a inicial com memória de cálculo. Evidentemente, não bastará, pa-

ra suprimimento da imposição legal, um simples demonstrativo inserido na própria exordial, consignando o valor principal e, englobadamente, os respectivos acessórios. De mister, para a eficácia da memória do cálculo, é que esta explicita elementos e critérios empregados para atingir o montante buscado executivamente, com a correta identificação das taxas de juros e de atualização utilizadas, a forma de capitalização etc., ensejando ao executado, deste modo, a controlar a exatidão do quantum executado, controlando-o, se for o caso" (Ap. Cív. n. 98.018278-6, de Mondaí, rel. Des. Trindade dos Santos).

Visto isso, não há como prosseguir a execução se o título não

atende aos atributos de certeza, liquidez e exigibilidade, a teor do disposto no art. 586, sendo, portanto, nula a executória.

3. Por todo o exposto, dá-se provimento ao recurso adesivo do executado, extinguindo-se a execução e invertidos os ônus sucumbenciais. Prejudicado o recurso do exequente.

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. 98.008242-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Trindade dos Santos

Locação comercial. Revisional. Quantum fixado em valor superior ao do pedido na inicial. Julgamento extra petita. Inocorrência. Defasagem constatada pericialmente. Adoção do laudo emitido pelo expert judicial. Retroação do valor arbitrado à data da citação inicial. Disposição legal expressa nesse sentido. Decisum irretocável. Insurgência apelatória desacolhida.

Na hipótese de revisional de locação, a fixação do valor do novo aluguel em quantitativo superior ao referido na inicial não caracteriza julgamento extra ou ultra petita. A renovatória baliza-se, essencialmente, no princípio da equidade, pelo que ao julgador é conferido o poder de atribuir ao novo locativo o valor que, segundo o seu entendimento, parecer mais justo. Mesmo porque, o pedido imediato, em ações desse jaez, é o arbitramento de um aluguel justo.

Na revisional de aluguel, ressaído dos autos, mormente do laudo emitido pelo louvado judicial, que o preço locativo em prática encontra-se defasado em relação aos em vigor para imóveis de igual

porte e localização, impõe-se a correção do respectivo quantum, a fim de coaduná-lo com o valor de mercado. E correto mostra-se o novo valor estabelecido judicialmente, quando o laudo pericial que embasa o arbitramento feito resultou de uma análise metódica de critérios objetivos válidos e eficientes para tanto, como, entre outros, a localização e condições físicas do prédio locado e o preço em vigor para imóveis semelhantes e com igual destinação.

Por disposição legal expressa — art. 69 da Lei n. 8.245/91 —, o valor locativo fixado em ação revisional de aluguel retroage, na sua exigibilidade, à data da citação inicial. É salutar, aliás, tal retroação, vez que, se o desiderato específico da ação de revisão é o de restabelecer o equilíbrio contratual rompido pela gradual e sucessiva defasagem do preço da locação, o restabelecimento desse equilíbrio deve ser operado desde o início da litigiosidade, pena de submeter-se o locador aos percalços inerentes à própria morosidade com que os processos são concluídos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.008242-0, da comarca da Capital (Unidade de Justiça Intensiva), em que é apelante Grazziotin S.A., sendo apelada Irmandade do Divino Espírito Santo:

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

Custas legais.

Irmandade do Divino Espírito Santo aforou, contra Grazziotin S.A., ação revisional de aluguel, expondo, em linhas gerais, ter locado à demandada uma sala comercial de 82,62m², localizada na Rua Felipe Schmidt n. 176, sala 6, esquina com a Rua Deodoro, na qual está instalada a loja Franco Giorgio, contrato firmado em 23/7/92, pelo prazo de cinco anos, já tendo transcorrido os três anos exigi-

dos pela lei para a propositura da ação.

O valor da locação, na data do ajuizamento da demanda (20/12/95), correspondia a R\$ 905,20, ao passo que o aluguel, em sala próxima e similar, atingia R\$ 4.200,00.

Infrutíferas as tentativas de uma composição amigável a respeito, outra alternativa não restou à postulante que não acorrer ao Judiciário, para que o valor locativo fosse ajustado à realidade.

Enfatizou ser ela responsável pelo atendimento de cerca de 900 crianças e adolescentes, em regime de abrigo, semi-internato e preparação para o trabalho, além de desenvolver incontáveis atividades paralelas, todas voltadas aos menos favorecidos.

Pugnou, no arremate, pela procedência do pleito revisional, com a elevação do valor locativo para R\$ 4.200,00 ou preço superior que vier a

ser encontrado em perícia, pleiteando o estabelecimento, desde logo, do aluguel provisório no importe de R\$ 3.380,00.

Designada a audiência de conciliação, houve a fixação, na quantia de R\$ 3.000,00, do aluguel provisório.

Na audiência designada, a demandada ofertou contestação, asseverando que jamais a parte autora fez qualquer contato com o objetivo de revisar o preço da locação, asseverando nada ter sido provado a respeito.

Sustentou, mais, que, desde o último reajuste, este ocorrido em fevereiro de 1996, vem pagando o valor locatício de R\$ 1.101,36, questionando as avaliações apresentadas pela postulante, por entendê-las fora da realidade imobiliária local, oferecendo, então, para efeitos revisórios, a quantia de R\$ 2.000,00, a qual entende ser o importe justo. No mais, pediu a improcedência da ação.

Os termos contestatórios foram rebatidos pela sociedade acionante.

Nomeado perito (fl. 44), as litigantes indicaram assistentes técnicos e formularam quesitos.

Realizada a perícia, juntado o laudo pericial e o parecer dos assistentes indicados, as partes manifestaram-se acerca das respectivas conclusões: a demandante concordou integralmente com essas conclusões, as quais estabeleceram um valor locativo de R\$ 6.240,00, ao passo que a requerida dele discordou, apresentando laudo divergente e sustentando que o valor apurado com maior técnica é o que corresponde a R\$ 4.557,80, argumentando, mais, que a perícia deveria ter sido realizada por

engenheiro ou arquiteto, questionando a habilitação do expert nomeado.

A recorrente trouxe aos autos outros documentos, requerendo o apensamento da ação renovatória de locação por ela proposta contra a autora (Autos n. 93/97), em tramitação perante a 4ª Vara Cível da comarca da Capital.

Certificado que na aludida ação renovatória não houvera a fixação de aluguel provisório (fl. 104), o MM. Juiz de Direito Substituto prolatou sentença, julgando procedente o pleito revisório e elevando o valor locacional para R\$ 6.240,00, com vigência a partir da citação inicial e com atualização de conformidade com os índices legais.

Condenou a acionada, mais, ao pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios, estes na base de 20% sobre o valor dado à causa.

Irresignada com o teor do provimento jurisdicional emitido, a demandada apelou, insurgindo-se contra o valor estabelecido no decisum singular, entendendo que, nos termos do laudo ofertado por seu assistente técnico, confortado pelos demais elementos de convicção existentes nos autos, tal valor impõe-se limitado em R\$ 4.200,00 da data da citação inicial à data do laudo pericial emitido, passando, após isso, a corresponder à quantia de R\$ 4.557,80.

O apelo foi respondido pela recorrida.

É o relatório.

Sem condições de agasalhamento a proposição recursal manifestada pela apelante, posto que incensurá-

vel o douto provimento jurisdicional sob vergasto.

A controvérsia instalada, resalte-se, gira sobre o preço do aluguel de um imóvel de propriedade da apelada, locado à apelante, imóvel esse constituído de uma sala comercial de 82,62m², localizada na Rua Felipe Schmidt n. 176, esquina com a Rua Deodoro, e, pois, em área comercial de alto valor.

A renovatória de aluguel, con-signe-se, estava autorizada à recorrida, eis que o contrato locativo data de mais de três anos, inexistente no processo qualquer prova acerca de ter havido composição amigável para a majoração do valor locativo no triênio legal.

Arreda-se, desde logo, o argumento a respeito de não ter a locadora tentado qualquer acordo objetivando a majoração dos valores locacionais, posto não haver a insurgente, conforme lhe incumbia, produzido a menor prova a respeito; mesmo porque, consoante com total propriedade assinada na douda sentença espancada, as assertivas lançadas a respeito caem por terra, no momento em que a apelante contesta veementemente os valores pretendidos pela recorrida, numa demonstração visível de que qualquer tentativa a respeito seria rechaçada.

Acentue-se que, firmado o ajuste locativo, muitas vezes, com o decorrer do tempo, referido ajuste sofre influências várias, como, por exemplo, a valorização do imóvel ou da área no qual ele se situa, a desvalorização do poder aquisitivo da moeda e outros fatores que ocasionam a ruptura do equilíbrio entre as presta-

ções, equilíbrio esse essencial nos contratos bilaterais.

Diante dessas circunstâncias, na hipótese específica das locações, o aluguel que deve corresponder a uma justa contraprestação do patrimônio posto à disposição do locatário vê expungida essa correspondência, tornando-se por vezes ínfimo, com o desequilíbrio daí decorrente passando a constituir fonte de injusto locupletamento para o inquilino.

Presentes essas discrepâncias, prevê a Lei n. 8.245, de 18/10/91, a correção do valor locatício após três anos de vigência do pacto de locação, autorizando o locador, não havendo uma livre renegociação do preço, a aforar ação de revisão.

Tal previsão decorre do art. 19 do Diploma Locacional, a cujo teor:

“Não havendo acordo, o locador ou o locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado”.

Em seus comentários a respeito do transcrito dispositivo legal, professa o doudo Silvio Capanema de Souza:

“A revisão do valor do aluguel se justifica em nome da teoria da onerosidade excessiva. Se o equilíbrio econômico do contrato se rompe, causando lesão enorme a uma das partes, em decorrência de circunstâncias supervenientes à celebração do pacto, imprevisíveis ao homem, é lícito à parte prejudicada pleitear em juízo o restabelecimento das condições inaugurais” (A Nova Lei do Inquilinato Comentada, Rio, Forense, 1993, pág. 84).

Outrossim, segundo o respeitadíssimo jurista:

“Não se trata de simples correção do aluguel, para lhe devolver o que a corrosão inflacionária dele retirou, o que se alcançaria, facilmente, com os próprios mecanismos introduzidos no contrato, que, em geral, estabelecem uma periodicidade e um indexador, para que se proceda à correção.

“O que se pretende, pela via revisional, é a atualização do aluguel, para levá-lo ao nível do mercado, o que pode majorá-lo ou reduzi-lo, independentemente dos índices de inflação” (pág. 281).

Nagib Slaibi Filho, com a proficiência que lhe é peculiar, assim coloca a questão:

“Há que distinguir, quanto aos alugueiros, três situações a que a ordem jurídica dá efeitos diversos:

“1) o ajuste inicial do aluguel, quando as partes pactuam a locação;

“2) o reajuste do aluguel, que é a alteração do valor locatício na vigência do contrato nas épocas legais ou contratuais (como, por exemplo, a locação residencial ajustada por período de um ano, que será automaticamente prorrogada com o termo de tal prazo, mas terá um reajuste do aluguel, mantidas as demais cláusulas);

“3) a revisão da locação, cujo objeto é fixar um novo valor da locação, independentemente do reajuste, visando a adequar a remuneração ao valor de mercado. A revisão pode ser consensual (quando as partes livremente a entabulam) como pode ser judicial (pelo procedimento ou rito esta-

belecido nos arts. 68 a 70 da Lei n. 8.245/91).

“Quando há a renovação da locação (judicial ou consensual), geralmente há, também, a revisão do aluguel para ajustá-lo ao valor de mercado” (Comentários à Nova Lei do Inquilinato, Rio, Forense, 9ª ed., 1997, pág. 367).

Considera-se, nesse contexto, que, consoante enfatizou o Superior Tribunal de Justiça:

“O aluguel, como toda prestação, deve corresponder ao valor da coisa locada. Imperativo do direito justo. Inadmissível o enriquecimento sem justa causa, seja do senhorio, como do inquilino” (REsp n. 41.690—SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU de 28/3/94, pág. 6.349).

Na mesma esteira, registre-se:

“O esquema legal estabelecendo prazos determinados para rever o preço de locação, no contexto econômico brasileiro, de economia em diária e permanente instabilidade, é lógico, por ser rígido, entra em conflito com a situação fática. Em termos de teoria geral da norma jurídica, a causa resultou afetada. Conseqüentemente, repercute no conteúdo da relação mesma.

“O reajuste do valor locatício, então, deve orientar-se pelo fim último do Direito — evitar a injustiça.

“Não é justo o inquilino pagar menos do valor real, notadamente, passado significativo tempo do último reajuste do aluguel.

(...)

“A ação revisional tem por escopo a atualização do locativo ao preço efetivamente praticado pelo merca-

do imobiliário, não oferecendo nenhum óbice à sua procedência qualquer majoração havida no curso da contratação, se esta não atingiu o objetivo precípuo de revisá-lo.

(...)

“As normas legais devem ser interpretadas em consonância com a época em que se vive. Assim, a jurisprudência vem abrandando a rigidez daquela contida no § 4º do art. 49 da Lei n. 6.649/79, admitindo que, sempre que os acordos efetuados não tiverem elevado o aluguel aos níveis praticados no mercado imobiliário, é cabível revisá-los judicialmente” (RSTJ 50/344).

“Ação revisional de aluguel. Decurso do prazo. Partes discordantes sobre novo aluguel. Locador busca a tutela jurisdicional. Admissibilidade. Novo aluguel e sua cobrança.

“Sempre que o contrato estiver distanciado da realidade do mercado, decorrido um quinquênio da locação, mesmo em comum acordo alterada em seu valor nesse período, por reajustes legais, tem lugar a ação revisional do aluguel” (Ap. Cív. n. 36.477, da Capital, rel. Des. Wilson Guarany).

“Locação. Revisional de aluguel. Inépcia da inicial afastada. Pretenção acolhida.

“A revisão é o ato (judicial ou consensual) que altera o valor da remuneração da locação de acordo com o valor de mercado, e é a ação revisional o remédio jurídico processual pelo qual se promove a alteração do aluguel de modo a aproximá-lo do valor de mercado. Nela, o juiz substitui a vontade das partes, impondo o valor do aluguel, na falta de consenso sobre o preço da locação que se compa-

tibilize com o de mercado” (Ap. Cív. n. 46.399, de Concórdia, rel. Des. Francisco Borges).

No caso vertente, tal como resulta da documentação carreada aos autos, o valor locativo encontrava-se, efetivamente, defasado em relação ao valor de mercado para a locação dos imóveis situados na área comercial mais privilegiada da cidade, como sói ser a Rua Felipe Schmidt.

O simples fato de ter sido previsto no contrato um índice de reajustamento periódico do valor locatício não derrui essa possibilidade de defasagem e não inibe a sua revisão, com o fim de reenquadrá-lo na realidade mercadológica, com a fixação, então, de um novo preço para a locação.

In casu, resulta do laudo técnico emitido pelo expert judicial que, com efeito, o valor que vem sendo pago pela apelante mostra-se iníquo em relação aos valores locativos que vêm sendo praticados na área em que se situa o imóvel dado em locação.

O perito nomeado pelo Magistrado condutor do processo, valendo-se dos métodos técnicos e comparativos, concluiu pela efetiva desvalorização que incidiu no locativo praticado entre as partes litigantes, expondo com elementos convencimentais fidedignos a imperiosidade da revisão pugnada, posto mostrar-se tal locativo absolutamente desproporcional ao valor de mercado.

Obviamente, a demandada e aqui apelante impugnou o laudo em questão, bem como o perito judicial, entendendo não ter ele condições técnicas para proceder à perícia levada a termo, opondo, às respectivas conclu-

sões, aquelas decorrentes do laudo emitido por expert de sua confiança.

Com relação à impugnação feita ao perito judicial, absolutamente extemporânea fez-se ela, posto que, até ter conhecimento das conclusões que lhe foram adversas, a recorrente nenhuma reclamação formal tinha entranhado nos autos acerca da nomeação feita pelo Juízo.

E, conforme já expressou este Pretório:

“A arguição de suspeição deve ser suscitada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, após a nomeação e não depois que o laudo apresentado lhe seja desfavorável” (AI n. 9.066, de São José do Cedro, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Mutatis mutandis, a arguição acerca da falta de condições técnicas do louvado judicial para a espécie de perícia que lhe foi cometida deverá ser igualmente levantada pela parte na primeira oportunidade em que lhe for dado falar nos autos após a nomeação feita, não merecendo a menor consideração no âmbito do Judiciário argumentos que visem a pôr em xeque a confiabilidade técnica do expert, expendidos somente após o conhecimento das conclusões desfavoráveis lançadas pelo mesmo perito.

E divergentes as conclusões técnicas emitidas pelo perito judicial daquelas lançadas pelo assistente técnico da apelante, obviamente era dado ao Sentenciante singular optar por aquelas constantes do laudo elaborado pelo primeiro, que é pessoa de sua confiança; aliás, somente quando circunstâncias incisivas evidenciem ter o louvado judicial elaborado em erro, ou ter atuado de forma antagônica

à realidade noticiada por outros elementos probantes de vulto, é que o magistrado deverá optar pelas conclusões do assistente técnico da parte.

Este, ressalte-se, é de estrita confiança da parte que o indica, não mantendo qualquer vinculação com o magistrado sentenciante, sequer estando comprometido com o processo em si, posto que sua admissão no feito está condicionada, única e exclusivamente, aos interesses e designios da parte que lhe confiou a missão desempenhada.

Isso conquanto não se ignore que:

“O juiz forma sua convicção pelo método da crítica sã do material probatório, não estando adstrito aos laudos periciais, cuja utilidade é evidente, mas que não se apresentam cogentes, nem em seus fundamentos nem por suas conclusões, ao magistrado, a quem a lei confia a responsabilidade pessoal e direta da prestação jurisdicional” (STJ, 4ª Turma, Ag. 12.047-RS-AgRg, rel. Min. Athos Gusmão, DJU de 9/9/91, pág. 12.210).

Já frisou, a respeito, este Sodalício:

“O juiz não está adstrito ao laudo; se há outros elementos bastantes de convicção, pode desprezar o laudo, em parte ou totalmente, se não os há ou ordena outra perícia, ou se é o caso, por terem divergido o perito e o assistente técnico, ou assistentes técnicos, adota um deles; mas, não pode desprezar o laudo, sem haver algo que seja suficiente ao seu convencimento” (Ap. Cív. n. 27.116, de Balneário Camboriú, rel. Des. Rubem Córdova).

“Havendo diferença entre as conclusões do perito e a dos assistentes técnicos, prevalece, em regra, o laudo do expert oficial, por ser detentor de confiança do Juízo” (Ap. Cív. n. 32.514, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Norberto Ungaretti).

No caso vertente, resta ver, o louvado judicial utilizou, com primazia, o método comparativo, método esse que, inquestionavelmente, é o que se revela mais adequado para estabelecer o valor do aluguel, posto levar ele em conta, essencialmente, a realidade do mercado nos dias atuais, fator esse preponderante para a revisão do aluguel.

Destarte, lógica foi a conclusão estampada no decisum atacado, quando, adotando o laudo emitido pelo louvado judicial, estabeleceu o novo valor locativo em R\$ 6.240,00 (seis mil duzentos e quarenta reais).

Mesmo porque, conforme já decidiu esta Casa de Justiça, em acórdão que, guardadas as devidas proporções, identifica-se com a hipótese in judicio:

“Locação — Ação revisional de aluguel — Adequação do quantum à realidade do mercado imobiliário.

“Na ação revisional, constatando o magistrado que houve sensível diminuição dos valores dos alugueres no local em que se situa o imóvel objeto da actio, conforme restou inequivocamente demonstrado em laudo elaborado por perito judicial e subscrito por assistentes técnicos das partes, no qual foram analisados diversos critérios objetivos, tais como: localização, condições físicas do prédio, preço do locativo de imóveis semelhantes e usados para o mesmo fim, compete-lhe redu-

zir o valor a ser pago pelo locatário, adequando-o à realidade atual do mercado imobiliário” (Ap. Cív. n. 98.017537-2, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

Ou:

“Revisional de aluguel — Reajuste conforme os índices corretivos vigentes ou mesmo superiores a estes não impede a ação de revisão se distanciados dos preços de mercado” (Ap. Cív. n. 43.168, de Joinville, rel. Des. Alcides Aguiar).

“Revisional de aluguel. Fixação do novo valor locatício. Prova pericial.

“A prova pericial tem expressiva relevância e deve nortear o magistrado, na trilha da melhor e mais justa prestação jurisdicional e, na hipótese, o laudo pericial apresentando-se esclarecedor e bem elaborado com boa técnica, revela-se, por isso, suficiente para embasar o decisum” (Ap. Cív. n. 46.316, da Capital, rel. Des. Francisco Borges).

“Ação revisional de aluguel. Valor inferior ao de mercado. Procedência da pretensão deduzida. Recurso desprovido.

“A ação revisional é o meio pelo qual procede-se à adequação do valor do aluguel ao praticado pelo mercado.

“Demonstrada a defasagem, impõe-se o ajustamento” (Ap. Cív. n. 97.009388-8, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Paladino).

De outro lado, a circunstância de o valor em questão ser superior àquele postulado na peça preambular não implica, de modo algum, em julgamento extra petita, conduzindo à sua redução ao preço proposto pela apelada quando do ingresso da ação.

Ocorre que essa indicação, conforme tem-se entendido, é meramente sugestiva, já que, tendo a ação revisional por desiderato precípua a fixação de um justo valor locativo, esse justo valor, por óbvio, não pode estar adstrito com exclusividade aos termos da pretensão externada na inaugural; mesmo porque, somente a prova técnica é que, em casos tais, tem condições de aquilatar o que seja, diante da realidade mercadológica, um preço locativo justo.

Nas ações revisionais de locação, averba o culto Nagib Slaibi Filho:

“A fixação de valor a maior não significa, em absoluto, julgamento extra petita, pois o pedido imediato é o justo arbitramento do aluguel” (Comentários à Nova Lei do Inquilinato, Rio, Forense, 9ª ed., 1997, pág. 481).

Tem dito, acerca do tema, o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Em época de acentuada espiral inflacionária não se deve atribuir excessivo rigor formal à estimativa do aluguel formulada na petição inicial, podendo o julgador, excepcionalmente, inspirado pelo princípio da equidade, fixar o valor do preço locatício em montante superior ao reclamado” (RT 663/179).

“Revisional de aluguel. Pode, sim, o juiz, atento à equidade, arbitrar aluguel em valor superior ao indicado na inicial” (REsp n. 26.856-8/SP, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 30/11/92, pág. 22.629).

Essa, igualmente, era a tendência do mesmo colegiado superior no referente às locações comerciais regidas pela Lei de Luvas, conforme exemplificam os arestos seguintes:

“Não caracteriza julgamento ultra petita a fixação de aluguel, na ação revisional, acima do pedido, em face do ‘juízo de equidade’ admitido no art. 16 da Lei de Luvas e da notória instabilidade do valor da moeda” (RSTJ 21/283).

“Não se tem como caracterizada decisão ultra petita, no caso de ação revisional amparada na Lei de Luvas, se o aluguel foi fixado acima do valor pedido. É que o instituto (Dec. n. 24.150/34) que orienta tanto a renovatória como a revisional inspira-se no princípio da equidade, por isso que ao julgador é dado atribuir o valor que lhe pareça justo, como assente na doutrina e na jurisprudência” (REsp n. 6.603/CE, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 3/6/91, pág. 7.424).

Ainda:

“Não se constitui julgamento extra petita aquele que fixa o valor do aluguel encontrado em prova pericial em montante superior ao pedido na inicial da ação revisional” (RT 614/147).

Deste Pretório:

“Ação revisional de aluguel. Alegação de revisão do aluguel em menos de três anos. Não comprovação. Fixação, na sentença, de valor superior ao pedido na inicial com base em perícia. Admissibilidade no caso vertente. Recurso não provido.

“Revisão de aluguel pressupõe a adaptação do seu valor ao preço de mercado, levando-se, para tanto, em conta a localização, condições físicas do imóvel etc., não se configurando a carência da ação o fato de as partes reajustarem o valor semestralmente com base em índices preestabelecidos em contrato ou na lei.

“Não se caracteriza julgamento extra petita a fixação do valor do aluguel em montante superior ao pleito inicial, tomando-se como base a perícia judicial, quando há inflação galopante, não se podendo exigir do advogado do autor as diligências próprias de perito quando da formulação do pedido” (grifamos, Ap. Cív. n. 47.086, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Por derradeiro, insurge-se a postulante recursal, também, contra a retroação do valor locativo fixado à data da citação inicial, ao argumento de que deva ele ser considerado a partir da data da perícia judicial, vigendo, no interregno entre a citação e a data da emissão do laudo técnico, o valor de R\$ 4.200,00.

Não assiste razão, entretanto, à apelante!

Ora, é de clareza solar a Lei de Locações (Lei n. 8.245/91), ao dispor, em seu art. 69:

“O aluguel fixado na sentença retroage à citação, e as diferenças devidas durante a ação de revisão, descontados os alugueres provisórios satisfeitos, serão pagas corrigidas, exigíveis a partir do trânsito em julgado da decisão que fixar o novo aluguel”.

A propósito, expõe Custódio da Piedade Ubaldino Miranda:

“Compreende-se a estatuição legal quanto à retroação, à data da citação, do novo aluguel, definitivamente arbitrado por sentença transitada em julgado. Se mediante a ação revisional visa-se a restabelecer o equilíbrio contratual rompido pela gradual e sucessiva, ou às vezes abrupta, deterioração do aluguel, ou do imóvel, nada mais natural que o retorno à situa-

ção contemporânea ao início desse estado de coisas, alcançando desse modo, estabelecido na lei, o único capaz de vencer a demora, conatural à prolação das decisões judiciais e ao término das ações em que elas são proferidas” (Locação de Imóveis Urbanos, São Paulo, Atlas, 1996, pág. 196).

Desta Corte, registre-se a respeito o seguinte precedente:

“Locação — Revisional de aluguel.

“Na ação revisional, o aluguel fixado na sentença retroage à citação. A demora na tramitação do processo não autoriza o juiz a fixar dois locativos, o segundo para compensar a defasagem verificada no período transcorrido entre a citação e a sentença” (Ap. Cív. n. 96.002573-1, de Chapecó, rel. Des. Newton Trisotto).

E mais:

“Na ação revisória de aluguel, se o direito do locador emana do momento em que a lei lhe confere a revisional, o novo aluguel deve vigorar a partir da citação” (BJA 59.508).

Incensurável, pois, o douto decisório hostilizado, confirma-se-o em todos os seus termos, com a consequente negativa de provimento à insurgência recursalmente deduzida pela locatária.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves.

Florianópolis, 31 de agosto de 2000.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.011270-2, DE XANXERÊ**Relator: Des. Trindade dos Santos**

Seguro de vida. Suicídio. Cláusula excludente de responsabilidade da seguradora. Ineficácia. Premeditação. Não comprovação. Ônus probante de incumbência da seguradora. Obrigação indenizatória irrecusável. Sentença de procedência. Confirmação. Apelo desprovido.

A cláusula que, em pacto de seguro, exclui a cobertura na hipótese de suicídio involuntário, implicando em afronta ao art. 1.435 do Código Civil, é totalmente inoperante.

O auticídio é, por presunção, um ato de inconsciência, considerando-se voluntário apenas no caso de premeditação ou quando as circunstâncias fáticas que o envolvem revelem, sem sombra de dúvida, que o suicida o praticou movido por uma vontade não afetada por qualquer fator de ordem psicológica e em condições de alterar o elemento volitivo. Afora isso, o suicídio há que ser entendido, para fins de cobertura securitária, como não voluntário, equiparando-se a uma fatalidade.

Recaindo o ônus da prova, em casos tais, sobre aquele que invoca a excludente isentadora de sua responsabilidade, incumbe à seguradora, a fim de eximir-se do dever de indenizar, comprovar à saciedade a premeditação ou voluntariedade do ato de auto-extermínio.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.011270-2, da comarca de Xanxerê (2ª Vara e Fazenda Pública), em que é apelante Bradesco Seguros S.A., sendo apelada Vilma Schneider Marostica:

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

Custas legais.

Vilma Schneider Marostica propôs ação de cobrança contra Bradesco Seguros S.A., objetivando haver

desta o pagamento da quantia total das apólices ns. 1538633 e 4755052 de seguro de acidentes pessoais, ante a negativa administrativamente externada pela seguradora requerida, bem como do saldo das apólices de seguro de vida em grupo ns. 338003025 e 338003095 que já foram, em parte, pagas, acrescidos de juros, correção monetária e honorários advocatícios.

Para tanto, alegou a postulante que, no dia 13/6/95, faleceu seu esposo Diomedes Marostica, tendo como causa mortis suicídio involuntário, o qual se equipara a morte acidental.

Sustentou, no arremate, a inoperância da cláusula que exclui a responsabilidade da seguradora quando a morte decorre de suicídio involuntário, cabendo à requerida o ônus da prova de que o suicídio foi praticado voluntariamente.

Em contestação, expôs a acionada que a demandante deu plena quitação do recebimento do valor total da indenização, conforme recibo de fl. 18, asseverando, outrossim, que o de cujus praticou suicídio voluntário em razão do pedido de separação de sua esposa, eis que antes do ato suicida conversou com seus vizinhos, dirigindo-se, após, ao seu veículo, de forma consciente, onde pegou a arma, despediu-se e matou-se.

Aduziu que o contrato de seguro realizado entre as partes exclui da cobertura, em cláusula expressa, o risco de suicídio ou tentativa de suicídio, defendendo a validade de tal estipulação com base nos arts. 1.432, 1.435, 1.454 e 1.460 do Código Civil, bem como nos arts. 32 e 36 do Decreto-Lei n. 73, de 21/11/66.

Réplica à contestação às fls. 60 e 61.

Inexitosa a audiência de conciliação, as partes declararam expressamente não pretenderem produzir outras provas.

Sentenciando, a MMA. Juíza de Direito a quo, sob o argumento de que o suicídio involuntário é indenizável a título de morte acidental, julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento do valor total do prêmio das apólices relativas ao seguro de acidentes pessoais, descontados, das apólices do seguro de vida, os valores já pagos, com os importes do débito

sendo atualizados monetariamente e acrescidos de juros de mora, a contar do ajuizamento da ação.

Impôs à demandada, outrossim, o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Irresignada com o teor do decisorium prolatado, apelou a seguradora acionada, repisando in totum os argumentos expendidos na peça contestatória, postulando pela reforma da sentença monocrática.

Houve resposta ao apelo.

É o relatório.

As circunstâncias dos autos não estão a autorizar o acolhimento do reclamo recursal deduzido pela seguradora demandada.

O nosso Código Civil, em seu art. 1.440 e parágrafo único, enuncia:

“A vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável, e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para trabalhar, ou outros semelhantes.

“Parágrafo único. Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo”.

O nosso Código Civil, em sentido assim, veda a cobertura do suicídio voluntário, que é o cometido premeditadamente por pessoa em seu juízo; e isso por razões de ordem pública, para que não haja um estímulo ao ato suicida.

O lapidar Clóvis Bevilacqua, citado por Levi Carneiro, nos autos do Recurso Extraordinário n. 8.213, emitiu o

seguinte parecer sobre a proibição da cobertura do risco de suicídio voluntário:

“O Código Civil, art. 1.440, permite assegurar a vida, contra os riscos da morte involuntária, e considera tal o suicídio quando não premeditado. O suicídio consciente é morte voluntária, e contra esse risco não admite a lei que se faça seguro, porque: a) desapareceria a base essencial ao seguro; b) seria ilícito o objeto da cláusula, e, conseqüentemente, seria esta nula (Cód. Civil, artigo 145, II); c) por ser um estímulo ao suicídio, o que é profundamente imoral e até criminoso, em face do Código Penal. Seria induzimento ao suicídio obrigar-se a companhia-seguradora a pagar certa soma pelo suicídio do segurado” (Revista Forense, 153/96).

O suicídio voluntário, sinônimo de suicídio consciente, é praticado pelo indivíduo que possui a plenitude de suas faculdades mentais, tendo total consciência das conseqüências do ato que vai cometer; enquanto o suicídio involuntário, sinônimo de suicídio inconsciente, é cometido por pessoa que não possui plena capacidade mental, estando num estado semelhante ao da loucura, configurando-se o autócídio num caso fortuito ou de força maior.

Como enfatiza o consagrado Professor Hélio Gomes, em abordando as particularidades do suicídio:

“O suicídio é a morte voluntária de si próprio; é o homicídio de si mesmo”.

Quanto à gênese do suicídio, o mesmo estudioso informa que duas escolas tentam explicá-la: a biológica ou psiquiátrica, defendida especial-

mente por médicos e psiquiatras, e a sociológica, pela qual nutrem especial simpatia os sociólogos e juristas.

Para os que defendem a primeira corrente, dentre os quais Achille Delmas, “o suicídio verdadeiro é sempre patológico” e “tem sempre como condição uma perturbação cenestésica: a ansiedade. E ocorre essa ansiedade na psicose maníaco-depressiva e na psicose hiperemotiva, cabendo à primeira 90% dos suicídios e os restantes 10% à psicose hiperemotiva”.

Já a corrente sociológica teve seguidores da expressão do sempre lembrado penalista brasileiro Caio Tácito, para quem “a influência das causas coletivas sobre a morte voluntária passou em julgado. O gênero de vida, os costumes familiares e religiosos, o tipo de civilização cultural e econômica determinam, para cada grupo social, aquilo a que Durkheim chamou de taxa social do suicídio.

Considerando esses aspectos, conclui Hélio Gomes:

“Se a complexidade e a sutileza de tais influências não impossibilitassem a sua mensuração, poderíamos prever, pelo cálculo de suas reações, a estimativa do coeficiente aproximado em uma determinada época e um determinado lugar. A estatística, que é o instrumento de ótica do grupo social, permite, ainda que sumariamente, discernir a correlação existente entre as variações culturais, políticas e econômicas e as alterações na curva do suicídio. A convicção da etiologia social do suicídio não infirma as observações psiquiátricas de uma maior incidência autoquímica entre esta ou aquela constituição psicológica. Se a pressão dos fatores coletivos leva a

um aumento ou decréscimo do volume global dos suicídios, nada impede que esta atuação se faça sentir mais definitivamente em um grupo de indivíduos psicologicamente desarmados para resistir melhor às oscilações ambientais”.

Após citar a dissolução do lar, a impotência sexual, a tuberculose, o câncer, o alcoolismo, o desemprego, as crises econômicas, as perseguições, as desordens do amor, como possíveis causas que concorrem decisivamente para o extermínio da vida, pondera o insigne mestre:

“A educação também é fator preeminente. Pode-se educar para a vida e para a morte. A educação pode desfibrar, amolecer o caráter, despreparar para a luta pela vida, criar débeis morais, desajustados, incapazes, que irão mais tarde, sob influência de adversas condições econômicas e sociais, ao suicídio”.

O preclaro Carvalho de Mendonça, a propósito, acentua:

“O suicídio pode ser a resultante da loucura e então é um fortuito. Nesse caso não afeta o seguro. Pode ser também praticado por uma força irresistível, sob o impulso de uma violência de ordem física ou moral e então não é um ato voluntário e livre e sim o produto de uma força maior, que do mesmo modo não atinge o contrato. De maneira que o suicídio que rompe o contrato é aquele que não é praticado em tais circunstâncias e sim o que é cometido na inteira calma de espírito e sem constrangimento da vontade” (Contratos no Direito Civil Brasileiro, 4ª ed., Rio de Janeiro, Revista Forense, 1957, tomo II, cap. XI, pág. 766).

No mesmo sentido, observa Clóvis Bevilacqua, com a maestria que lhe é peculiar:

“O suicídio para anular o seguro deve ser conscientemente deliberado, porque será igualmente um modo de procurar o risco, desnaturando o contrato. Se, porém, o suicídio resultar de grave, ainda que subitânea, perturbação da inteligência, não anulará o seguro. A morte não se poderá, neste caso, considerar voluntária; será uma fatalidade; o indivíduo não a quis, obedeceu a forças irresistíveis” (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado (ed. histórica), Rio de Janeiro, Rio, 1973, 2º vol., pág. 571).

E Levi Carneiro ensina:

“O suicídio voluntário, ou consciente – ‘premeditado’, como preferiu dizer nosso Código — não pode, pois, em caso algum, autorizar a indenização prevista no contrato de seguro. Somente a autoriza o suicídio involuntário, inconsciente, não premeditado, manifestação inequívoca de estado mórbido, verdadeiro caso fortuito” (Revista Forense 153/92).

Fazendo coro com esses entendimentos, observa o insigne Pedro Alvim:

“...Código Civil só admite o seguro de vida contra os riscos de morte involuntária (art. 1.440). O suicídio voluntário libera o segurador” (O Contrato de Seguro, 2ª ed., Forense, 1986, pág. 234).

Para esclarecer, na seqüência, que:

“Nem todo suicídio é voluntário ou consciente. Pode originar-se de um estado mórbido do segurado, em que

sua decisão de auto-eliminar-se perde as características de um ato premeditado para configurar-se num caso fortuito ou de força maior. Ora, quando isto acontece, será vinculada a responsabilidade do segurador, pois o risco se apresenta com as peculiaridades de fato aleatório.

“Diz-se, então, que o suicídio involuntário, inconsciente ou não premeditado está coberto normalmente pelo contrato de seguro de vida. A morte do segurado resulta de uma fatalidade; o indivíduo não a quis, obedeceu a forças irresistíveis, como acentua Clóvis Bevilacqua”.

Na hipótese *in judicio*, ressalta dos autos, como absolutamente inequívoco, que, efetivamente, o óbito do falecido marido da apelada ocorreu em razão do cometimento de suicídio.

Dessa premissa, como bem acentuado pela insigne Julgadora singular, a apelante, para furtar-se ao empréstimo da cobertura pactuada, extraiu duas conclusões: a de que essa espécie de evento é considerada, para fins de cobertura securitária, como morte natural, no que diz respeito ao seguro de vida em grupo, convolvendo-se, entretanto, em causa excludente da sua responsabilidade reparatória, no que diz respeito ao seguro de acidentes pessoais.

Todavia, saliente-se, os tribunais pátrios têm proclamado, de forma até iterativa, que, para os fins de pagamento de seguro, há equiparação, mesmo ante os termos do art. 1.440 do Código Civil, entre suicídio involuntário e morte involuntária, equiparado ainda, para a mesma finalidade, o seguro de acidentes pessoais ao seguro

de vida, invalidadas as cláusulas contratuais que disponham em contrário.

Nessa linha de entendimento, a jurisprudência indígena, de forma cediça, vem considerando inoperante a cláusula que, inserida em ajuste de seguro de vida, isenta a responsabilidade da seguradora quando o evento “morte” resultar da prática de suicídio involuntário.

A respeito, proclamou o Excelso Pretório:

“Recurso extraordinário. Seguro de vida. Morte do segurado. Alegação da seguradora de ter ocorrido suicídio do segurado. Divergência do acórdão com a Súmula 105 do STF. Premeditação do ato não demonstrada. Código Civil, art. 1.440. Cláusula da apólice reguladora do seguro não prevalece, quando contrariar disposição legal. Código Civil, art. 1.435, de acordo com o art. 1.440 do Código Civil. Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo. Não pode se eximir do pagamento pactuado a seguradora, se não provou que o suicídio foi voluntário ou premeditado. CPC, art. 333, II” (RE n. 100485/SP, rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 18/10/93, pág. 14.550).

Na mesma esteira, já acentuou o Superior Tribunal de Justiça:

“É inoperante a cláusula que, nos seguros de acidentes pessoais, exclui a responsabilidade de seguradora em casos de suicídio involuntário.

“À seguradora, ainda, compete a prova de que o segurado se suicidou premeditadamente, com a consciência de seu ato” (REsp n. 194/PR, rel. Min. Barros Monteiro).

Não divergindo, tem dito este Sodalício:

“O suicídio é ato de inconsciência, cabendo à parte interessada (segurador) provar que o mesmo foi voluntário e premeditado. Ademais, já é pacífica a jurisprudência no sentido de que o segurador não se exonera de pagar a importância referente ao seguro de acidente pessoal se a morte ocorreu por suicídio involuntário” (Ap. Cív. n. 19.123, de Joinville, rel. Des. Rubem Córdova).

“Seguro de acidente pessoal — Suicídio de segurado — Voluntariedade do ato não comprovada — Cláusula excludente do risco (suicídio involuntário) inoperante — Súmula 105/STF — Recurso desprovido.

“Nula é a cláusula nos contratos de seguro, mesmo de acidentes pessoais, que exclui de responsabilidade a seguradora em casos de suicídio involuntário, porque contrária à finalidade econômica e específica do contrato, com sua validade sendo contestada pelos tribunais” (Ap. Cív. n. 33.298, de Lages, rel. Des. Alcides Aguiar).

“Apelação cível. Seguro. Suicídio involuntário. Inoperância de cláusula excludente. Matéria sumulada. Intimação das partes pela imprensa. Preliminar afastada.

“(…)

“Totalmente inoperante cláusula de exclusão de suicídio involuntário em contratos de seguros de acidentes pessoais, porque, sendo o suicídio involuntário, não se cogita de morte natural, e sim, acidental. Veja-se Súmula 61 do STJ, e Súmula 105 do STF. Recurso desprovido” (Ap. Cív. n. 44.322,

de Joinville, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

Ainda:

“Apelação cível — Embargos do devedor — Cobrança de valor de contrato de seguro de vida — Morte do segurado — Suicídio — Negativa da seguradora — Premeditação ou reiteração do ato indemonstrada — Embargos procedentes.

“Não prevalece, a teor do artigo 1.440 do CC, a cláusula de apólice reguladora de seguro que exclui suicídio, seja voluntário ou involuntário. Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como a morte por suicídio premeditado por pessoa em seu juízo. Por isso, não pode a seguradora eximir-se do pagamento do prêmio pactuado, se não provar que o suicídio foi voluntário, ou que houve várias tentativas anteriores” (Ap. Cív. n. 88.059833-3 (40.880), de Jaraguá do Sul, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

“Embargos à execução. Seguro de vida em grupo. Suicídio do segurado. Voluntariedade incomprovada. Indenização em dobro conforme obrigação contratada.

“As cláusulas avençadas em apólice não podem contrariar disposição legal (CC, art. 1.435), portanto inválidas quando afastam a cobertura nos casos de suicídio involuntário, consoante entendimento consagrado na Súmula 105 do Excelso Pretório.

“Incumbe ao segurador a prova da premeditação do autocídio, recaindo o onus probandi sobre quem deva arcar com a indenização na modalidade do contrato” (Ap. Cív. n. 99.83856-8, de Blumenau, rel. Des. Francisco Borges).

Ou, como já expôs o Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

“No caso de acidentes pessoais não se exonera o segurador se a morte ocorre por suicídio, sendo a cláusula excludente de indenização inoperante. Este é presumido como ato de inconsciência, considerando-se como voluntário apenas o caso de premeditação que anteceda o contrato. Não sendo premeditado, o suicídio não é voluntário, mas fatalidade, que de forma alguma se confunde com a morte natural, pois é ato provocado por circunstâncias externas, ainda que a vítima participe da causa determinante do óbito” (RT 606/140).

Aliás, é de clareza meridiana a Súmula 105 do Supremo Tribunal Federal quando registra:

“Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro”.

Do magistério de João Luiz Alves, colhe-se:

“O caso de duelo não oferece dificuldades; o de suicídio, porém, na prática, pode oferecê-las. Todavia a premeditação e a sanidade de espírito são questões de fato, dependentes de prova. Essa prova incumbe ao segurador: a presunção é que o suicídio é um ato de desequilíbrio mental, que torna involuntário o ato” (Código Civil Anotado, pág. 1.031, ed. 1923).

E, convenhamos, inexistem nos autos provas cabais e fidedignas de que o suicídio praticado pelo de cujus tenha decorrido de um ato de premeditação.

A prova a respeito, de exclusiva incumbência da apelante, não foi produzida, nestes autos, a contento.

Em sua obra “Seguro Interpretado pelos Tribunais”, o respeitado Wilson Bussada inscreve como indícios de premeditação do suicídio:

— Bilhete de despedida;

— Situação financeira instável;

— Problemas familiares;

— Saúde abalada;

— Compra antecipada de arma”.

Aqui, apenas constata-se dos autos que o de cujus estava passando por problemas familiares, eis que enfrentava o pedido de separação de sua esposa, com quem estava casado há mais de vinte anos.

Na data do ato de auto-eliminação, por volta das 17h30min, a apelada, acompanhada da Oficial de Justiça, Tereza Benedetti, foi até a casa dele, com a finalidade de retirar os bens móveis que guarneciam a residência comum, em cumprimento ao mandado judicial expedido nos autos da ação de separação litigiosa proposta pela recorrida; lá chegando, as duas encontraram o marido da demandada recursal, o qual lhes disse que não havia necessidade de contratar uma transportadora, pois ele mesmo poderia remover os bens para Chapecó, cidade em que passou a residir a sua esposa.

Na seqüência, o de cujus, conforme é revelado no termo de declarações de fl. 17, foi em direção ao seu veículo, estacionado na rua, em frente da garagem, dizendo em voz alta “tchau para vocês”, feito o que apanhou uma arma para a cabeça, efetuan-

do então o disparo que lhe ceifou a vida.

Essas circunstâncias que envolveram o suicídio praticado revelam-se, no entanto, insuficientes para firmar a premeditação que exclui do ato o seu caráter de involuntariedade.

O insigne jurista francês Sumien, citado pelo festejado Pedro Alvim, assinala, mais, que por suicídio involuntário ou inconsciente deve entender-se:

“O ato cometido por um ser privado de sua razão, habitual ou momentaneamente, ou, então, a sua vontade esteja completamente obnubilada por um impulso irracional ou irresistível que o arrasta fatal e necessariamente ao suicídio. Ao contrário, suicídio consciente é o ato voluntário daquele que, sob o império de graves preocupações, afetando sua honra, sua fortuna, sua saúde, prefere refugiar-se na morte a afrontar uma prova de que não se sente com a coragem e a força para triunfar” (O Contrato de Seguro, pág. 249).

A respeito, averba o insigne Washington de Barros Monteiro:

“Quanto ao suicídio, entretanto, a grande dificuldade consiste em saber se é premeditado ou não, se consciente ou inconsciente. No primeiro caso, o segurador não responde pelo risco, enquanto no segundo sim, porque o suicídio inconsciente é o suicídio involuntário, equiparado à morte natural; é o suicídio praticado em razão de força irresistível, sob impulso de insopitável violência de ordem física ou moral, que lhe retira a natureza de ato livre, caracterizando-se como produto de força maior” (Curso de Di-

reito Civil, 5º vol., Direito das Obrigações, 2ª parte, pág. 369).

Consoante afiançou o preclaro Carvalho Santos:

“O suicídio, todavia, presume-se sempre como ato de inconsciência, cabendo a quem tiver interesse provar o contrário, de modo a destruir tal presunção” (Código Civil Brasileiro Interpretado, 7ª ed., vol. XIX, pág. 286).

E:

“Inexistindo prova no sentido de ter o segurado premeditado seu suicídio, prevalece a presunção de que o mesmo foi involuntário, devendo ser abrangido como caso de morte acidental, ajustando-se à melhor interpretação do disposto no art. 1.440, parágrafo único, do CC. Inoperância da cláusula contratual que, nos contratos de seguro por acidente pessoal, exclui a responsabilidade da seguradora em casos de suicídio não intencional. Ação acolhida em primeiro grau. Manutenção por seus fundamentos. Apelo desprovido” (TJRS — AC 596122481 — 6ª C. Cív. — rel. Des. Osvaldo Stefanello — j. 10/9/1996).

Conforme tem decidido a jurisprudência, inclusive do STF, é irrelevante a distinção entre os seguros de vida e de acidentes pessoais, para os efeitos pretendidos da exoneração da responsabilidade da seguradora, pois a natureza dos dois seguros é a mesma, e o de vida é mais restrito que o de acidentes. “Ao passo que o primeiro cobre apenas a perda da vida, o de acidentes abarca esse risco e quaisquer outros decorrentes de fatos extraordinários, que causam dano à integridade física e psicológica do segurado” (RTJ 37/628).

Ou, consoante frisou o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Seguro — Acidentes pessoais — O suicídio não premeditado é de considerar-se abrangido pelo conceito de acidentes para fins de seguro. Invalidez da cláusula excludente desse risco” (REsp n. 6.729-MS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ n. 44, pág. 91).

Nega-se, à vista do exposto, provimento ao apelo deduzido, man-

tendo íntegra, pois, a douta sentença de primeiro grau.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, tendo dele participado o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves.

Florianópolis, 31 de agosto de 2000.

Alcides Aguiar,

Presidente para o acórdão;

Trindade dos Santos,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.011877-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Trindade dos Santos

Execução. Notas promissórias. Recebimento por endosso. Pagamento comprovadamente feito a representante da endossante. Inoponibilidade ao endossatário. Denúnciação à lide do recebedor dos valores dos títulos. Impossibilidade jurídica em sede de executacional. Agravo retido desprovido. Embargos acolhidos. Decisum insubsistente. Apelo provido.

Em face das características que lhe são peculiares, o processo de execução repele o uso do instituto da denúnciação da lide. Tal instituto é próprio das ações em que há a abertura para o prazo de contestação, esta inexistente nas executacionais, nas quais a defesa, a par de eventual, é produzida por meio de embargos. E os embargos constituem uma típica ação incidente que se desenvolve exclusivamente entre exequente e executado, versando, apenas, sobre as matérias próprias da execução, não comportando, por isso mesmo, o ingresso de uma ação de indenização entre o executado e um terceiro.

Transferidas as notas promissórias de emissão da executada antes do seu vencimento, vedada estará ela de opor, à endossatária, exceções pessoais que tenha contra a endossante, mormente quando não positivada a má-fé da legítima detentora dos títulos. Destarte, o pagamento efetuado pela emitente ao credor originário ou a representante deste após o endosso das cártulas é inoponível ao endossatário, não extinguindo, com relação a este, o débito de

responsabilidade daquela.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.011877-8, da comarca da Capital (3ª Vara), em que é apelante Sinos Embalagens Ltda., sendo apelada Therezinha Campos dos Santos:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, após negar provimento ao agravo retido, emprestar acolhimento ao apelo deduzido, com a reforma da sentença atacada.

Custas ex lege.

Therezinha Campos dos Santos promoveu embargos, opondo-se à execução que contra ela aforou Sinos Embalagens Ltda., pretendendo, *prima facie*, a denúncia à lide de Osvaldo dos Santos Caminha, bem como a condenação em litigância de má-fé da exequente.

Expôs a embargante que o negócio que originou a emissão das notas promissórias executadas deu-se pela aquisição, por meio de contrato particular de compra e venda, firmado em 28 de julho de 1993, de um apartamento e sua respectiva garagem, bem esse devidamente descrito na exordial, estipulado o preço total em US\$ 55.000,00, valor do qual US\$ 35.000,00 foram pagos no ato, como arras, com a emissão, em garantia do pagamento do saldo devedor, de quatro notas promissórias no valor de US\$ 5.000,00 cada, com vencimento apurado para, respectivamente, 25/8/93, 25/9/93, 25/10/93 e 25/11/93.

Asseverou que efetuou o pagamento de todas as parcelas devidas, na moeda estipulada, sendo-lhe en-

tregues, entretanto, apenas as notas promissórias ns. 1 e 2 pelo procurador e representante da credora, Marcelo Puccini Caminha, não lhe sendo entregues, portanto, as promissórias ns. 3 e 4, vencidas em 25/10/93 e 25/11/93.

Salientou que, apesar de não resgatar as notas promissórias ns. 3 e 4, foram-lhe fornecidos os recibos referentes aos pagamentos feitos.

Ao final, requereu o acolhimento das preliminares suscitadas, bem como a condenação da credora nas sanções do art. 1.531 do Códex Substantivo, impostas a ela, mais as sanções correspondentes à litigância de má-fé.

Impugnando os embargos deduzidos, a exequente afirmou ter recebido as promissórias exequendas por endosso, acentuando que o procurador do endossante, Osvaldo dos Santos Caminha, é sobrinho da embargante Therezinha Campos dos Santos, sendo que aquele, após receber procuração de Marca — Administração e Participações Ltda., proprietária do imóvel em questão, vendeu-o para sua tia, por preço inferior ao de mercado, com os dois atuando, assim, em conluio.

Acentuou, mais, que o procurador do endossante, Osvaldo dos Santos Caminha, não detinha poderes para dar quitação das notas promissórias, além do que, necessário, segundo o art. 942 do CC, para a quitação do título, sua regular devolução ao devedor.

Na audiência de instrução e julgamento, restou indeferida a preten-

são à denúncia à lide de Osvaldo dos Santos Caminha, com a executada interpondo, em tempo hábil, agravo retido.

Colhidos os depoimentos pessoais do representante legal do endossante e da devedora, foi ouvida a testemunha Osvaldo dos Santos Caminha (fl. 76).

Produzidas as alegações finais (fls. 93 a 100 e 103 a 115), foi o feito sentenciado, com o MM. Julgador singular acolhendo os embargos deduzidos, ao entendimento de haver a embargante logrado comprovar, de modo inquestionável, estar satisfeita a obrigação representada nos títulos executivos.

Inconformada, a exequente interpôs recurso de apelação, alegando, para tanto, a não observância do artigo 40 do Decreto n. 57.663/66, porquanto, mesmo que aquele que pague uma letra no vencimento fique validamente desobrigado, isso não o exime, entretanto, de verificar se houve ou não endosso anterior do título, conforme ocorreu na espécie.

Acrescentou que é necessária a averiguação acerca da regularidade dos endossos perpetrados, já que os títulos endossados pelo próprio emissor, antes do aceite, para desconto ou alienação, quando pagos ao credor originário não desobrigam o devedor, cuja obrigação, bem como a dos avalistas, permanece eficaz referentemente ao endossatário.

Assinalou a invalidade do pagamento efetuado pela devedora ao procurador da credora original, já que seus poderes eram especiais e restritos, não podendo, dessa forma, dar

quitação dos débitos estampados nas notas promissórias endossadas.

Rechaçou a alta fixação da verba honorária, pleiteando, a final, o conhecimento e provimento do apelo deduzido.

Em resposta, a apelada pleiteou, preliminarmente, o conhecimento e provimento do agravo retido interposto, postulando, no mérito, a confirmação integral do decisório objurgado.

É o relatório.

Objetiva a apelante, via recursal, a reforma integral do decisum exarado na instância a quo que, acolhendo os embargos intentados pela apelada, extinguiu a executiva que desferiu contra esta, ao argumento de que, tratando-se de notas promissórias transferidas por endosso, à devedora não é lícito opor contra o terceiro de boa fé a exceção de ilicitude do ato que deu origem ao título ou qualquer outra exceção pessoal que tenha contra o credor originário.

Antes de adentrarmos no exame do apelo deduzido, impõe-se examinado o agravo retido interposto pela apelada, em ataque ao indeferimento da denúncia à lide por ela postulada, sendo de observar-se que, na forma exigida em lei, a agravante, quando da resposta que deu à insurgência assacada, pugnou pela análise de tal recurso.

Vejamos, então:

1. Do agravo retido

Pela forma recursal em foco, ataca a apelada, objetivando-lhe a reversão, a decisão que indeferiu a sua pretensão de chamar à lide, por denúncia, Osvaldo dos Santos Caminha, ao argumento de que o denuncia-

do, na condição de procurador da credora original e endossante das promissórias executadas, recebeu, nas datas de vencimento, os respectivos pagamentos, passando em favor da agravante os recibos quitatórios do débito.

A denúncia, in casu, salienta a agravante, mostra-se indispensável, a fim de garantir o seu direito de regresso, posto que, acaso venha a ser ela vencida na demanda executacional, o denunciado deverá ser responsabilizado pelo pagamento, posto ter sido ele quem recebeu os valores correspondentes aos títulos questionados.

Entretanto, razão não lhe assiste.

O artigo 70 do CPC assim dispõe:

“A denúncia da lide é obrigatória:

“(…)”

“III — àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

Assim, denúncia da lide é o instituto pelo qual a lei processual civil autoriza a convocação de um terceiro ao processo que se desenvolve entre o denunciante e aquele que contra este ingressou com determinada ação, com a sentença havendo de, obrigatoriamente, dispor sobre a demanda entre o autor e o denunciante, bem como a respeito das relações entre quem denuncia e o denunciado.

Nos dizeres do preclaro Sidney Sanches, citado por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

“A ação de garantia não se caracteriza como mero direito genérico

de regresso, isto é, fundado em garantia imprópria. Este não enseja a denúncia da lide, sob pena de ofenderem-se os princípios da celeridade e economia processual. Por direito de regresso, autorizador da denúncia da lide com base no CPC, 70, III, deve-se entender aquele fundado em garantia própria (Sanches, *Denúnciação*, 121)” (Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., 1997, pág. 349).

Destarte, para que reste configurado o direito à denúncia da lide, deverá a parte denunciante demonstrar que, acaso perca a demanda judicial, o denunciado deverá socorrê-lo, como garante do negócio jurídico.

No entanto, ainda assim, a denúncia da lide somente se viabiliza quando a lei ou o contrato prevêem, expressamente, a obrigação do denunciado em garantir o resultado da demanda, indenizando o garantido em caso de perda da ação judicial.

Não é esse o caso dos autos, já que existente apenas um recibo de quitação da dívida ante o endossante, recibo este que não possui força de garantia.

Saliente-se, ademais, que a denúncia da lide não se aplica ao caso de mera possibilidade de futuro direito de regresso, a ser buscado por ação de indenização, em razão de sua existência depender de prova da culpa do denunciado, pois estar-se-ia trazendo à relação processual um fundamento jurídico novo, instaurando-se uma nova lide, com causa de pedir distinta, ferindo os princípios da economia e da celeridade processual.

Nesse direcionamento, a denúncia à lide é cabível apenas nas hipóteses de automática ação de garantia, mas não nos casos em que se visualiza mera ação de indenização, conforme já aludido, sem que haja responsabilidade direta (regressiva) decorrente expressamente de lei ou de contrato.

No caso em comento, inexistente lei e, tampouco, cláusula contratual que obrigue o firmatário dos recibos de quitação a indenizar regressivamente a agravante/apelada, pelos valores que esta desembolsar a título de pagamento das notas promissórias quitadas por recibos firmados pelo pretenso denunciado.

Assim, não demonstrada a obrigação de garantir, inviável a denúncia à lide.

A propósito, este Tribunal já decidiu:

“Agravado de instrumento — Denúnciação à lide — Direito de regresso — Aplicação restritiva — Título de crédito — Duplicata sem aceite — Recurso desprovido.

“A interpretação a ser dada ao art. 70, III, do CPC deve ser restritiva, não bastando a simples possibilidade de direito de regresso para o denunciante, sendo imprescindível a existência de base legal ou contratual impositiva da responsabilidade do denunciado de prestar a garantia a que se obrigou” (AI n. 98.005905-4, de Campos Novos, rel. Des. Alcides Aguiar).

No mesmo norte é a orientação jurisprudencial de outros tribunais pátrios, conforme refletido nos acórdãos a seguir ementados:

“Só cabe denúnciação à lide, com base no inc. III do art. 70 do CPC, se o denunciante tiver direito de regresso contra o denunciado. Sem a existência deste direito, que pressupõe sub-rogação, não há lugar para denúnciação da lide com base naquele dispositivo legal” (TJRJ, Ap. 14, rel. Des. Barbosa Moreira; Adcoas, 1990, n. 128.700).

“Só se permite a denúnciação da lide, na exegese restritiva necessária que se faz ao inc. III do art. 70 do CPC, quando há relação jurídica de garantia propriamente dita entre o denunciante e o denunciado. A aplicação restrita refere-se aos casos em que a lei ou o contrato asseguram previamente à parte o direito regressivo contra o obrigado a indenizar o prejuízo, não assim no caso de mera possibilidade de vir a nascer aquele direito regressivo, a posteriori, com a sentença condenatória” (TJPR, Ap. 804/89, rel. Des. Negi Calixto, Adcoas, 1990, n. 129.255).

Acresça-se a isso que, sendo instituto afeto com exclusividade aos processos de conhecimento, a denúnciação da lide mostra-se incompatível com os feitos executórios, nos quais, como se sabe, inexistente sentença.

Em seus comentários sobre o assunto, Celso Agrícola Barbi assinala de forma enfática:

“Examinando as características do procedimento de execução dessa natureza, verifica-se que nele não há lugar para a denúnciação da lide. Esta pressupõe prazo de contestação, que não existe no processo de execução, onde a defesa é eventual por embargos. Além disso, os embargos são uma ação incidente entre executado

embargante e o exequente, para discussão apenas das matérias da execução. Não comportam ingresso de uma ação indenizatória do embargante com um terceiro. A sentença que decide os embargos apenas deve admiti-los ou rejeitá-los, não sendo lugar para decidir questões estranhas à execução.

“Celso Araújo Guimarães detém-se sobre a questão, concluindo também que a denunciação da lide não cabe nem no processo de execução propriamente dito nem no da ação incidental de embargos à execução, seja de título judicial, seja de título extrajudicial.

“Anotese, aliás, que nem mesmo chamamento ao processo é de ser admitido em processo de execução” (Denunciação da Lide no Direito Processual Civil Brasileiro, São Paulo, RT, 1984, págs. 146 e 147).

Não divergindo, acentua Vicente Greco Filho:

“...o chamamento ao processo é incabível na execução, em virtude de sua própria razão de ser. A finalidade do chamamento ao processo é a de que o réu possa, desde logo, obter um título executivo contra o devedor principal, os outros fiadores ou os outros devedores solidários.

“Na execução, como já existe o título, o pagamento por parte do avalista, fiador ou de um devedor solidário, automaticamente lhe transfere a propriedade do título e a legitimidade imediata para a execução contra o devedor principal, ou o devedor solidário, pelo total ou na cota-parte que lhe cabe, conforme o caso” (Da Intervenção de Terceiros, São Paulo, Saraiva, 1991, pág. 99).

O festejado Araken de Assis partilha do mesmo entender ao lecionar:

“Não comportaria a relação processual executiva, na realidade, a par da transformação forçada do mundo fático e da prática dos atos executivos, o exercício simultâneo de atos cognitivos e a resolução de uma lide trazida por uma das partes. É bem a hipótese da denunciação da lide, que é uma ação regressiva, in simultaneous processibus, pela qual o autor ou o réu veiculam uma pretensão de reembolso contra terceiro, caso algum deles vier a sucumbir na ação principal, formando título executivo” (Manual do Processo de Execução, vol. I, 1987, Porto Alegre, Lejur Letras Jurídicas Editora Ltda., pág. 148).

No mesmo diapasão é a orientação jurisprudencial, como ressalta dos acórdãos assim ementados:

“Denunciação da lide — Execução cambial — Inadmissibilidade — Inteligência do art. 71 do Código de Processo Civil — Agravo não provido.

“Tratando-se de execução não é admissível quer a denunciação da lide, quer o chamamento ao processo” (RT 504/173).

“No processo de execução, por não existir um procedimento preordenado ao contraditório já que tem por pressuposto a liquidez, a certeza do direito do credor, atestado pelo título executivo, e porque os embargos opostos devem apenas cingir-se à discussão da matéria da execução, com o fim de desconstituí-la, não cabe denunciação à lide, sendo impertinente inserir neles discussão sobre os direitos, do executado e seus co-devedo-

res" (TJMS, in DJMS 1.185, de 21/10/83, pág. 50).

"A denunciação da lide somente pode ter lugar no processo de conhecimento e nunca no processo de execução, onde não há sentença" (Revista Forense 273/219).

"A denunciação da lide é incabível nas execuções, não obstante a regra do art. 598 do CPC, e, como ensinam os doutrinadores, nas execuções cambiais, o próprio título resgatado dá ao interessado, se for o caso, o direito regressivo" (1º TARJ, Ap. Cív. n. 76.389, j. em 30/9/82, rel. juiz Lobato da Costa).

"A denunciação da lide é instituto típico do processo de conhecimento e só dele, não sendo cabível, de modo algum, no processo de execução" (RT 590/231).

Esse entendimento também se faz pacífico nesta Corte, cujos anais registram, a respeito da matéria, os acórdãos assim ementados:

"Execução. Embargos. Denunciação da lide. Incabimento.

"Não cabe denunciação da lide em processo de execução" (Ap. Cív. n. 24.383, rel. Des. Hélio Mosimann).

Ainda:

"A denunciação da lide em execução por título extrajudicial não é admitida" (AI n. 9.355, de Itajaí, rel. Des. Carlos Prudêncio).

"Sendo os embargos uma ação incidente entre o executado e o exequente, para discussão apenas das matérias da execução, é incabível a denunciação da lide, pois a sentença que decide os embargos deve apenas admiti-los ou rejeitá-los, não sendo lugar para decidir questões estranhas à

execução" (Ap. Cív. n. 26.685, de Gaspar, rel. Des. Wilson Guarany).

"Incabível a denunciação da lide, seja na execução ou nos embargos, posto que se trata de instituto típico do processo de conhecimento, flagrantemente incompatível com o processo de execução" (Ap. Cív. n. 40.193, de Brusque, rel. Des. Vanderlei Romer).

"A denunciação da lide, típica ação de regresso intentada nos próprios autos do processo de conhecimento, é incompatível com o processo de execução e, em consequência, com os embargos – processo incidente entre o executado-embargante e o exequente —, que pressupõem sempre a existência de um título executivo" (Ap. Cív. n. 51.853, de São José, rel. Des. Eder Graf).

Ou:

"Cambial — Nota promissória — Execução contra avalista — Âmbito da defesa — Chamamento ao processo e denunciação da lide — Inadmissibilidade — Cerceamento de defesa — Inexistência — Litigância de má-fé.

"(...)

"O chamamento ao processo e a denunciação da lide, por serem institutos próprios do processo de conhecimento, são incabíveis tanto no processo de execução quanto nos embargos à execução" (Ap. Cív. n. 97.002714-1, de Xanxerê, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Na mesma linha de raciocínio, gizamos da ementa referente ao acórdão do Agravo de Instrumento n. 96.001910-3, da comarca de Curitiba:

“Agravado de instrumento — Processo de execução — Denúnciação da lide — Descabimento — Decisão reformada — Recurso provido.

“Vez que o processo de execução tem como suporte basilar a liquidez e certeza do direito creditício do exequente, atestado pelo título que o respalda, e já que os embargos contra ele arremetidos devem ater-se à matéria ligada à execução, com o fito de desconstituí-la, não havendo neles um procedimento preordenado ao contraditório.

“Por isso mesmo, no processo executório descabe a inserção do instituto da denúnciação da lide, por via do qual são discutidos direitos do executado face a um terceiro totalmente estranho à relação processual executiva e que, por demandar a instauração do contraditório, compatibiliza-se apenas com os processos de conhecimento”.

Nega-se, pois, provimento ao agravo retido deduzido pela apelada!

2. Da apelação

Referentemente ao recurso de apelação intentado pela exequente, impõe-se seja ela agasalhada!

Constata-se, dos próprios títulos executados, de forma nítida, terem sido eles transferidos por endosso à apelante anteriormente aos vencimentos pactuados.

Não incidente em tal hipótese, em sendo assim, a regra inculpada no art. 20 da Lei Uniforme, não refletindo o endosso efetuado uma mera cessão de direitos.

Mesmo porque, conforme enfatiza o douto Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior:

“São, ademais, inteiramente inaceitáveis as teorias que procuram ver no endosso uma cessão, ainda que de natureza cambial, como pretendem alguns, porque o endosso e a cessão são institutos manifestamente inconfundíveis pelas seguintes razões: a) o endosso é um ato exclusivamente de natureza cambial, só podendo ser utilizado como meio de transferência de títulos de crédito e só pode ser lançado nestes, enquanto a cessão é ato de direito comum e por este disciplinado (arts. 1.065 a 1.078 do Código Civil), não podendo ser formalizada no título de crédito; b) o endosso corresponde a um ato unilateral de vontade, tanto que pode consistir em uma simples assinatura do endossante lançada no título e que neste independe de expressa aceitação do endossatário, ao passo que a cessão é um contrato bilateral, que pressupõe, para a sua eficácia, uma dupla manifestação de vontade por parte do cedente e do cessionário; c) o endosso é um ato formal, uma vez que só pode ser lançado no título de crédito ou folha ligada a este, e, sendo em branco, sem identificar a pessoa do endossatário, só pode ser feito no verso do título (art. 13 da Lei Uniforme), não se admitindo, pois, que seja dado em instrumento em separado do título, enquanto a cessão não requer forma especial, eis que, seguindo os princípios do contrato em geral, é consensual, dependendo somente do acordo de vontades entre o cedente e o cessionário, podendo ser efetivada no próprio instrumento do crédito ou em documento em separado; d) o endosso é um ato abstrato, que não se vincula à sua causa nem à relação fundamental, pois a elas é estranho, enquanto a

cessão é um ato causal, estando necessariamente vinculada a uma relação jurídica anterior; e) o endosso transfere ao endossatário um direito novo, autônomo, originário, desvinculado do direito do endossante, mas a cessão opera a transferência do cessionário de um direito derivado, ou seja, o mesmo direito de que era titular o cedente; f) o endosso feito a favor de um terceiro de boa-fé torna este invulnerável às exceções pessoais que porventura o devedor pudesse invocar em relação ao seu credor primitivo, mas a cessão (art. 1.072 do Código Civil) permite que o devedor oponha ao cessionário ou ao cedente que tiver ciência, inclusive as que se refiram aos cedentes anteriores, as exceções causais, uma vez que o cessionário adquire um direito derivado do direito do cedente; g) no endosso, o endossante, em regra, garante o pagamento do título de crédito, o que não ocorre na cessão, pois, salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor, mas tão-somente pela existência do crédito ao tempo da cessão (arts. 1.073 e 1.074 do Código Civil); h) a nulidade de um endosso não prejudica a cadeia sucessória para legitimar o portador do título de crédito em razão da autonomia das obrigações cambiárias (art. 16 da L.U.), enquanto uma cessão viciada prejudica as demais, face estarem todas as eventuais e sucessivas cessões vinculadas umas às outras; i) o endosso objetiva primeiro a transferência do título, mas a cessão visa à transferência do direito de crédito; j) quanto maior o número de endossos em um título de crédito, maior a segurança e proteção do portador do título, pois cada endossante

será responsável pelo seu pagamento, enquanto uma multiplicidade de cessões sucessivas diminui a segurança do último cessionário, pois o mesmo ficará sujeito a uma verdadeira 'caixa de surpresas', correspondente a uma pluralidade de exceções; l) o endosso é um ato puro, incondicional, enquanto a cessão pode estar subordinada, quanto à sua eficácia, a condição, termo ou encargo. Finalmente o próprio Código Civil, em seu art. 1.078, se encarrega de dirimir qualquer dúvida que eventualmente possa existir quanto à distinção entre o endosso e cessão, ao dispor que as suas disposições só se aplicam 'à cessão de outros direitos para os quais não haja modo especial de transferência', que é exatamente o caso do título de crédito, tanto que o art. 11 da Lei Uniforme expressamente dispõe que a cambial é transmissível por via de endosso" (Letra de Câmbio e Nota Promissória — Direito Cambiário, vol. I, Livraria Freitas Bastos S.A., 1ª. edição, 1984, págs. 238 a 240).

In casu, aprezados os vencimentos dos títulos para 25/10/93 e 25/11/93, foram eles transferidos por endosso à exequente em 20/10/93, ou seja, cinco dias antes do vencimento do primeiro desses títulos e um mês e cinco dias antecedentemente ao vencimento do segundo deles, endosso esse que, não vencidos os títulos, fazia-se perfeitamente legal.

Aponte-se, ademais, a impossibilidade da discussão da causa debendi dos títulos questionados, vez que não demonstrada a má-fé do terceiro, endossatário, presume-se de boa-fé, o que impossibilita a discussão da causa que deu origem à emissão das cartulas.

A respeito, é de clareza solar o Decreto n. 57.663/66, ao proibir, em seu art. 17, o devedor de opor exceções pessoais, quando o título for cobrado por terceiro-portador, dispondo in verbis:

“As pessoas acionadas em virtude de uma letra não podem opor ao portador as exceções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador ou com os portadores anteriores, a menos que o portador ao adquirir a letra tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor”.

Nesse sentido igualmente é a doutrina pátria, quando assim se manifesta:

“A segurança do terceiro de boa-fé é essencial na negociabilidade dos títulos de crédito. O direito, em diversos preceitos legais, realiza essa proteção, impedindo que o subscritor ou devedor do título se valha, contra o terceiro adquirente, de defesa que tivesse contra aquele com quem manteve relação direta e a favor de quem dirigiu a sua declaração de vontade. Por conseguinte, em toda a fase da circulação do título, o emissor pode opor ao seu credor direto as exceções de direito pessoal que contra ele tiver, tais como, por exemplo, a circunstância de já lhe ter efetuado o pagamento do mesmo título, ou pretender compensá-lo com crédito que contra ele possuir. Mas se o mesmo título houver saído das mãos do credor direto e for apresentado por um terceiro, que esteja de boa-fé, já nenhuma exceção de defesa ou oposição poderá usar o devedor contra o novo credor, baseado na relação pessoal anterior. Este, ao receber o título, houve-o purificado de todas as relações pessoais anterio-

res que não lhe dizem respeito” (Rubens Requião, Curso de Direito Comercial, vol. II, 20ª ed., 1995, pág. 296, grifo nosso).

Na mesma esteira é a lição do lapidar Theóphilo de Azeredo Santos, quando diz:

“Entende-se, também, que o título de crédito dá origem a obrigações desvinculadas da causa que o gerou. Ao receber em pagamento uma letra de câmbio, pouco importa a causa que motivou sua emissão. O devedor é obrigado a pagar porque criou, gerou obrigação. Não se pesquisa, para realizar o pagamento, a razão que conduziu o devedor a lançar a sua assinatura. Fê-lo porque quis, exerceu um direito, praticou um ato de vontade, obrigando-se, em conseqüência” (Manual dos Títulos de Crédito, 2ª ed., pág. 5).

Note-se que isso se deve ao fato de que as notas promissórias são, por sua natureza, títulos abstratos, não se indagando acerca da sua origem, já que, via de regra, assinados e postos em circulação por meio do endosso, adquirem autonomia, desvinculando-se por completo da causa que lhes deu origem, cabendo ao devedor, quando apresentado o título pelo endossatário, o pagamento respectivo.

Fran Martins, discorrendo sobre o princípio da inoponibilidade das exceções, doutrina:

“Por essa regra, consagrada no art. 17, da Lei Uniforme, o obrigado em uma letra não pode recusar o pagamento ao portador alegando suas relações pessoais com o sacador ou outros obrigados anteriores do título (por exemplo, não pode o obrigado re-

cusar o pagamento alegando que é credor do sacado). Tais exceções ou defesas são inoponíveis ao portador, que fica, sempre, assegurado quanto ao cumprimento da obrigação pelo obrigado" (Títulos de Créditos, 8ª ed., Forense, n. 5, pág. 17).

Observe-se que, conforme já salientado por Rubens Requião, a única hipótese em que o devedor poderá deixar de pagar o valor correspondente ao título ao endossatário é quando consegue provar que este está agindo em conluio com o endossante, o que, aponte-se, não restou comprovado nos autos.

Lendo-se atentamente os depoimentos de Marcelo Puccini Caminha (fl. 67) e de Osvaldo dos Santos Caminha (fl. 76), percebe-se, nitidamente, que a nota promissória endossada pelo próprio Marcelo Puccini Caminha, representante da empresa Marca Administração e Participações Ltda., ou foi sem qualquer conluio ou má-fé, ou, se assim houve, não restou devidamente comprovado.

Essa prova incumbia com exclusividade à apelada, que, no entanto, não a produziu sequer de modo indiciário.

Assinale-se que, ao menos em tese, efetivamente houve o pagamento das notas promissórias por parte da embargante ao representante da empresa Marca, conforme se depreende do recibos acostados às fls. 10 e 11.

Entretanto, como já elucidado, tal defesa não poderá ser aceita, já que, tratando-se de títulos abstratos, o pagamento feito posteriormente ao endosso havido, ao credor originário, é defesa que não pode ser oposta ao endossatário, posto que somente im-

putável ao anterior credor que, indevidamente, veio a receber o valor dos títulos, numa demonstração evidente de má-fé.

Igual solução deve ser dada à discussão acerca da validade do mandato outorgado.

Tecendo seus comentários a propósito, Pontes de Miranda deixou anotado de forma precisa:

"Quem tem a posse própria ou imprópria do título endossável é quem pode apresentá-lo e tem direito a isso. Perante o subscritor, o tenedor tem poder de apresentar, porém, a despeito da sua legitimação diante do subscritor, a pretensão nasce a favor de quem é credor, ou da pessoa a quem o credor outorgou o direito a percepção. Com tudo isso, nada tem o subscritor. A posse ou a tença, se não há circunstâncias que elidam a legitimação do apresentante, legitima quem apresenta, constando do título como endossatário, ou após endosso em branco" (Tratado de Direito Privado, § 3.804, Borsoi, 2ª edição, 1961, tomo XXXIII, pág. 291).

A seu turno, tem enfatizado a jurisprudência:

"Execução — Cambial — Endosso.

"Não demonstrado o conluio do endossatário com o endossante da cambial, descabe ao executado opor ao primeiro relações pessoais porventura existentes com o segundo" (Ap. Cív. n. 97.008711-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Eder Graf).

Também:

"Embargos do devedor. Nota promissória. Endosso em branco. Execução promovida pelo endossatá-

rio de boa-fé. Legitimidade para interpor a ação. Sentença mantida.

“A nota promissória é, por excelência, um título de crédito autônomo e abstrato. Uma vez posta em circulação, endossada a terceiro de boa-fé, desautoriza o emitente de escusar-se ao cumprimento das obrigações assumidas e opor ao endossatário as relações pessoais que tenha com o endossante primitivo, tampouco questões ligadas à relação fundamental que dê origem à cártula” (Ap. Cív. n. 45.960, de Blumenau, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Ainda:

“Cheque. Endosso caracteriza. Execução dirigida pelo endossatário contra a emitente do cheque. Defesa desta, através de embargos do devedor, calcada na afirmação de extravio ou furto da cártula. Inexistência de prova acerca do alegado.

“O endossatário de boa-fé que desconhece a origem viciada do título faz jus a sua cobrança. A lei procura garantir o portador de boa-fé que recebeu regularmente o cheque por endosso, autorizando neste caso o ajuizamento de execução contra o respectivo emitente” (Ap. Cív. n. 36.382, de Braço do Norte, rel. Des. Napoleão Amarante).

Em repetição, aponte-se que a apelante Sinos Embalagens Limitada propôs ação de execução em face de Therezinha Campos dos Santos, cobrando uma importância representada por notas promissórias, emitidas em 28 de julho de 1993, endossadas para a recorrente em 20 de outubro de 1993, previsto o vencimento dos títulos para 25 de outubro de 1993 e 25 de novembro de 1993.

Esse endosso, registre-se, não pode ser confundido com cessão civil, a qual pressupõe o ato translativo após o vencimento.

Com efeito:

“A Câmara decidiu inacolher o pedido de reforma, vez que o endosso preenche os requisitos legais e a irregularidade apontada não se presta ao deslinde da questão, não invalida nem tira a eficácia plena e a força executiva dos títulos objeto da execução; pois, para ilidir a presunção de liquidez e certeza que milita em favor dos títulos de crédito, a prova há que ser inequívoca, cabal; o que não ocorre no caso dos autos, vez que as promissórias foram endossadas pelo legítimo portador e beneficiário das mesmas, nada se tendo provado em contrário; e, ainda, considerando que sendo a nota promissória uma promessa de pagamento a cumprir na data do vencimento, o endosso anterior a ele transfere ao endossatário esta mesma promessa; bem como, que o endossatário exerce direito próprio, fundado em vinculação cambiária, abstrata e autônoma” (Ap. Cív. n. 45.230, de São Miguel do Oeste, Des. Rubem Córdova, j. 12/4/94).

Ou ainda:

“A vinculação de cambiais a contrato não impede o seu endosso.

“Praticado este ato antes do vencimento, não há falar-se em cessão civil, inaplicando-se, conseqüentemente, as normas que lhe são próprias” (Ap. Cív. n. 37.760, de Balneário Camboriú, DJE n. 8.376, 12/11/91, pág. 24).

Assim, se o ato translativo fosse feito após o vencimento da cártula, efetivamente poderia a devedora

opor-se ao pagamento ante os argumentos que expendeu, posto então não se tratar propriamente de endosso, senão de cessão civil.

Diverso, no entanto, o caso enfocado nestes autos, uma vez que a transferência, via endosso, foi realizada anteriormente ao vencimento das cédulas exequendas, sendo perfeitamente válido e eficaz esse endosso ante a não comprovação de má-fé por parte do endossatário.

No que tange aos recibos de fls. 10 e 11, pelos quais foi dada em favor da apelada a quitação total dos títulos exequendos pelo procurador do endossante, podem e devem ser eles utilizados, pela apelada, para

promover ação indenizatória pelo ato praticado pelo endossante e seu procurador.

Empresta-se, pois, provimento ao apelo deduzido, rejeitando-se os embargos à execução propostos pela recorrida, com inversão dos encargos sucumbenciais.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves.

Florianópolis, 10 de agosto de 2000.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.009280-1, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Trindade dos Santos

Monitória. Contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente. Acoplamento dos extratos correspondentes. Prova escrita sem eficácia de título executivo. Art. 1.102a do CPC. Ausência, entretanto, dos pressupostos de liquidez e certeza dos valores pretendidos. Não realização de perícia por inércia do credor. Impossibilidade, ademais, de sua apuração em sede monitória. Extinção do pleito. Sentença confirmada. Insurgência recursal desprovida.

Inegavelmente, o contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente, ao qual se acoplem os extratos bancários referidos ao período da contratualidade, convola-se em título hábil à utilização da via monitória.

Entretanto, de mister é que, a par disso, nos respectivos extratos estejam presentes os pressupostos de certeza e liquidez, estas evidenciadas no próprio título.

Não integrados esses requisitos, determinada a realização de prova pericial para a apuração do efetivo quantum debeatur, já que inesclarecidos convenientemente os valores dados como representativos da dívida pretendida de transmutação em título executivo, frustrada a realização da prova por negligência exclusivamente imputável ao próprio requerente, a extinção do feito mostra-se incensurável.

A par disso, não se olvide que se para o êxito da ação monitória é indispensável a demonstração de plano, por prova escrita, da certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação perseguida, não há admitir a apuração desses pressupostos no curso dos embargos deduzidos pela parte demandada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.009280-1, da comarca da Criciúma (1ª Vara), em que é apelante Banco Real S.A., sendo apelado Clarismundo Rabelo Mendes:

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

Custas na forma da lei.

Banco Real S.A. propôs ação monitória contra Clarismundo Rabelo Mendes, noticiando ser credor do acionado na quantia de R\$ 7.500,69 (sete mil e quinhentos reais e sessenta e nove centavos), correspondente a saldo devedor da conta corrente n. 4704548-1, vinculada a contrato de crédito rotativo.

Determinada a expedição liminar do mandado monitório, o réu, no prazo legal, opôs embargos, requerendo a concessão de assistência judiciária e postulando, preliminarmente, a decretação de nulidade do contrato firmado entre as partes, por encontrar-se eivado de vício insaná-

vel, em face da ausência das taxas e índices de juros aplicados.

No mérito, alegou que o “demonstrativo de liquidação” anexado à fl. 6 dos autos tem caráter unilateral, além de não estar revestido de certeza, liquidez e exigibilidade, motivo que torna o embargado carecedor da ação.

Afirmou, também, que procurou a instituição financeira embargada e assumiu administrativamente a dívida existente, momento em que efetuou o pagamento de duas parcelas, devidamente comprovado esse pagamento parcial pelos recibos de fl. 147.

Finalizou requerendo a intimação do banco para que este providenciasse a juntada do demonstrativo de débito, incluindo os índices e taxas aplicados sobre o montante devido.

Devidamente intimado, o banco embargado apresentou impugnação, acentuando que os valores pagos pelo embargante já foram deduzidos do montante devido.

Sustentou a liquidez, certeza e exigibilidade do título em discussão, fulcrando seu posicionamento no prin-

cípio do pacta sunt servanda, o qual pressupõe o acordo de vontades na elaboração das disposições contratuais firmadas, constituindo lei entre partes e obrigando-as a cumpri-las.

Discorreu sobre a legalidade da cobrança de correção monetária, comissão de permanência, a respeito da taxa de juros e sua capitalização, bem como da não cumulação da multa contratual com outras verbas, consignando, por fim, ser desnecessária a realização de perícia para apuração dos valores devidos, nos termos do art. 420 do CPC.

Pela decisão de fls. 167 a 169, o Magistrado a quo determinou a realização de prova pericial, por entender necessária a apuração do valor efetivamente devido, o que não foi feito, visto que o requerente não providenciou o respectivo depósito dos honorários no prazo fixado.

Adveio, assim, a extinção do feito sem julgamento do mérito, com fundamento do art. 267, VI, do CPC, ante a impossibilidade de constituir a liquidez do título.

Irresignado com o decísum, o autor interpôs recurso de apelação reiterando seu posicionamento acerca da realização da prova pericial determinada pelo juízo, argumentando que tal prova não foi efetuada pela inércia do embargante, pois não foi o apelante que a requereu.

Insurgiu-se contra a intimação da perícia, por ambígua, alegando que “requerente” tanto pode ser considerado o autor da demanda, como quem pleiteou a realização da prova e, por essa razão, manteve-se silente por entender que a intimação dirigia-se ao embargante.

Aduziu, outrossim, a possibilidade do julgamento do pedido com os extratos anexados, pois corretos e suficientes, cabendo ao embargante o ônus de comprovar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Finalizando, pleiteou a reforma do decisório vergastado, prosseguindo-se o feito para conceder-lhe a oportunidade de apresentar planilha de débito ou efetuar o depósito dos honorários periciais.

O recorrido ofereceu resposta ao apelo deduzido.

É o relatório.

A sentença extintiva proferida pelo ilustre Magistrado a quo há que ser confirmada em sua integralidade.

Primeiramente, como já sabido, destaca-se que os contratos de limite de crédito em conta corrente não podem ser incluídos no rol dos títulos com eficácia executiva, pois tais documentos não evidenciam a liquidez, certeza e exigibilidade necessárias para tanto.

Como paradigma, é cediço que toda execução, para tramitar regularmente, deve ter por base um título executivo judicial ou extrajudicial, consoante disposição do art. 583 do CPC.

Por meio do processo monitorio instaurado objetivava a instituição financeira apelante a cobrança de valores oriundos de contrato de limite de crédito em conta corrente, firmado em 26/10/93, com vencimento em 25/2/94 e limite fixado em R\$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), de acordo com cópia juntada à fl. 125.

Anteriormente, como paliativo para a questão, adotava-se como so-

lução eficaz a assertiva de que, se os contratos dessa natureza viessem acompanhados dos respectivos extratos bancários, estariam preenchendo as circunstâncias que os caracterizariam como título executivo.

Mas, atualmente, como os valores que são cobrados advêm de extratos emitidos pelas instituições financeiras, majoritariamente decide-se que os créditos, como o que está em questão no presente momento, não se apresentam líquidos, necessitando de maiores esclarecimentos ante os lançamentos unilaterais que neles incidem, dos quais não constam as assinaturas do correntista, nem de testemunhas.

Assim, não se pode querer afirmar que esses encargos foram previamente estabelecidos, necessitando de apuração pormenorizada dos valores devidos.

Juntamente com o pedido monitorio apenas foram apresentados os extratos como título sem eficácia executiva, buscando o autor a prestação jurisdicional para seu crédito, com o conseqüente pagamento da soma em dinheiro que deduz ser devida, a ser realizado pelo réu.

E para que a ação monitoria tramitasse regularmente, assim como no processo de execução, cabia ao autor demonstrar os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como a possibilidade jurídica do seu pedido, visto que referido procedimento também exige o preenchimento dos preceituados requisitos legais.

O procedimento monitorio, pela sumariedade, certamente foi adotado em consideração à incessante busca por encontrar meios mais adequados

e céleres para o alcance da melhor solução das inúmeras ações de cobrança que tramitam perante os juízos de todo o país, bem como abreviar a formação do título executivo.

Entretanto, tal circunstância não pode significar o afastamento de diligências e regras, próprias para o procedimento e já consagradas pelo instituto processual em tela, não se podendo olvidar que o objeto dessa ação é a prestação consistente em obrigação pecuniária e, por sua vez, esta deve ser líquida.

No mesmo sentir, dissertando acerca da prova que consubstancia o pedido do credor, assinala o renomado Cândido Rangel Dinamarco:

"Tratando-se de título corporificado em ato de vontade do devedor (como são quase todos os extrajudiciais), é indispensável que esse ato de vontade já expresse o montante da obrigação que ele reconhece dever. (...)

"Se ele declara que pagará, mas não diz quanto pagará nem reconhece expressa e previamente o montante dessa obrigação, falta um dos requisitos que constituem o próprio substrato legitimador da eficácia executiva perante o sistema processual. (...)

"Se não fosse assim, aliás, não teria igênciã alguma a exigência de liquidez. (...)

"Permitir que depois venha o próprio credor a indicar o montante da dívida significa desnaturar o próprio título em sua inserção institucional no sistema e permitir, afinal, que sempre o credor possa completar, unilateralmente, um requisito antes faltante. Nem tem significado algum, no sistema, a prévia aceitação de futura liqui-

dez, declarada no contrato de abertura de crédito. (...)

“É preciso ponderar, também, que quando o contrato é assinado, débito algum existe e constitui um paradoxo aceitar a confissão de dívida futura, a ser constituída por atos do próprio devedor, em parte (emissão de cheques); mas, em outra parte, por atos unilaterais do seu credor, aos quais ele não tem acesso, dos quais não participa e de cujos fundamentos quase nunca é informado satisfatoriamente (juros e encargos).

“Além de tudo isso, o título executivo precisa ser capaz de trazer ao juiz, por si próprio e sem o auxílio de qualquer meio de prova, a certeza de estar dando curso a uma execução realmente fundada em obrigação existente e bem dimensionada a ela” (RT 570/103-112).

E é aqui, justamente, que reside o nó górdio da questão.

A par de toda a documentação colacionada aos autos pelo autor, o ilustre Magistrado a quo, corretamente, determinou a realização de perícia, de ofício, quando, fundamentadamente, demonstrou sua razão de decidir e expôs seus motivos, como ressalta de fls. 167 a 169.

O crédito do autor, no caso vertente, ressentia-se da exigida liquidez.

Senão vejamos.

Muito embora os extratos bancários anexados aos autos (fls. 7 a 122) estejam vinculados ao contrato de limite de crédito, assinado pelo devedor (fls. 125 a 129), verifica-se que em momento algum encontram-se expressos os índices de correção monetária, nem qualquer outra taxa que

restou aplicada sobre os valores do limite de crédito utilizados pelo réu.

Ora, mesmo havendo crédito em favor da instituição financeira, para que seja passível de cobrança pela via injuncional, impõe-se demonstrada a correta apuração do montante com a devida clareza e apresentação dos lançamentos efetuados e que propiciaram o alcance do quantum debeat.

Ademais, a liquidez do débito faz-se imprescindível para a cobrança de “prestação consistente em quantia monetária” pela via cognitiva da ação monitória, não podendo ser aceito que tal quantia seja liquidada em outra fase que não na própria inicial do processo.

Enfocando o assunto, a ilustrada Elaine Harzheim Macedo registra:

“No que diz respeito à prestação consistente em quantia monetária, o valor deve ser líquido. Valores que exijam liquidação para a sua fixação, seja por arbitramento, seja por artigos, não podem ser resolvidos por esse caminho procedimental. É que o art. 1.102c dispõe que, após o comando preliminar adquirir força executiva (o que pode ocorrer mediante o silêncio do demandado ou porque improcedentes os embargos), o feito prosseguirá na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e V, do Código, o que vale dizer que à definitividade da formação do título executivo seguem-se os atos executórios propriamente ditos, isto é, no caso de quantia certa, a penhora de bens” (Do Procedimento Monitório, 1999, RT, pág. 129).

E continua:

“A liquidez da soma, por outro lado, nos leva a concluir que o autor

deve instruir a inicial com a memória discriminada do cálculo, a exemplo do que ocorre no processo executivo por quantia certa contra devedor solvente, como dispõe o art. 604 do estatuto processual, redação atual dada pela Lei n. 8.898, de 29 de julho de 1994, e art. 614, inciso II, alterado pela Lei n. 8.953, de 13 de dezembro de 1994. É que o procedimento monitório é sumário, dispensando maiores produções de prova, além daquela que já deve instruir o pedido inicial. O contraditório, como já se viu antes, só terá início por provocação do demandado, através dos embargos. Assim, inocorrendo a oposição, a ordem judicial emanada com base na petição vestibular passará a ter força executiva, dando início aos atos expropriadores do patrimônio do devedor. Não, há, pois, espaço para se conhecer e discutir sobre o quantum debeatur na via injuncional. Os valores desde logo devem vir especificados, inclusive com a atualização monetária, caso incidente" (ob. cit., págs. 129 e 130).

João Roberto Parizatto da mesma forma ensina:

"Para que se possa reivindicar o pagamento de soma em dinheiro, torna-se necessário que concorram os requisitos legais atinentes à liquidez, certeza e exigibilidade da dívida que se pretende cobrar pela ação monitória.

"O conceito de liquidez é aquele quando a obrigação é certa quanto à sua existência e determinada, quanto ao seu objeto.

"O conceito de certeza, vem a ser a exatidão do crédito, sem qualquer dúvida ou incerteza, sendo incontestável a sua existência. (...)

"O conceito de exigível vem a ser a condição de estar vencida a obrigação constante do respectivo título de crédito. Sem tal condição, inexigível será o cumprimento da obrigação. Temos que ocorrendo o inadimplemento, que se constitui na falta de cumprimento de uma obrigação, e concorrendo as condições de liquidez, certeza e exigibilidade da dívida que se pretende cobrar pela ação monitória, além das condições da ação, facultase o ingresso em juízo para o recebimento do crédito.

"Para instrução da ação monitória é necessário que se demonstre de plano, mediante prova escrita, a certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação pretendida, não se admitindo o accertamento do débito no curso dos embargos eventualmente opostos pelo devedor" (Ação Monitória, 4ª ed., 1999, Edipa, págs. 11 e 12).

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em seu valioso Código de Processo Civil Anotado, ao comentar o art. 1.102, observa:

"Optou o legislador brasileiro pelo monitório documental, que pressupõe 'prova escrita', com os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade, não se prestando a tal o chamado 'começo de prova'. Essa prova, ademais, pode ser preconstituída ou causal, podendo até mesmo dispensar a assinatura do devedor (CPC, art. 371, III)".

Nesse sentido:

"Ação monitória. Documento hábil. Demonstrativo de débito em contrato de abertura de conta corrente.

"1. Afirmando o acórdão recorrido que há prova escrita, não é possível afastar o cabimento da ação moni-

tória, sob o argumento de que não existe liquidez e certeza da obrigação.

"2. No contrato de abertura de crédito, os demonstrativos de débito, mesmo unilaterais, servem para o ajuizamento da ação monitória.

"3. Recurso especial conhecido e provido" (REsp n. 188.375/MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16/8/1999, DJU de 18/10/1999, pág. 230).

Ainda:

"Ação monitória. Contrato de abertura de crédito. Honorários. Artigo 22 do CPC.

"Embora na ação monitória não se requeira a comprovação da certeza, exigibilidade e liquidez do débito nos moldes do processo de execução, essa prova deve ser feita, ainda que indiretamente e por meio de cognição sumária, mediante os documentos que instruem a inicial e atestam a narrativa nela contida, pois o seu objetivo é a constituição de título executivo que só pode ser alcançada com a indicação precisa do valor que se pleiteia.

"Não se aplica o disposto no artigo 22 do CPC quando a parte argúi a questão que leva o tribunal a decidir a seu favor" (REsp n. 147.548/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 16/8/1999, DJU de 27/9/1999, pág. 95).

Em busca do saneamento do processo, o Magistrado a quo diligentemente determinou de ofício a realização de perícia contábil para a apuração do valor efetivamente devido, a ser calculado pela única disposição acerca dos encargos incidentes constante nos autos, expurgando qualquer capitalização, oportunidade em que determinou a intimação do "requeren-

te" para providenciar o depósito dos honorários no prazo de cinco dias.

Além de insurgir-se contra a produção dessa prova, por entendê-la desnecessária, o autor alega que não providenciou o depósito determinado por entender ambígua a intimação procedida pelo cartório.

Necessário, antes de mais nada, destacar que em momento algum do processo evidencia-se a apresentação de requerimento de realização de perícia por qualquer das partes, como quis justificar o autor no intuito de conduzir a responsabilidade ao réu pela sua omissão.

Tal prova foi determinada pelo Juiz por entender que o autor não logrou juntar ao processo documentos bastantes para elucidar o valor devido.

Nesse caso, a solução para a quaestio encontra-se de maneira hialina descrita no art. 33 do Código de Processo Civil, o qual prescreve:

"Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz".

Em sendo assim, não pode o autor querer esquivar-se do cumprimento da lei utilizando o vago subterfúgio da ambigüidade na decisão judicial e na intimação realizada pelo cartório, pois o mandamento legal está suficientemente claro, não podendo ser tal incidente tido como uma escusa aceitável, como justificativa para a concessão de nova oportunidade ao autor.

Além do mais, da decisão que determinou a realização de perícia contábil não houve qualquer irresignação por parte do apelante, o que manifesta a preclusão temporal, não mais podendo ele espancar a necessidade desta preclusão pela sua anterior aceitação tácita, extinguindo seu direito, ressalvado se efetivamente demonstrar que não o fez por justa causa (art. 183 do CPC).

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a esse respeito:

“Civil e processual civil. Tombamento. Fixação do valor indenizatório. Prova. Nulidade da prova pericial de ofício. Impossibilidade em face da preclusão. Prequestionamento. Ausência.

“No âmbito do especial, só se aprecia questões jurídicas discutidas e decididas nas instâncias ordinárias.

“Para que se configure o prequestionamento — que constitui pressuposto de natureza constitucional — não basta que o acórdão recorrido tenha feito simples menção ao preceito legal que se pretende tenha sido malferido; é necessário que sobre ele o aresto desafiado tenha expendido juízo de valor, interpretando-lhe o sentido e aplicando-lhe aos fatos da causa.

“O acórdão que, com arrimo nos elementos de informação do processo, fixa o valor indenizatório está imune de reexame, pela via do especial (Súmula 7/STJ).

“Se, ao julgar a apelação, o Tribunal recorrido anulou a perícia (realizada em primeiro grau de jurisdição) e determinou a sua repetição (nomeando, desde logo, outro perito) com a lavratura de acórdão e o consentimento tácito das partes, eis que, em tempo oportuno, não interpuseram o recurso

adequado, a questão (realização de nova perícia) fica acobertada pela preclusão e indene de reestudo na apreciação do especial intentado contra o decisório que decidiu sobre o mérito da causa.

“Em grau de recurso especial é defeso, ao STJ, declarar, de ofício, a nulidade de perícia, tanto pela ausência de prequestionamento, quanto por ofensa aos princípios da disponibilidade (arts. 2º e 262 do CPC) — *judex ne procedet ex officio* — e do tantum devolutum quantum appellatum, sob pena de proferir julgamento nulo — *extra petita*.

“Recurso especial de que se não conhece. Decisão por maioria de votos” (REsp n. 119.902/SP, rel. design. Min. Demócrito Reinaldo, j. 18/8/1998, DJU de 1º/3/1999, pág. 224).

Dessa forma, estando a dívida ilíquida e não havendo o apelante implementado a determinação judicial cujo cumprimento ensejaria a realização da prova que carregaria esclarecimentos ao feito quanto ao exato valor devido, não restava outra alternativa ao Julgador singular que não a extinção do processo, ante o gritante desinteresse do autor, não havendo, assim, o que ser alterado no *decisum* monocrático.

Nega-se, portanto, provimento ao apelo deduzido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves.

Florianópolis, 8 de setembro de 2000.

*Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.019876-6, DE JOINVILLE

Relator: Des. Trindade dos Santos

Reivindicatória. Defesa baseada em usucapião. Reconhecimento da prescrição aquisitiva. Julgamento extra petita. Inocorrência. Correlação entre os fundamentos e a decisão. Argumento repellido. Pleito dominial desacolhido. Sentença incensurável. Reclamo recursal desatendido.

A prescrição aquisitiva, ainda que não transcrita em favor do argüente, pode ser invocada como defesa em ação de reivindicação, gerando a desacolhida do pleito dominial, acaso positivados os pressupostos daquela. E o acolhimento da defesa produzida nesse sentido, por óbvio, não implica em julgamento extra petita.

Inexiste, na sentença judicial, falta de correlação entre a fundamentação e a decisão, por ausência de conclusão lógica, apenas pelo fato de haver o julgador singular, em se tratando de ação dominial, haver considerado, essencialmente, a posse dos demandados. Evidentemente é que, invocado o usucapião como matéria de defesa em litígio essencialmente dominial, como sói ser a reivindicatória, o magistrado, para prolatar a sentença, ao ver estampados nos autos os pressupostos integradores da prescrição aquisitiva, fará prevalecer, sobre o domínio dos postulantes, a posse dos demandados.

Custas legais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.019876-6, da comarca de Joinville (3ª Vara), em que é apelante Sérgio Skiba, sendo apelados Alírio Pagelkopf e sua mulher:

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

Com respaldo no art. 524 do Código Civil, Sérgio Skiba, representando os herdeiros de Abílio Sebastião da Silva, aforou contra Alírio Pagelkopf ação ordinária de reivindicação, argumentando, em síntese, que, em 5/4/55, adquiriu do Loteamento Itaum Ltda. um terreno situado no município de Joinville, nos fundos das terras da Estrada Bupeva, Loteamento Nossa

Senhora de Fátima, lote n. 5, da Quadra C, com 17 metros de frente para uma rua projetada, por 46 metros de fundos, limitando-se de um lado com o lote n. 4 do comprador e do outro lado com o lote n. 47 do vendedor, contendo a área total 540m² (quinhentos e quarenta metros quadrados). No entanto, no dia 29 de junho de 1977, o demandado ocupou indevidamente o imóvel descrito e o detém sem título que justifique a sua posse.

Requeru, ao final, a citação do réu e que fosse julgada procedente a ação para ser declarado o autor proprietário do aludido imóvel, condenando o demandado a lhe restituir o imóvel com todos os frutos e rendimentos, juros de mora, custas e honorários advocatícios no total de 20%, calculados sobre o valor total do montante a ser apurado, monetariamente corrigido.

Juntou os documentos de fls. 5 a 41.

Contestando a proposição reivindicatória externada na exordial, o acionado invocou, em preliminar, a inépcia da inicial por não ter requerido a citação de sua esposa e a carência da ação por não provar o autor que o imóvel reivindicando seja realmente o seu.

No mérito, sustentou que o imóvel a que se refere o reivindicante em nada se assemelha ao que o contestante ocupa mansa e pacificamente desde a sua aquisição, ocorrida em 16/6/77; o autor, acentuou o demandado, está confundindo os imóveis pelo fato de terem origem no mesmo vendedor, aduzindo, por fim, que, se não houver confusão entre os imóveis, já prescreveu o direito do autor de rea-

ver o imóvel, consoante o disposto no art. 551 do CC, já que o contestante o possui desde a época da aquisição, em 30/5/75, considerando a transmissão da posse da primeira compradora.

Finalizando, requereu a extinção do processo em virtude das preliminares invocadas e, em assim não sendo, a improcedência do pedido, com a condenação do autor ao pagamento das custas processuais, honorários advocatícios e demais despesas processuais, pleiteando pela produção de provas, em especial a perícia já requerida pelo autor e a oitiva de testemunhas, anexando os documentos de fls. 49 a 58.

Os autores manifestaram-se sobre a contestação, rebatendo as preliminares e, no mérito, aduziram que o fato do terreno ser o mesmo ou não é questão a ser resolvida quando da produção de provas, requerendo a citação da mulher do réu.

Em atendimento à determinação judicial, as partes litigantes especificaram provas.

Na audiência de conciliação, inexitosas as tentativas de composição amigável, o MM. Julgador singular deferiu as provas requeridas, nomeando perito judicial para a realização da prova técnica, facultado às partes a indicação de assistentes técnicos e apresentação dos quesitos, no prazo de cinco dias, quesitos esses que foram formulados no prazo oportunizado.

O laudo pericial foi entregue ao Juízo dentro do prazo estipulado, tendo o réu o impugnado, taxando-o de confuso, equivocado e contraditório, concluindo que, no entanto, por tal laudo os imóveis não são os mesmos, o

que leva à improcedência do pedido reivindicatório.

Verificada a ausência da citação da esposa do requerido, foi determinada a sua feitura, para evitar a nulidade absoluta do processo por se tratar de ação real. A ré não foi encontrada, motivo pelo qual foi requerida a sua citação por edital, sendo deferido o pedido.

Realizada nova audiência de conciliação, instrução e julgamento, foi decretada a nulidade do processo a partir da fl. 110, em face da nulidade da citação editalícia, determinada, então, a nova citação da esposa do réu, Ely Henkil Pagelkopf.

Citada a esposa do demandado, esta contestou a inicial, alegando que o imóvel descrito pelo requerente é distinto do de sua propriedade e que o autor perdeu a propriedade do imóvel seja pelo abandono seja pelo usucapião. Postulou pela improcedência do pedido portal, anexando documentos.

O autor manifestou-se acerca da contestação da ré Ely Henkil Pagelkopf, dizendo que o laudo pericial já deixou claro que os lotes são os mesmos.

Foi realizada nova audiência de conciliação sem êxito.

Em audiência de conciliação, instrução e julgamento, o perito comprometeu-se a apresentar laudo suplementar, para suprir as contradições apresentadas, determinando o MM. Juiz que as partes oferecessem quesitos complementares e indicassem assistentes técnicos, concedendo prazo para a elaboração do novo laudo.

Apresentado este, de suas conclusões intimou-se as partes.

Em nova audiência de conciliação, instrução e julgamento, resultando infrutíferas as tentativas de conciliação, foram ouvidas as testemunhas arroladas.

As alegações finais foram oferecidas por memoriais.

Entregando a prestação jurisdicional, o MM. Juiz julgou improcedente a ação, declarando a perda do domínio pelo autor do imóvel objeto da lide por reconhecer a ocorrência de prescrição aquisitiva, na sua forma ordinária.

Condenou o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 2.000,00.

Inconformado, o requerente interpôs recurso de apelação, arguindo, preliminarmente, a nulidade da sentença, dada a ocorrência de julgamento extra petita, tendo em vista que nos autos não há pedido de usucapião por nenhuma das partes, inexistente, ademais disso, correlação entre a fundamentação e a decisão. No mérito, alegou que a sentença não fez justiça pois deixou de apreciar o verdadeiro motivo da lide, que era o de saber de quem é realmente a propriedade, sendo incabível o usucapião por existir dois registros de imóveis, não podendo falar-se em usucapião se existe a propriedade. Sustentou que a ação de usucapião exige procedimento próprio, exigindo a intervenção do Ministério Público, o que não ocorreu no caso.

Os apelados não ofereceram resposta ao recurso.

É o relatório.

O combate apelatório formula-se pelo autor do pleito reivindicatório, em face do insucesso obtido na instância monocrática, não está a merecer acolhimento.

Com relação às preliminares levantadas pelo apelante, estas devem ser descartadas de plano, pois são visivelmente protelatórias.

Não assiste razão alguma ao apelante quando afirma que não há no feito o pedido de usucapião por nenhuma das partes, sendo, por isso, extra petita e, portanto, nula, a sentença proferida.

Ora, na contestação apresentada pelo apelado às fls. 46 a 48, está clara a invocação de usucapião, invocação essa reiterada na contestação ofertada pela esposa do demandado e também apelada, às fls. 131 a 135, o que resulta ainda mais insofismável nas alegações finais por estes produzidas (fls. 280 a 286), nas quais é dedicado um título destacado à prescrição aquisitiva.

Sem nenhum fundamento, pois, a prefacial em questão, não sendo dado ao apelante desconhecer, e esse desconhecimento chega a ser uma heresia jurídica, que a prescrição aquisitiva é passível de ser reconhecida como defesa em ações dominiais, prescindindo essa arguição de obediência aos ditames legais pertinentes à ação de usucapião.

A respeito, tem dito este Pretório:

“Ainda que não transcrito, o usucapião pode ser aduzido como defesa na ação de reivindicação, cujo pedido será julgado improcedente se

provados os requisitos daquele” (Ap. Cív. n. 39.127, de Criciúma, rel. Des. Nestor Silveira).

“Pode o usucapião ser argüido como defesa na reivindicatória” (Ap. Cív. n. 40.685, de Blumenau, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Rejeita-se, pois, a prefacial em questão!

A segunda preliminar aventada, resta ver, também não merece guarida.

Afirma o apelante que não há correlação entre a fundamentação e a decisão, pois a fundamentação não leva a uma conclusão lógica.

No entanto, tal assertiva não encontra amparo nos autos, vez que o MM. Togado singular prolatou a sentença corretamente, analisando de início as preliminares invocadas, passando a discorrer sobre o imóvel objeto da lide, que durante a instrução do processo foi objeto de perícia, suscitando dúvidas se era o mesmo imóvel o que o autor pleiteava e que o réu possuía, concluindo que se tratava do mesmo imóvel, para, na seqüência, concluir pelo reconhecimento da prescrição aquisitiva, que havia sido argüida como matéria de defesa pelos réus.

Totalmente equivocada, destarte, a alegação da inexistência de correlação entre a fundamentação e a decisão, bem como ao afirmar que:

“Assim sendo, não restou claro se a motivação do decisor se deu em razão do usucapião, matéria possessória, ou de domínio, matéria de direito real, posto que os julgados colacionados versam sobre usucapião e a

decisão prolatada dá-se com base no domínio”.

As alegações a respeito aduzidas pelo recorrente constituem-se, resta ver, em pura engenharia jurídica, posto não ser dado ao postulante recursal ignorar que, como é questão até juridicamente amadora, o usucapião é um modo de aquisição da propriedade e, portanto, de domínio, e que, como tal, é perfeitamente alegável como matéria de defesa em ações reivindicatórias.

Descarta-se, pois, já que até in-fantis, as prefaciais colocadas pelo recursalmente irresignado!

No mérito, reitera o apelante a mesma matéria, insistindo no argumento de que a sentença que lhe foi adversa impõe-se reformada, tendo em vista que o reconhecimento da prescrição aquisitiva em favor dos demandados extrapolou os limites da discussão jurídica envolvida nos autos, posto que inexistente pedido dos demandados a respeito, acarretando a inexistência de correlação entre o teor do decisum prolatado e o pedido formulado, aditando, mais, que, existente propriedade, não há cogitar de usucapião, estabelecida, desta forma, uma verdadeira confusão entre as preliminares invocadas e o mérito do questionamento recursal.

A ação reivindicatória, esclareça-se de início, é o instrumento fornecido pelo ordenamento jurídico pátrio ao titular do domínio de determinado bem, buscando reavê-lo daquele que, sobre ele, exerça posse injusta sobre seu bem.

Aludida ação, ressalta o preclaro Arnaldo Rizzardo, “Fundase no direito de seqüela, armando o titular do

domínio de meios para buscar o bem em mãos alheias, retomá-lo do possuidor e recuperá-lo do detentor. Visa o proprietário a restituição da coisa, seja imóvel ou móvel, eis que perdido se encontra o jus possessionis, pedindo que se apanhe e retire a mesma, que se encontra no poder ou na posse de outrem, sem um amparo jurídico” (Direitos das Coisas, Rio de Janeiro, Aide, 1991, pág. 292).

A reivindicatória, conclui-se, é a propriedade em movimento, na esteira da preleção de Barassi, que identifica nesta última um elemento estático e outro dinâmico: “O estático consistiria no uso e gozo da coisa; o dinâmico implicaria a capacidade de reação contra qualquer pretensão alheia, relativamente a ela. A propriedade colocar-se-ia em estado dinâmico sempre que fosse perturbada, reagindo através da ação de reivindicação, ou de outros instrumentos técnicos adequados, como o são as medidas reipersecutórias em geral, isto é, aquelas que se destinam à perseguição da coisa, no interesse do direito dominial” (Darcy Bessone, Direitos Reais, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 237).

E o reivindicante, para lograr êxito, há de provar, não só a sua condição de proprietário, como, acima de tudo, a posse injusta do réu, pouco importando se essa posse é mantida de boa ou de má-fé, exigindo-se-lhe, mais, que carregue aos autos todos os elementos que possibilitem a individualização do imóvel.

Pondere-se, mais, que a injustiça da posse de que cuida o art. 524 do Código Civil não se confunde com a referida no art. 489 do mesmo Codex, uma vez que esta “é injusta tão-so-

mente pela razão de que, na disputa entre a posse e a propriedade, prevalece o direito do proprietário, a menos que se trate de posse ad usucapionem. Não constitui requisito da ação reivindicatória que a posse do réu seja precária, clandestina ou violenta. A posse ad interdicta não constitui obstáculo à procedência da ação de reivindicação” (STF, RTJ 107/324).

Entretanto, colhe-se do magistério de Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolo Letteriello:

“A defesa do réu na ação reivindicatória é de grande amplitude, sendo certo de que as matérias que podem ser argüidas em preliminar estão intimamente ligadas ao mérito da causa e como tal devem ser apreciadas” (Ação Reivindicatória, Ed. Saraiva, 3ª ed., págs. 30 e 31).

Prosseguindo, observam os mesmos doutrinadores que:

“O réu, na ação reivindicatória, pode-se defender alegando:

“(…)

“V — que ele tem o direito a usucapir a coisa” (ob. cit., pág. 31).

Os demandados, conquanto afirme o postulante recursal o contrário, alegaram, nas contestações que ofertaram, com reiteração nas alegações finais produzidas, que, acaso reconhecido não corresponder o imóvel que possuem àquele por eles adquirido, têm eles o direito à usucapião.

Indubitavelmente, ressalte-se mais uma vez, a prescrição aquisitiva, em qualquer de suas espécies, pode ser argüida como exceção de defesa em ação promovida com o objetivo de tutelar o domínio daquele que a ajuíza.

Enfatiza, a propósito, o respeitado Ulderico Pires dos Santos:

“É sabido que o usucapião é modalidade autônoma de aquisição da propriedade, distinta da transcrição, posto que a prescrição aquisitiva seja modo originário de adquirir o domínio. Pode, por isso, como já foi esclarecido anteriormente, ser alegado nos autos de qualquer ação, mormente nas ações reivindicatórias, sempre que ao ser citado o réu já houver preenchido os seus requisitos constitutivos.

“Alegado em defesa, se reconhecido for o seu direito, a ação onde foi suscitado terá de ser julgada improcedente. A sentença nesse sentido não se confunde com a que é proferida na ação especial de usucapião, pois ao sabor do nosso direito positivo não é a sentença que gera o direito real; ela não vai, pois, além do reconhecimento do direito preexistente” (Usucapião Constitucional, Especial e Comum, São Paulo, Paumape, 2ª ed., 1990, pág. 224).

Já deixou pontuado esta Casa de Justiça:

“Reivindicatória. Pressupostos. Posse de má-fé. Identidade do imóvel. Usucapião alegado como meio de defesa pelo litisdenuciado, transmitente do imóvel vindicado para o denunciante. Conseqüência em relação a este. Ausência de preclusão.

“A ação reivindicatória é o instrumento fornecido pelo ordenamento jurídico ao proprietário, para ser brandido em face de quem exerça posse injusta sobre seu bem.

“O reivindicante, para lograr êxito na demanda, há de provar sua condição de proprietário, bem como a

posse injusta do réu, pouco importante se é de boa ou de má-fe, além de levar aos autos os elementos que possibilitem a individualização do imóvel.

“A injustiça da posse de que cuida o art. 524 do Código Civil não se confunde com a referida no art. 489 do mesmo Codex, uma vez que esta “é injusta tão-somente pela razão de que, na disputa entre a posse e a propriedade, prevalece o direito do proprietário, a menos que se trate de posse ad usucapionem. Não constitui requisito da ação reivindicatória que a posse do réu seja precária, clandestina ou violenta. A posse ad interdicta não constitui obstáculo à procedência da ação de reivindicação” (STF, RTJ 107/324).

“O usucapião é modalidade autônoma de aquisição da propriedade, distinta da transcrição, posto que a prescrição aquisitiva é modo originário de aquisição do domínio. Pode, por isso, ser alegado como defesa nos autos de qualquer ação, mormente na reivindicatória, sempre que ao ser citado o réu já houver preenchido os seus requisitos constitutivos.

“Se o réu alega usucapião sobre a área reivindicada como matéria de defesa, não se deve colocar em dúvida a identidade da área questionada e a que está sendo ocupada pelo réu (Ap. Cív. n. 49.085, de Balneário Camboriú, rel. Des. Pedro M. Abreu).

“Ainda que não alegada pelo denunciante como matéria de defesa, a prescrição aquisitiva poderá ser invocada pelo litisdenunciado. Nesse caso, a defesa do denunciado aproveitada ao denunciante, na ação principal. Daí a ausência de preclusão pelo fato

de o primeiro não haver veiculado, como matéria de defesa, a prescrição. Inteligência dos arts. 74 e 75 do CPC” (grifamos, Ap. Cív. n. 96.009714-7, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Exposto isso, resta perquirir se, de acordo com os autos, foram efetivamente preenchidos os requisitos do usucapião alegado e reconhecido pelo MM. Juiz de Direito a quo.

O demandado e sua esposa, nas contestações que apresentaram, argumentaram que, quando menos, a ação interposta impunha-se rejeitada, porquanto consolidada a favor deles a prescrição aquisitiva na sua modalidade ordinária.

Nos moldes do art. 551 do Estatuto Unitário Civil, para a configuração da usucapião ordinária, de mister faz-se a existência de justo título e boa-fé, além da posse mansa e pacífica por 10 (dez) anos, entre presentes, elevando-se esse prazo para 15 (quinze) anos se entre ausentes, como é o caso dos autos, em face de residir o reivindicante em município diverso do da situação do imóvel litigioso.

Resulta comprovado nos autos, pelas escrituras de compra e venda acostadas às fls. 55 a 57, que a posse dos demandados teve início em 16 de junho de 1977, posse essa que pode e deve ser adicionada à dos antecessores destes, a qual iniciou em 28 de agosto de 1975.

Enquanto isso, a inicial da ação de reivindicação ingressou em Juízo em 22 de maio de 1992, conforme o protocolo mecânico apostado na peça vestibular.

Destarte, desde o início da posse dos antecessores dos apelados so-

bre o imóvel questionado – 28/8/75 —, até a data da propositura da ação reivindicatória – 22/5/92 —, houve um interregno superior a 16 (dezesseis) anos e 6 (seis) meses, lapso temporal esse suficiente ao reconhecimento da prescrição aquisitiva ordinária, eis que presentes, na hipótese, os requisitos da boa-fé e do justo título.

Com relação à possibilidade de somarem os demandados a posse daquele que lhes transferiu o imóvel como sendo aquele titulado em favor deles, enfatiza o ilustre Pinto Ferreira:

“São, destarte, requisitos para a junção das posses: a) que as duas posses sejam contínuas, quer dizer, sem interrupção; b) que sejam pacíficas; c) que o título de possuidor decorra da posse, cuja posse se pretende continuar.

“Evidentemente, caso contrário, venha a receber a posse de uma pessoa e o título da outra, não cabe a junção da posse.

“É ainda indispensável, para o fim de usucapião, que a posse do antecessor tenha-se exercido com o *animus domini*” (Posse, Ação Possessória e Usucapião, Ed. Saraiva, pág. 174).

De outro lado, colhe-se do depoimento de fl. 275 que a posse dos apelados sobre o imóvel reivindicando, bem como assim a do antecessor destes, sempre foi contínua, mansa e pacífica, com o autor não produzindo, em momento algum, a contraprova a respeito, conforme lhe incumbia, pelo que se faz de lei o somatório das duas posses para os fins de prescrição aquisitiva.

Da mesma maneira, restou comprovada a boa-fé dos acionados, bem como o fato de estar a posse

destes sedimentada em justo título, pois os documentos acostados aos autos pelos requeridos podem ser tidos como tal.

Segundo a lição do douto Washington de Barros Monteiro:

“A posse é de boa-fé, esclarece o art. 490 do Código, ‘se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito possuído’. De boa-fé será, portanto, a posse em que o possuidor se encontra na convicção inabalável de que a coisa realmente lhe pertence. A posse de má-fé é precisamente a inversa. A posse acha-se eivada de algum dos vícios já mencionados (vi, clam aut precario) e o possuidor tem ciência do vício obstativo da aquisição da posse” (Curso de Direito Civil, 10ª ed., vol. III, págs. 29 e 30).

Disse, a propósito, este Pretório:

“A presunção de boa-fé é *juris tantum*, presumindo-se que é possuidor de boa-fé aquele que tiver justo título, ou seja, título hábil para transferir a posse ou o domínio. Todavia, mesmo sendo portador de um título, se o possuidor tiver ciência da ilegitimidade do seu direito de posse, advirá, a partir de então, a má-fé, incoalescente com a teoria da aparência, para justificar a aquisição viciosa da propriedade” (Ap. Cív. n. 49.128, de Biguaçu, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Não é dado olvidar que:

“Justo título é aquele formalmente perfeito, passado com as formalidades externas substanciais, devidamente transcrito no Registro Imobiliário, hábil em tese para transferir o domínio. O possuidor com justo tí-

tulo tem por si a presunção de boa-fé” (JB 21/115).

Também já acentuou, a respeito, o Excelso Pretório:

“Justo título é, exatamente, uma das condições de usucapião ordinário e para que o instrumento como tal se caracterize mister se faz seja lavrado com as formalidades substanciais e se ache transcrito” (RE n. 8.952).

Ou, nos dizeres do preclaro Lafayette, como justo título há de ser considerado apenas o “Ato jurídico hábil à transferência do domínio, mas que, por vício ou defeito intrínseco, deixa de assim operar, sendo a falha sanada pelo decurso do tempo” (Antonio Macedo de Campos, in Teoria e Prática do Usucapião, Saraiva, 1982, pág. 117).

Delineados, como restaram, os pressupostos da prescrição aquisitiva ordinária, nada mais restava ao culto Julgador monocrático senão acolhê-la a título de defesa dos apelados, fazendo improceder, igualmente por tal motivo, a demanda de reivindicação aforada pelo insurgente.

Isso porquanto, conforme ensinam os já referidos Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolio Letteriello:

“Preenchidos tais requisitos, e não havendo causa que obste o usucapião, como antes já vimos, deverá a ação reivindicatória ser julgada improcedente como consequência do reconhecimento da prescrição aquisitiva” (ob. cit., pág. 45).

Não divergindo, já proclamou este Pretório:

“— Ação reivindicatória. Exceção de prescrição aquisitiva. Cabi-

mento. Prova hábil. Afastamento, pois, de fundamento básico para o pedido reivindicatório, assim julgado improcedente.

“— A exceção de prescrição aquisitiva, devidamente provada, como no caso, afasta o domínio do reivindicante que, posto anterior, não se traduziu em posse, dando ensejo a que outra posse se exercesse no imóvel, com animus domini, sem interrupção, por todos respeitada e ainda mais com título de propriedade outorgado pelo Estado.

“— Simples vistoria não interrompe prescrição (Súmula 154 do STF), nem edital de citação de terceiros no bojo dela, sem prova, ademais, de que em lugar incerto e não sabido o citando.

“— Denúncia da lide ao Estado bem rejeitada se a perda do imóvel não se deu por efeito de ação ou omissão sua, mas de inércia do autor.

“— Apelo desprovido, sentença de boa lavra confirmada” (Ap. Cív. n. 38.046, de Santa Cecília, rel. Des. João José Schaefer).

Nega-se, por tais razões, provimento ao recurso deduzido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves.

Florianópolis, 10 de agosto de 2000.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.018071-9, DA CAPITAL**Relator: Des. Silveira Lenzi**

Desapropriação indireta. Documentos juntados na fase recursal. Possibilidade.

“Somente os documentos tidos como indispensáveis, porque pressupostos da ação, é que devem acompanhar a inicial e a defesa. Os demais podem ser oferecidos em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocultação premeditada e a propositura de surpreender o juízo” (Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Consulta de viabilidade que proíbe qualquer construção ou reforma no imóvel em razão deste ser alvo do sistema viário. Indenização devida.

“Se o impedimento de construção ou de desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso de propriedade e, nesse caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem” (Hely Lopes Meirelles).

Verba honorária. Fazenda Pública. Honorários reduzidos.

Os honorários deverão ser fixados levando-se em conta o § 4º do art. 20 do CPC e também o § 3º, alíneas a, b e c, do mesmo artigo. Quando o sucumbente tratar-se da Fazenda Pública é entendimento jurisprudencial que a verba deve ser fixada moderadamente.

Custas pagas pelo Município. Isenção.

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. 15.697, com a redação que lhe deu a Lei Complementar n. 16.197.

Recurso e remessa providos parcialmente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.018071-9, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e

Acidentes do Trabalho), em que é apelante o município de Florianópolis, sendo apelado Arno Bollmann:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, dar provimento parcial ao recurso e à remessa.

Custas na forma da lei.

Trata-se de ação de desapropriação indireta proposta por Arno Bollmann, em que figura como réu o município de Florianópolis, julgada procedente pelo Togado a quo.

Irresignado, apela o vencido, alegando, em preliminar, que o autor já foi indenizado pelo DNER, em decorrência de anterior processo de desapropriação, que tramitou na Justiça Federal, caracterizando-se litigância de má-fé.

Quanto ao mérito, afirma que não há limitação ao direito de construir, pois tal era em face do sistema viário projetado pelo Órgão Federal, e que este não atinge o remanescente do imóvel. Sustenta, ainda, a incorreção na fixação dos juros compensatórios e no arbitramento dos honorários advocatícios, que não atende o disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Os apelados, em contra-razões, pugnam pela manutenção do decurso.

O Ministério Público, no primeiro grau, lançou parecer opinando pelo desprovimento do apelo.

Alçaram os autos a esta Superior Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pela reforma parcial da sentença.

É o relatório.

Analise-se, primeiramente, da possibilidade da juntada de documentos em grau de recurso.

Os documentos juntados dizem respeito a anterior ação desapropria-

tória, que tramitou na Justiça Federal, aforada pelo DNER. Tratam-se, portanto, de documentos públicos, acerca dos quais a parte contrária teve possibilidade de se manifestar, quando da apresentação das contra-razões.

Ademais, não se vislumbra qualquer intenção premeditada de surpreender o apelado, uma vez que a sua existência sempre foi conhecida.

Tal questão, portanto, encontra amparo nos arts. 397 e 398 do CPC.

No mesmo sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil. Responsabilidade civil. Atropelamento fatal. Laudo. Juntada com a apelação. Possibilidade. Fundamentação do acórdão em outras provas. Documentos indispensáveis. Conceito. CPC, arts. 396 e 397. Doutrina. Precedentes. Recurso desacolhido.

“I — Não se configura nulidade no julgamento da apelação quando a Turma julgadora não se arrima exclusivamente no documento trazido com o recurso, mas também em outras provas, especialmente a oral.

“II — Ainda que assim não fosse, somente os documentos tidos como indispensáveis, porque pressupostos da ação, é que devem acompanhar a inicial e a defesa. Os demais podem ser oferecidos em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocultação premeditada e a propositura de surpreender o juízo.

“III — No caso, não se trata de documento indispensável à propositura da ação, seja por não ser ele subs-

tancial (exigido por lei) ou fundamental (que constitui o fundamento da causa de pedir), mas apenas probatório, esclarecedor dos fatos, não tendo a sua juntada configurado ‘alteração substancial do pedido’” (grifei — REsp n. 181.627—SP, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 21/6/1999, pág. 164).

O que se verifica dos autos, é que o documento juntado, que trata de uma ação desapropriatória que tramitou na Justiça Federal, não tem o condão de modificar o julgado no tocante ao mérito, haja vista o fato de que a sentença foi meramente homologatória de um pedido de desistência formulado pelo DNER, sendo que todos os valores à época percebidos pelo Sr. Arno Bollmann, o foram a título de compensação, em razão dos prejuízos sofridos em decorrência do ato expropriatório e das despesas processuais.

Contudo, o que de fato ocorreu, é que o apelado formulou consulta de viabilidade de reforma ou construção de edifício (fl. 10) à Prefeitura desta Capital, que respondeu negativamente, em virtude de o “imóvel em questão estar atingido pelo sistema viário”. Frise-se, ainda, que a alegação de que a consulta de viabilidade é mera peça informativa é totalmente despicenda, pois, não é razoável presumir que no momento em que o proprietário do imóvel requerer o alvará para a construção, seu pedido possa, então, ser deferido.

Do mesmo modo, acertada a decisão do Magistrado, quando afirma que “para que se configure desapropriação indireta não se exige apossamento de fato, bastando que a limita-

ção administrativa esvazie o conteúdo econômico da propriedade, tirando-lhe o valor patrimonial”.

E, harmonizando-se com tal entendimento, tem-se a lição de Hely Lopes Meirelles:

“Se o impedimento de construção ou de desmatamento atingir a maior parte da propriedade ou a sua totalidade, deixará de ser limitação para ser interdição de uso de propriedade e, nesse caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem. Pois ninguém adquire terreno urbano em que seja vedada a construção, como também, nenhum particular adquire terras ou matas que não possam ser utilizadas economicamente, segundo sua destinação normal. Se o Poder Público retira do bem particular seu valor econômico, há de indenizar o prejuízo causado ao proprietário” (Direito Administrativo Brasileiro, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pág. 575).

Quanto aos juros moratórios, estes foram corretamente fixados, uma vez que sua imposição de 6% (seis por cento) ao ano, na forma da lei e da maciça jurisprudência, deve incidir após o trânsito em julgado da sentença sobre o valor atualizado da indenização a ser fixada.

Tal matéria, inclusive, já se encontra sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça que dispõe:

“Súmula 70. Os juros moratórios, na desapropriação direta ou indireta, contam-se desde o trânsito em julgado da sentença”.

In casu, a fixação dos juros compensatórios em 12% (doze por

cento) ao ano sobre o valor da indenização, a partir da data em que entrou em vigor a lei que incluiu o imóvel em tela no sistema viário, merece reparo.

Os juros compensatórios, nas desapropriações indiretas, devem incidir a partir da ocupação, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente (Súmula 114 do STJ), contudo, nesse caso, não ocorreu ainda o desapossamento, fato que não pode ser desconsiderado. Portanto, como o imóvel continua na posse do expropriado, incabível a incidência de juros compensatórios.

Nesse norte, é o apontamento de Theotonio Negrão:

“Não são devidos juros compensatórios se o expropriado continua na posse e exploração do imóvel (RTFR 15/393)” (Código de Processo Civil, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 1.173).

Reparo, também, merece o *decisum* no tocante à condenação do município de Florianópolis em honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor total apurado da indenização.

Na espécie, vencida a Fazenda Pública, o arbitramento da verba honorária deve ser feito em consonância com o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior”.

Desse modo, será arbitrada mediante apreciação equitativa do Magistrado, atendidos “o grau de zelo do profissional; o lugar da prestação do serviço; a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço” (art. 20, § 3º, alíneas a, b, e c, do CPC).

A respeito dos critérios de fixação dos honorários advocatícios, Nelson Nery Júnior, anota que estes “são objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu o interesse de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. O magistrado deve fundamentar sua decisão, dando as razões pelas quais está adotando aquele percentual na fixação da verba honorária” (CPC Comentado, 3ª ed., Editora RT, 1997, pág. 297).

Realizadas essas considerações doutrinárias, verifica-se que o patrono do expropriado teve o zelo profissional esperado, contudo teve sua atuação facilitada, por ter como lugar da prestação dos serviços o da sede de seu escritório, e, ainda, por ser a causa de natureza e importância normais, envolvendo matéria que não suscita maiores indagações.

Em tais condições, mostra-se excessiva a fixação dos honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da indenização.

Assim, atendendo aos arts. 20, § 4º, do Código de Processo Civil e 27, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/41, reduz-se a verba honorária para 10% (dez por cento) sobre o valor total apurado da indenização, levando-se em conta, ainda, o fato de tratar-se de ação contra a Fazenda Pública.

A jurisprudência não discrepa desse entendimento:

“Condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 15% sobre o valor da causa. Redução para 10%. Orientação pretoriana predominante.

Pacificou-se o entendimento pretoriano no sentido de que não deve entidade estatal, na hipótese de sucumbir, suportar honorários de advogado acima do percentual de 10%” (Ap. Civ. n. 97.010104-0, da Capital, Des. Sérgio Paladino, julgada em 18/2/99).

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

“A verba honorária, quando vencida a Fazenda Pública, deve ser fixada ‘consoante apreciação equitativa do Juiz’, atendidas as normas das letras a e c e não do caput do § 3º do art. 20, do CPC” (REsp n. 59.005-1—SP, Min. Jesus Costa Li-

ma, Quinta Turma, unânime, DJ 3/4/95).

O decisum merece ser reformado, ainda, quanto à condenação do réu em custas judiciais, uma vez que o estado de Santa Catarina e seus Municípios gozam de isenção, por força do preceituado no art. 33 da Lei Complementar n. 15.697, com a redação que lhe deu a Lei Complementar n. 16.197.

Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso e à remessa, para afastar do pagamento indenizatório a incidência de juros compensatórios, reduzir a verba honorária para 10% (dez por cento) sobre o valor total da indenização, a ser apurado em liquidação de sentença, e isentar o município de Florianópolis do pagamento das custas processuais.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 20 de junho de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.006512-9, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Silveira Lenzi

Ação de reparação de dano moral. Ausência de remessa da duplicata para aceite. Título indevidamente protestado.

Sendo a duplicata um título de apresentação, consubstancia uma obrigação de natureza quesível, e, portanto, cabe ao credor dirigir-se ao devedor para a cobrança da dívida antes de apontar o título para protesto.

Desnecessidade de comprovação do dano.

Em sede de dano moral, na sistemática atual, não se cogita mais da necessidade de prova do prejuízo. Basta a consciência de que determinado procedimento atinge a moralidade e a tranqüilidade psíquica do indivíduo para estar configurado o dano.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.006512-9, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), em que é apelante Gabriel Oltramari Neto, sendo apelados Editora Pini Ltda. e Banespa — Banco do Estado de São Paulo S.A.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Relatório

Trata-se de ação de reparação de dano moral aforada por Gabriel Oltramari Neto, em que figuram como réus a Editora Pini Ltda. e o Banespa — Banco do Estado de São Paulo S.A., julgada improcedente pela sentença de fls. 119/126.

Irresignado, apela o vencido, alegando que a duplicata não lhe foi remetida para aceite, nem foi enviado qualquer tipo de aviso de vencimento que caracterizasse a cobrança bancária contratada, sendo, portanto, imputável à apelada o retardamento do pagamento, carecendo de consistência

a afirmação da sentença de que o apelante estaria em mora, dando causa ao protesto. Assevera, ainda, que imediatamente após a notificação pelo cartório, efetuou o depósito do valor na conta da co-ré Editora Pini Ltda., ora apelada, não estando obrigado, em face da situação constrangedora, a fazê-lo em cartório. Finaliza, afirmando que o protesto de título pago, por si só, caracteriza o dano moral, sendo, portanto, devida a indenização.

Devidamente preparado o recurso, apresentadas as contra-razões por apenas um dos apelados, Banespa — Banco do Estado de São Paulo S.A., alçaram os autos a esta Superior Instância.

Voto

O autor, ora apelante, pleiteia indenização por dano moral decorrente do protesto da duplicata de n. 016622B, no valor de R\$ 42,00 (quarenta e dois reais), emitida pela Editora Pini Ltda., resultante da venda de livros, entregue, para cobrança, ao Banespa — Banco do Estado de São Paulo S.A.

Conforme documentos acostados aos autos, verifica-se que, de acordo com o disposto na Lei n. 5.474/68, a apelada Editora Pini Ltda. emitiu nota fiscal-fatura, que foi enviada ao autor, ora apelante, na qual consta a data de vencimento da duplicata de n. 016622B. Referida nota não foi contestada pelo apelante, ficando evidenciado, portanto, que ele tinha plena consciência da data de vencimento do título, 23/7/96.

Entretanto, alega o apelante que não lhe foi enviada a duplicata para aceite, ou qualquer documento que indicasse a data ou o local de pagamento do título, afirmação esta que não foi contestada pelos apelados.

Preceitua o art. 6º da Lei n. 5.474/68 — Lei das Duplicatas:

“A remessa de duplicata poderá ser feita diretamente pelo vendedor ou por seus representantes, por intermédio de instituições financeiras, procuradores ou correspondentes que se incumbam de apresentá-la ao comprador na praça ou no lugar de seu estabelecimento, podendo os intermediários devolvê-la, depois de assinada, ou conservá-la em seu poder até o momento do resgate, segundo as instruções de quem lhes cometeu o encargo.

“§ 1º — O prazo para remessa da duplicata será de 30 (trinta) dias, contado da data de sua emissão.

“§ 2º — Se a remessa for feita por intermédio de representantes instituições financeiras, procuradores ou correspondentes estes deverão apresentar o título, ao comprador dentro de 10 (dez) dias, contados da data de seu recebimento na praça de pagamento”.

Sendo a duplicata um título de apresentação, não há dúvidas de que se trata de obrigação de natureza quesível, e, portanto, cabe ao credor dirigir-se ao devedor para a cobrança da dívida.

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr. leciona:

“A apresentação da duplicata ao sacado para a obtenção do aceite não é observada na praxe comercial porque, normalmente, os bancos enviam aviso de cobrança apenas para que o sacado tome ciência da data do vencimento do título, do valor a pagar e do local do pagamento. Tal ciência pelo sacado é indispensável porque a duplicata é título de apresentação e, em consequência, encerra obrigação de natureza quesível, isto é, o portador é quem deve se dirigir ao devedor para receber a prestação, ainda mais porque a função do título de crédito reside na sua circulabilidade, e no vencimento, o devedor pode não saber a quem pagar” (Títulos de Crédito, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pág. 674).

Dessa forma, encontra-se em mora o credor e não o devedor “se chegando o dia do vencimento, o portador não diligenciar na sua apresentação, ou pelo menos não avisar o obrigado da data de vencimento e do local onde ele deve resgatar o título (1º TACivSP, BA n. 1.628)” (in Fábio Ulhoa Coelho, Código Comercial e legislação complementar anotados, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 477).

No caso dos autos, o protesto foi tirado por indicação, conforme se pode abstrair do documento de fl. 18. Entretanto, em nenhum momento os apelados justificaram a ausência do título, nem rebateram a alegação do

apelante de que este não lhe foi enviado para aceite.

A Corregedoria-Geral de Justiça, no ofício n. 83396, referente ao processo n. 12.496 afirma que “para que a cambial possa ensejar o protesto por indicação, deve o interessado no protesto descrever a causa da ausência do título formal, bem como a prova da remessa ao sacado” (in Ermínio Amarildo Darold, *Protesto cambial: duplicatas x boletos*, Curitiba, Juruá, 1999, pág. 4.849).

Verifica-se, portanto, que o protesto se deu de forma indevida, em desacordo com o disposto no art. 6º da Lei n. 5.474/68.

Dessa forma, embora ciente da data de vencimento do título, pela nota fiscal-fatura enviada pela editora, não estava obrigado o apelante a diligenciar no sentido de “descobrir” onde deveria efetuar o pagamento, pois esta ciência deveria ter sido dada pelo banco, em tempo oportuno, antes do vencimento, possibilitando, assim, o adequado adimplemento da obrigação.

Por outro lado, ao receber, em 16/8/96, a notificação do cartório para pagar o título já vencido, o apelante providenciou, imediatamente, o pagamento do valor, via depósito bancário, na conta da editora. Embora realizado de forma inadequada, posto que deveria ter sido pago em cartório, relevante é a justificativa do insurgente para não o fazê-lo, pois não tendo sido o culpado pelo protesto, não estava obrigado a passar pela situação embaraçosa de pagar a cártula em cartório.

Os documentos apresentados pela apelada Editora Pini Ltda. de-

monstram que esta requereu que fosse dado baixa do título e retirado do cartório (fl. 48), na busca de evitar o protesto, que entretanto, se concretizou em data de 19/8/96 (fl. 18).

No que tange à comprovação do dano sofrido, é pacífico na doutrina que o só fato do protesto indevido dá ensejo à indenização por dano moral.

Na tarefa de estabelecer o quantum debeatur, deve o juiz, 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.

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.

No caso em exame, o ofendido é engenheiro civil, detentor de uma situação econômico-social razoável. Quanto aos ofensores, são pessoas jurídicas, sendo uma delas editora de livros técnicos na área de engenharia e a outra instituição financeira.

Quanto ao grau de culpa do agente, verifica-se que o apelante, embora pudesse ter diligenciado no sentido de saber onde efetuar o pagamento, não tinha esta obrigação, posto que a incumbência de dar ciência do local e da data do pagamento é imputável aos apelados. Ao não apre-

sentar o título para aceite, obraram os apelados com culpa.

Finalmente, no que tange à extensão do dano, é indiscutível que o fato de o apelado ver seu crédito obstaculizado em virtude de protesto indevido causou-lhe embaraços diante da comunidade, muito embora não tenha havido publicidade ostensiva.

Observados esses critérios, e à luz da análise cuidadosa dos elementos trazidos aos autos, julgo procedente o pedido, condenando os réus, solidariamente, ao pagamento da quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais, acrescida de correção monetária e juros legais.

Decisão

Do exposto, dá-se provimento ao presente recurso para julgar proce-

dente o pedido, condenando os réus, solidariamente, ao pagamento da quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais, acrescida de correção monetária e juros legais, arcando estes com os ônus da sucumbência, para pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 26 de maio de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.005544-0, DE BLUMENAU

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Indenização — Erro médico — Paciente em estado gravídico, acometida de hipertensão arterial — Anestesia peridural utilizada em parto cesariano — Gestação interrompida — Medida terapêutica sob o ponto de vista cardiológico — Sequelas — Relação com os procedimentos pré e pós-operatório — Dúvida — Exegese do artigo 159 do Código Civil e Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal — Atuação imprudente não verificada — Obrigação de meio e não de resultado — Assistência médica adequada — Elemento subjetivo da responsabilidade civil — Culpa e nexa de causalidade — Ausência — Improcedência bem decretada — Reclamo desprovido.

“O médico, que deve salvar vidas, deve, necessariamente, saber arriscar” (Savatier).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.005544-0, da comarca de Blumenau (3ª Vara Cível e Feitos da Fazenda Pública), em que é apelante Regina Helena Nóbrega de Lima, sendo apelados Jacy Bruns, Jandir José Schultz e Comunidade Evangélica de Blumenau — Hospital Santa Catarina:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na 3ª Vara Cível e Feitos da Fazenda Pública da comarca de Blumenau, Regina Helena Nóbrega de Lima ajuizou ação de indenização contra Jacy Bruns, Jandir José Schultz e Hospital Santa Catarina, alegando que em 1990, quando estava grávida, procurou os serviços do primeiro requerido, que é ginecologista, o qual passou a acompanhá-la. No 6º mês de gestação, foi diagnosticada hipertensão arterial e afastada a possibilidade de parto normal.

Acrescenta que em 22/8 do mesmo ano foi hospitalizada nas dependências do 3º réu, onde, no dia 24, realizou-se a cesariana, tendo o segundo demandado sido o responsável pela anestesia. Depois do parto só caminha com o auxílio de muletas, sente fortes dores na bexiga, perdeu o controle da urina e sofre de depressão.

Requeru a condenação dos demandados ao pagamento dos danos que sofreu, aí incluídas despesas hospitalares e farmacêuticas, pensão

mensal, indenização por dano patrimonial e danos morais, além do ônus da sucumbência.

Os réus foram citados e contestaram o pedido em peça conjunta, conforme fls. 32/47. Argüiram quatro preliminares e, no mérito, teceram farta argumentação em torno dos fatos e do quadro clínico da autora, principalmente em relação ao acerto no procedimento empregado para a cesariana.

Requereram fossem acatadas as preliminares, ou, no mérito, julgado improcedente o pedido, após a produção das provas a que se referem. Além das procurações, trouxeram os documentos de fls. 51/81.

Após a réplica, foi proferido o despacho de fls. 88/91, no qual as preliminares restaram afastadas, sendo deferida a prova pericial.

Vencidos diversos incidentes relacionados à perícia, esta veio aos autos como se vê às fls. 155, 175/180, 186/192, 203/205, 207, 214 e 220/221.

As partes se manifestaram sobre esta prova, sendo designada audiência de instrução e julgamento, em que houve a coleta da prova testemunhal (fls. 236/246). A continuação desta solenidade consta às fls. 250/261.

Apresentadas as razões finais em forma de memoriais, seguiu-se a sentença de fls. 274/308, que decidiu pela improcedência da postulação inicial.

Não se conformando, a autora apelou. Disse, em prol da reforma do julgado, que na responsabilidade civil contratual (que é o caso dos autos) a obrigação do profissional tanto pode ser de meio como de resultado, con-

forme lição de José de Aguiar Dias, e, ficando provado que após o parto se tornou deficiente física, resta ver que a culpa dos profissionais é presumida e só poderia ser afastada em decorrência de caso fortuito ou força maior.

Isento de preparo, à vista de gozar a autora dos benefícios da assistência judiciária, foi oferecida a resposta pelo apelado, sendo, a seguir, encaminhados os autos a esta Corte, quando sobrevieram as petições de fls. 334/338.

É o relatório.

II — Voto

No ano de 1990, a apelante engravidou e procurou pelos serviços do primeiro réu, que é ginecologista, sendo que no sexto mês de gestação passou a apresentar problemas de hipertensão, o que arredou a possibilidade de parto normal.

Em 22 de agosto daquele ano, quando a gestação alcançou o sétimo mês, sentiu-se mal e foi hospitalizada e dois dias após deu à luz um filho por meio de cesariana, em que atuou como anestesista o segundo réu.

O pleito indenizatório diz respeito às seqüelas que decorreram do procedimento dos médicos, segundo a apelante inadequado para o seu quadro clínico, devendo, por isso, ser condenados a compensá-la pecuniariamente pelos danos materiais e morais que sofreu, nos termos do artigo 159 do Código Civil e da Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal.

A medicina tem avançado a cada dia e o direito não pode dissociar-se desse avanço, na medida em que também são aumentadas as propor-

ções de riscos à incolumidade dos pacientes. De acordo com José de Aguiar Dias, constitui dever implícito de todo médico laborar por meio de: conselhos, cuidados e abstenção de abuso ou desvio de poder (Responsabilidade Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1994, pág. 256), de cuja omissão pode resultar a obrigação de indenizar. A responsabilidade, quando de natureza contratual, deriva do liame que se estabelece a partir do momento em que o paciente procura o serviço do profissional para, por meio dele, alcançar a cura ou evitar o mal.

É de vital importância, porém, que se considere com racionalidade até mesmo o infortúnio para compreender, à luz do direito, se há obrigação indenizável.

Importa salientar, valendo-se da lição do lapidar J. M. Carvalho Santos, que:

“Hoje em dia ninguém mais contesta, em tese, a responsabilidade do médico pelos danos que, por ato culposo seu, resultem para o seu cliente. Assim, se age com culpa, se por imprudência ou negligência manifesta resulta um prejuízo para o seu cliente, tem este contra ele ação para exigir perdas e danos” (“Código Civil Brasileiro Interpretado”, vol. XXI, pág. 258).

Não se olvida que a apelante antes de engravidar não portava nenhuma deficiência física. Quando engravidou passou a apresentar quadro hipertensivo e que esteve sob risco de vida no 7º mês de gestação, mais especificamente nos dias 22, 23 e 24 de agosto de 1990, até dar à luz um menino. O parto foi cesariana e, na opinião dos peritos, foram utilizadas tanto a técnica quanto a medicação reco-

mendadas para o caso específico da paciente.

Aguiar Dias registra que o erro de técnica tem sido apreciado com prudente reserva pelos tribunais. Com efeito, argumenta, o julgador não deve nem pode entrar em apreciações de ordem técnica quanto aos métodos científicos que, por sua natureza, sejam passíveis de dúvidas e discussões. O erro de técnica se configura de acordo com certas normas, que exigem: a) que o médico tenha agido com desprezo ou desconhecimento dos seus deveres; b) que, além de certa, a culpa no seu procedimento seja grave (ob. cit., pág. 261).

Pelo que se viu, ocorreu justamente o contrário, uma vez que a cesariana era aconselhável, foi ministrada de acordo com a prática obstetra e nos limites que a situação pessoal da apelante permitia. Outrossim, assim como o quadro hipertensivo, os problemas físicos surgidos após o parto (locomoção e urinário) poderiam perfeitamente fazer parte de um processo latente, que se desencadeou depois da crise do dia 22 de agosto, já que anteriormente a ela a apelante não apresentava nenhum daqueles sintomas. Contudo, entre conceber essa possibilidade e a de que os médicos atuaram culposamente vai uma grande distância, que não pode ser dissolvida da prova em seu conjunto.

Tais elementos, cumpre aqui registrar, informam que o estado da apelante (correndo inclusive risco de vida), exigiu redobrado cuidado dos profissionais, para assegurar a sobrevivência do nascituro e ao mesmo tempo preservar a da mãe. Em princípio, atuaram dentro das possibilidades permiti-

das, pois, no dizer de Savatier (Traité, vol. I, n. 7, pág. 10, citado por Aguiar Dias), "o médico, que deve salvar vidas, deve, necessariamente, saber arriscar".

Com isso, antes de admitir eventual erro de procedimento, é imperioso considerar que aos 43 anos de idade e portadora de hipertensão arterial, a apelante não poderia ser tida como uma gestante normal, tanto que seu estado requeria cuidados específicos. De outra banda, a falta de destreza, conhecimento ou a ministração errônea de medicamento são questões que precisavam ser demonstradas estreme de dúvida, sem esquecer que a responsabilidade civil, no direito pátrio, repousa em três pressupostos inarredáveis:

- a) o dano suportado pelo pretendente à indenização;
- b) o ato culposos do agente;
- c) o nexos causal entre o dano objeto de ressarcimento e a conduta culposa daquele a quem se atribui a responsabilidade, ou de preposto deste.

Sem a coexistência desses tríplices requisitos, não há cogitar de obrigação indenizatória.

Relembre-se, então:

"A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude. A lei somente exclui a culpa diante do caso fortuito ou de força maior, cujas causas estão localizadas na imprevisi-

bilidade do evento e cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. Apenas e exclusivamente os fatos inevitáveis, imprevisíveis, necessários, dão consistência ao fortuito e à força maior, como eximentes da obrigação ressarcitória, bastando uma parcela mínima de culpa por aqueles que os invoquem para excluir quaisquer daquelas causas exonerativas da obrigação de indenizar" (TAMG, 2ª Câm. Civ., Ap. n. 20.980, ADV n. 31, ano II, pág. 490, Ementa n. 5.597).

No manuseio da farta prova pericial, à qual se remete para evitar reprodução inútil, há demonstração do dano (deficiência física, urinária e psicológica), mas não do ato culposo do agente e, menos ainda, do nexos causal entre um e outro, bastando ver que, à unanimidade dos pareceres, a conclusão é de que a dose anestésica e o procedimento (cesariana) foram ministrados corretamente, e que dessa técnica, caso mal-empregada, resultam consequências incompatíveis com aquelas referidas pela apelante (resposta ao quesito 21, fls. 176/177).

Sendo assim, nos termos do artigo 1.545 do Código Civil, a responsabilidade dos médicos pela satisfação dos danos causados a pacientes só se integrará na existência de relação causal entre a imprudência, negligência ou imperícia e o resultado morte, lesão ou inabilitação de servir. Era indispensável, pois, que da perquirição do dano e dos fatos resultasse a culpa dos agentes, apta a gerar o dever reparatório perseguido pela autora.

É oportuno ponderar que:

"Sendo a verdade das ocorrências de certa forma interpretativa e de-

pendendo muito do ponto de vista pelo qual ela é encarada, o julgamento de um fato envolve responsabilidade muito grande. Em se tratando de assunto de natureza humana, envolvendo o médico que trabalha com o objetivo maior de fazer o bem para seu semelhante, resultados não satisfatórios por parte do paciente exigem averiguação cautelosa para que não se cometa injustiça maior" (Iransy Novah Moraes, "Erro Médico e a Lei", RT, 3ª ed., pág. 226).

Em relação aos médicos, Uldeirico Pires dos Santos deixa claro:

"Sua responsabilidade decorre é de sua ação profissional manifestamente errônea, de sua omissão sobre o que deveria ser feito para evitar o mal e não o fez, porque a sua atuação não é de resultado e sim de meio, e também porque ao aceitar o cliente não assume com ele a obrigação de curá-lo, e sim de atuar com acerto e correção, ministrando-lhe o tratamento terapêutico ou operatório exigido pelo seu mal e indicado pela ciência médica" ("A Responsabilidade Civil na Doutrina e na Jurisprudência", Rio, Forense, 1984, 1ª ed., pág. 79).

Isso porque, conforme acentua o mesmo jurista à pág. 76:

"...o profissional não se obriga contratualmente a assegurar ao paciente um resultado certo como contraprestação dos honorários que recebe. Obriga-se tão-somente a ministrar-lhe o tratamento certo, indicado para o caso, ou submetê-lo à cirurgia que ofereça bom percentual de certeza para minimização do seu mal...".

À vista disso, conforme já se decidiu:

“A responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência, imperícia ou negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutores em medicina, em virtude, mesmo, da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares” (RT 588/178).

Esta Corte já teve oportunidade de se manifestar em caso análogo:

“A obrigação do hospital, como a do médico, é de meio e não de resultado, impondo-se a reparação do dano, se houve infração à cláusula tácita contratual da incolumidade nas relações com o paciente” (Ap. Cív. n. 24.334, da Capital, rel. Des. Hélio Mosimann).

Concluindo: não há risco profissional independente de culpa. Logo,

não delineada esta e não estabelecido o liame etiológico entre a culpa e o resultado danoso, não há falar em indenização, devendo, pois, ser mantida a sentença de primeiro grau.

III — Decisão

Sem voto discrepante, os integrantes da Câmara decidiram negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 29 de agosto de 2000.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.018731-4, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Newton Trisotto

Tributário — Taxa de Serviço de Iluminação de Testada de Imóveis — TSITI — Especificidade — Divisibilidade — Inconstitucionalidade — TIP — Restituição do indébito — Prescrição — Código de defesa do consumidor — Custas — Município — Isenção.

1. Reconhecida a inconstitucionalidade da lei que instituiu a Taxa de Iluminação Pública (TIP), tem o consumidor direito à restituição do indébito.

2. “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.

3. *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”.*

4. *“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).*

5. *“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).*

6. *O Município está isento do pagamento das custas processuais (LC n. 156/97).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.018731-4, da comarca de Itajaí (2ª Vara Criminal, Feitos da Fazenda Pública e Execuções Penais), em que são apelantes e apelados município de Itajaí e Supermercados Vitória Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso da autora, negar provimento ao recurso do réu e dar provimento parcial ao reexame necessário para isentar o Município do pagamento das custas judiciais.

I — Relatório

Supermercados Vitória Ltda. ajuizou “ação ordinária de repetição de indébito” contra o município de Itajaí.

Com a ação aforada, pretende que seja o réu condenado a restituir “em dobro e acrescidos de correção monetária e juros contados do dia de cada pagamento” os valores recolhidos indevidamente pelo Município desde dezembro/88 a título de “Taxa de Iluminação Pública” (TIP), atualmente denominada “Taxa de Serviço de Iluminação de Testada de Imóveis” (TSITI). Sustenta que a lei que a instituiu é inconstitucional.

Apresentada a defesa e ouvido o representante do Parquet, o Dr. Roque Cerutti julgou parcialmente procedente o pedido, anotando na parte dispositiva da sentença:

"Isto posto, julgo 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 em 10% (dez por cento) sobre o montante atualizado do pedido de pagamento em dobro, que resultou negado; e) deve haver compensação de honorários, na forma do art. 21 do CPC; f) a liquida-

ção 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".

As partes não se conformaram com o decisum. O réu alega que a cobrança da Taxa de Serviço de Iluminação de Testada de Imóveis (TSITI) é legal (Lei Municipal n. 1.594/77 e alterações posteriores), tendo um caráter eminentemente social, respeitando os requisitos de especificidade, divisibilidade e compulsoriedade. A autora sustenta, em síntese, que: a) não poderia, de ofício, ser declarado prescrito o direito à ação para reclamar a restituição das quantias indevidamente pagas nos cinco anos anteriores ao do ajuizamento da ação, visto que a cobrança não tem natureza tributária e sim de consumo; b) o termo inicial dos juros moratórios deve ser o dia de "cada pagamento indevido, ou, no mínimo, a partir da citação"; c) "não tendo ocorrido a mencionada arguição prescricional, em qualquer peça de defesa do apelado, descabe a condenação da apelante ao pagamento do requerido de 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 em 10% (dez por cento) sobre o montante atualizado do pedido de pagamento em dobro, que resultou negado', fundada no princípio *minus, cui prohibetur, multo magis quod majus est interdictum*"; d) os honorários advocatícios não podem ser compensados (Lei n. 8.906/94, art. 23).

Ambos os recursos foram respondidos.

A insigne Promotora de Justiça manifestou-se pelo “conhecimento de ambos os recursos, por hábeis e tempestivos, dando-se provimento parcial apenas àquele interposto pela empresa recorrente, nos seguintes termos:

“1. Para anular o r. decisum apelado no que concerne o reconhecimento de ofício da prescrição quinquenal, pois se trata de crédito de natureza patrimonial;

“2. considerando o pedido formulado tempestivamente pelo requerido às fls. 247/249, com base no art. 162 do Código Civil, seja deferida a invocada prescrição;

“3. para ser reconhecido com base no CDC o direito da apelante à restituição dobrada do quantum recebido indevidamente pela municipalidade, já que as regras do CTN só se aplicam à lide para a constatação de que a TIP não é tributo;

“4. sendo negado provimento àquele pedido, seja deferida ex officio a isenção da recorrente do ônus da sucumbência — parágrafo único do art. 21 do CPC;

“5. por fim, afastada a benesse supra-referida, sejam minorados em favor da apelante os percentuais referentes à sucumbência para níveis compatíveis com a natureza acessória e penal do pleito negado, inclusive fixando os percentuais relativos aos honorários advocatícios devidos por ambas as partes conforme ordena o art. 20, alíneas a e c do CPC”.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial do reexame necessário para isentar o Município do pagamento das custas processuais (LC n. 156/97), e do recurso da autora para afastar a prescri-

ção quinquenal e para que os ônus da sucumbência sejam atribuídos exclusivamente ao réu.

II — Voto

1. A Taxa de Serviço de Iluminação de Testada de Imóveis (TSITI), instituída no município de Itajaí pela Lei Municipal n. 2.789/92, tem como fato gerador “o serviço específico de iluminação pública, divisível de acordo com a testada do imóvel de cada contribuinte, prestado a este ou colocado a sua disposição” (art. 1º). A base de cálculo é o “custo do serviço prestado, levando-se em conta a metragem linear de testada do imóvel beneficiado pelo serviço, fronteira para o logradouro público” (art. 2º).

Dos artigos citados se infere que os requisitos autorizadores da cobrança da taxa — especificidade (CTN, art. 77) e divisibilidade (CTN, art. 79) — não se encontram presentes. A lei instituidora da TSITI pouco ou nada difere das leis que instituem a TIP (Taxa de Iluminação Pública). Por analogia com o caso sub judice, transcrevo acórdão relativo à Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 97.014148-3:

“1. Conforme remansosa jurisprudência deste Sodalício e do Superior Tribunal de Justiça, é inconstitucional a lei instituidora da Taxa de Iluminação Pública (TIP), por lhe faltar os requisitos da especificidade e divisibilidade” (ACMS n. 1.870, Des. Wilson Guarany; Ap. Cív. ns. 15.109, Des. Napoleão Amarante; 29.735, Des. Nestor Silveira; 96.001080-7, Des. Anselmo Cerello; REsp ns. 19.430 e 94.445, Min. Hélio Mosimann).

“Havendo reiteradas manifestações do Órgão Especial do Tribunal no sentido da inconstitucionalidade da lei, não há necessidade da arguição do incidente previsto no artigo 481 do Código de Processo Civil.

“A respeito, decidiu a Quarta Câmara Civil deste Sodalício:

‘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. Sendo inconstitucional a lei instituidora da TIP, ao contribuinte é lícito postular a restituição dos valores pagos indevidamente” (Ap. Cív. ns. 50.270, Des. Trindade dos Santos; 44.127, Des. Eládio Torret Rocha; 50.236, Des. Pedro Manoel Abreu; 32.404, Des. Cid Pedroso).

O acórdão está assim ementa-

“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”.

2. 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. ns. 96.003014-0, Des. Trindade dos Santos; 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 Beviláqua, “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 disposi-

tivos legais que impedem seja declarada sem invocação da parte, referidos por Clóvis Beviláqua e Teixeira de Freitas, não subsistem quando o "direito patrimonial" é público. Da doutrina, colaciono lições que corroboram a assertiva:

"Os direitos patrimoniais, a princípio disponíveis, perdem essa condição quando são utilizados 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 disposto supratranscrito é por demais claro quanto à impossibilidade de transação quando os direitos patrimoniais se revestirem de índole pública.

"(...)

"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 independente de arguição 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 demonstramos, não é verdade" (Perrud, Rogério José. Entes de Direito Público. Direitos indisponíveis. Consequências 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 for invocada pelas partes'.

"A razão deste dispositivo é que se, por um lado a boa razão aconselha a se pôr um termo à situação da 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 instituído 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 admitidas'.

"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 argüição. E, às vezes, até, por sugestão dos próprios órgãos fiscais, ao falarem nos processos.

“O mesmo — e por força de 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 amálgama com perenidade 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. Saliêntou, 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, porquanto renunciáveis, renunciável também o é a alegação da prescrição (art. 166 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 crucial 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, corroborando 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 confundem 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, tem-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 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 abdicativo 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, encarnado 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 pertencentes 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 da 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 arbitrou 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—231).

Porém, no caso sub judice torna-se desnecessário o exame desse aspecto da quaestio, como se verá adiante.

3. 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 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 impor-

tando que o réu seja apelante ou apelado.

“(…).

“Na fase de 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 (cf. 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., vol. 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 comentário didático (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.

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 se constitui sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade ad-

ministrativa 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 se 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 execucional.

"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, estando à pág. 194, o trecho transcrito)" (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 tem 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.

5. Dispõe o art. 1.531 do Código Civil: "Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar 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 à 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. Athos 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 a lide dita temerária.

"II — Razoabilidade da proposição da busca e apreensão de veículo vendido sob a modalidade de alienação 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).

6. A autora decaiu de parte substancial do pedido (relativamente

às quantias pagas e atingidas pela prescrição e à aplicação da sanção do art. 1.531 do Código Civil).

Dispõe o art. 23 da Lei n. 8.906/94 "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".

Há diversos julgados do Tribunal de Alçada Civil do Rio Grande do Sul no sentido de que "os honorários advocatícios, fixados em razão da sucumbência, são devidos ao procurador da parte e não se compensam nem se confundem com eventual débito de quem o constitui" (AGI n. 195051222, Juiz João Carlos Branco Cardoso; EMI n. 195054002, Juiz Heitor Assis Remonti; AC n. 195181656, Juiz Carlos Alberto Bencke). No Recurso Especial n. 205.044, com os votos dos Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito, disse o Superior Tribunal de Justiça:

"Diante da nova disciplina do Estatuto dos Advogados, a compensação dos honorários não é mais possível".

Data venia, ousou dissentir desse entender e o faço com os argumentos do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira em voto prolatado quando do julgamento do Recurso Especial n. 164.249:

"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 perma-

necem no Código de Processo Civil e nas leis de assistência judiciária”.

Comungam da mesma tese os Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Barros Monteiro e César Asfor Rocha (REsp n. 94.225), Bueno de Souza (REsp n. 164.249), Ari Pargendler, Peçanha Martins e Adhemar Maciel (REsp n. 93.500). Consta da ementa deste último acórdão:

“Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, os honorários de advogado devem ser compensados”.

A autora requereu que fosse o réu condenado a pagar em dobro a quantia indevidamente cobrada. O pedido tem por fundamento o art. 1.531 do Código Civil, matéria já acima examinada. Rejeitado o pedido, o MM. Juiz a condenou a pagar honorários advocatícios sobre a quantia a ele correspondente.

Considerando que a regra constitui pedido acessório, uma sanção àquele que reclama dívida já paga ou mais do que lhe é devido, penso que o fato de ter sido rejeitado o pleito não deve ser considerado para efeito de incidência de honorários advocatícios.

7. Conforme a 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 do indébito, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença”.

8. Por força da Lei Complementar n. 156/97, posteriormente alterada

pela de n. 161/97, não são devidas custas e emolumentos no processo “do qual tenha sido vencida a Fazenda do Estado e dos municípios, direta ou por administração autárquica, quanto ao ato praticado por servidor remunerado pelos cofres públicos” (art. 35, alínea i).

9. Por todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso da autora (no tocante aos honorários advocatícios), nego provimento ao recurso do réu e provejo parcialmente o reexame necessário, para isentar o Município do pagamento das custas processuais.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, deram provimento parcial ao recurso da autora, negaram provimento ao recurso do réu e deram provimento parcial à remessa para isentar o Município das custas processuais.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Carlos Henrique Fernandes.

Florianópolis, 3 de agosto de 2000.

Carlos Prudêncio,
Presidente para o acórdão;
Newton Trisotto,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.010379-9, DE ARARANGUÁ**Relator: Des. Newton Trisotto**

Ação de cobrança — Contrato de abertura de crédito em conta corrente — Saldo devedor.

1. Em princípio, o contrato de mútuo bancário se submete às regras do Código de Defesa do Consumidor. A ele não se subordina, v.g., quando os recursos são destinados à atividade produtiva, ou seja, quando o tomador do empréstimo não for “destinatário final” daqueles (CDC, art. 2º).

Celebrado o contrato de mútuo posteriormente à Lei n. 9.298 de 1996, a multa moratória não pode exceder a 2% (dois por cento).

2. Se “é nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela Anbid/Cetip” (STJ, Súmula 176), também é aquela que autoriza a cobrança da comissão de permanência “à taxa de mercado”. Deve esta ser substituída pelos juros remuneratórios previstos para o período denominado de “normalidade” do mútuo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.010379-9, da comarca de Araranguá (1ª Vara), em que é apelante Banco do Estado de Santa Catarina S.A. – Besc, e apelado Alcino de Freitas:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, de ofício, excluir a comissão de permanência e deferir a incidência de correção monetária de acordo com o INPC e fixar a multa em 2%.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, ajuizou “ação de cobrança” contra Alcino de Freitas.

Pede que seja o réu condenado a pagar-lhe R\$ 26.560,24 (vinte e seis mil, quinhentos e sessenta reais e vinte e quatro centavos), que correspondem ao saldo devedor da sua conta corrente.

Apresentada a defesa (fls. 21/30), o Dr. Júlio César M. Ferreira de Melo julgou parcialmente procedente o pedido, registrando na parte dispositiva da sentença:

“Julgo parcialmente procedente o pedido formulado por Banco do Estado De Santa Catarina S.A. — Besc, nos presentes autos de ação ordinária de cobrança contra Alcino Freitas, todos já qualificados, para, em consequência, declarar a ilegalidade de cobrança de juros acima de 12% ao ano; a ilegalidade de cobrança de juros capitalizados; a ilegalidade da aplicação de multa contratual com a

comissão de permanência; ilegalidade de cobrança de comissão de permanência com correção monetária, devendo ser excluídos do contrato firmado entre as partes, na forma da fundamentação acima, cujos valores deverão ser recalculados em liquidação de sentença, para reavaliação do débito.

“Em conseqüência, haja vista sucumbência recíproca, condeno Autor e Réu ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, proporcionalmente a sua sucumbência, estes em 15% sobre as diferenças a serem apuradas em liquidação, ex vi do disposto no art. 21 do Código de Processo Civil, devidamente corrigidos até a data do efetivo pagamento” (fls. 63).

O credor interpôs apelação, sustentando, em síntese, que: a) não é auto-aplicável a norma contida no § 3º do art. 192 da Constituição Federal; b) é lícita a capitalização dos juros e a utilização da TR (Taxa Referencial) como coeficiente de correção monetária; c) é legal a cobrança da comissão de permanência com correção monetária.

O apelado pugna a confirmação do decism.

II — Voto

1. A ação de cobrança está fundada no “contrato de abertura de crédito em conta corrente” de fl. 7. Reclama o demandante o pagamento do saldo devedor da conta corrente do réu.

Surpreendentemente, o contrato não prevê o pagamento de juros remuneratórios ou quaisquer outros en-

cargos para o período denominado de “normalidade” do mútuo. No verso do documento há cláusula relacionada com os encargos da mora. Consta dela que “Caso o(s) creditado(s) não satisfaça(m) as obrigações nos prazos estabelecidos, obriga(m)-se ao pagamento de comissão de permanência igual aos encargos previstos na cláusula quarta ou a exclusivo critério do Besc, às taxas de mercado, para esta modalidade de operação de crédito, vigentes no dia da liquidação do débito acrescida ainda de juros de mora de 12% ao ano, multa contratual de 12% ao ano, multa contratual irredutível de 10% sobre o total devido além de honorários de advogado de 20%” (Cláusula 8ª).

2. Sempre sustentei que é lícita a cláusula que autoriza a cobrança da comissão de permanência como encargo da mora, em substituição aos juros remuneratórios pactuados para o período denominado de “normalidade” do mútuo (Ap. Cív. n. 96.003988-0). No entanto, se “é nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela Anbid/Cetip” (STJ, Súmula 176), também o é a que autoriza a cobrança da comissão de permanência “à taxa de mercado”, pois, como aquela é formada pela instituição financeira credora, unilateralmente. Deve ela ser substituída pelos juros remuneratórios previstos para o período denominado de “normalidade” do mútuo.

Nos Recursos Especiais ns. 192.387 e 218.369 a premissa é referida pelo Ministro César Asfor Rocha. No acórdão relativo ao segundo recurso assinalou Sua Excelência:

“Como sabido, afigura-se descabida a incidência de juros às taxas de mercado ou às maiores taxas praticadas pelos bancos, pois a sua fixação ficaria ao livre arbítrio de uma das partes ou, no mínimo, atrelada a índices apurados por associações vinculadas às instituições financeiras, como é o caso da Anbid — Associação Nacional dos Bancos de Investimento e Desenvolvimento ou da Cetip — Central de Custódia e de Liquidação Financeira, o que foi veemente repudiado por esta Corte, ensejando a formulação do enunciado da Súmula 176/STJ, que reza ‘É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela Anbid/Cetip’”.

Passei a adotar a tese sobretudo a partir da edição da Lei n. 8.953/94 que deu nova redação ao artigo 614 do Código de Processo Civil. Este dispõe que “cumprido ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial (...) com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa”. Apresentada a memória do cálculo, transfere-se ao devedor o ônus de apontar quais os índices de atualização monetária incorretamente aplicados e indicar, objetivamente, onde se localiza o erro de cálculo. Não será mais admitida impugnação genérica (TARGS, AC n. 192048882, Juiz Juracy Vilela de Sousa; TAPR, AC n. 94845200, Juiz Ronald Moro). A respeito desse aspecto da matéria, assinala Edson Ubaldo:

“O executado, por seu turno, se quiser embargar a execução alegando erro ou excesso, deverá apresentar a sua própria memória, demonstrando

com clareza, com base em dados sólidos, onde está o erro ou excesso” (As modificações no processo de execução, *Obra Jurídica*, 1995, pág. 36).

O comentário encontra respaldo em precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“Não concordando a parte executada com os valores lançados no ‘demonstrativo contábil’ que instrui a execução, cumpra-lhe, com base no que foi pactuado e na legislação que considere aplicável, impugná-los e indicar o quantum que entenda devido” (REsp n. 193.452, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Se a comissão de permanência é fixada pela instituição financeira credora com base na “taxa de mercado no dia do pagamento” (Resolução n. 1.129/86), não terá o devedor como impugnar os índices aplicados no demonstrativo de evolução da dívida.

Impende anotar que, vedada a cobrança da comissão de permanência, devem prevalecer os juros remuneratórios convencionados para o período de vigência do contrato. Do contrário, os efeitos da mora viriam em benefício do mutuário inadimplente.

Registro, ainda, que fixada a premissa de que a cláusula dispondo sobre a cobrança da comissão de permanência “à taxa de mercado” constitui condição potestativa (CC, art. 115), a nulidade dela pode ser reconhecida de ofício (CC, art. 146, parágrafo único).

3. De regra, o contrato de mútuo bancário se submete ao Código de Defesa do Consumidor. Não se subordina a ele quando os recursos do financiamento se destinarem à atividade

de produtiva: “O Codecon destina-se a reger as relações de consumo, no que pressupõe um destinatário final, o consumidor. Não ostentando a parte essa condição, é inaplicável” (Ap. Cív. n. 97.006882-4, Des. Sérgio Paladino).

Não é a hipótese do caso sub examen. O contrato foi celebrado por pessoa física já na vigência da Lei n. 9.298/96. Conseqüentemente, a multa não pode exceder a 2% (dois por cento). A respeito da questão transcrevo julgados desta Corte:

“Assim, consoante recente orientação jurisprudencial, a multa moratória não pode ser superior a 2% do valor da prestação, segundo a nova redação do artigo 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor dada pela Lei n. 9.298/96” (Ap. Cív. n. 98.000231-1, Des. Eder Graf).

“Cuidando-se de matéria de ordem pública, a multa moratória é de ser minorada, ex officio, de 10 para 2% do saldo devedor, de sorte a amoldar-se ao § 1º do art. 52 do Estatuto do Consumidor” (Ap. Cív. n. 98.005176-2, Des. Pedro Manoel Abreu).

4. Os juros remuneratórios, como o próprio nome expressa, constituem remuneração, fruto, rendimento do capital; os moratórios, penalidade pelo descumprimento da obrigação no prazo ajustado ou pré-fixação das perdas e danos (CC, art. 917). A correção monetária constitui instrumento de atualização do valor da moeda corroída pelo processo inflacionário.

Se pactuada, nada impede a cumulação da multa, inclusive com os honorários advocatícios, pois não há vedação legal para tanto.

No Recurso Especial n. 56.556-1, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que é “possível a cumulação, sendo inexigível que a soma das duas parcelas não ultrapasse o valor correspondente a 20% da condenação” (Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 82/193).

Em abono às teses afirmadas, da jurisprudência colaciono os julgados que apoiam as assertivas:

“A cobrança de juros remuneratórios e moratórios, segundo o pactuado, incidem em crédito rotativo em conta corrente, independentemente da correção monetária e da multa contratual” (REsp n. 4.026—SP, Min. Dias Trindade).

“A cláusula penal é cumulativa, podendo ser adicionada ao débito que inclui juros compensatórios, mas não incide sobre os juros moratórios. A multa de 10% prevista no contrato de abertura de crédito pode ser somada ao débito, aos juros de mora, às custas e honorários, mas não deve ser calculada sobre encargos penais, pois, do contrário, implicaria em penalizar duplamente o devedor” (Ap. Cív. n. 33.955, de Joinville) (Ap. Cív. n. 41.986, Des. Francisco Oliveira Filho).

“Não se confundem juros, correção monetária e multa contratual. Os juros são frutos do capital mutuado; a correção monetária instrumento de atualização da moeda corroída; a multa, ressarcimento pelo atraso da obrigação” (Ap. Cív. n. 42.181, Des. Amaral e Silva).

5. A correção monetária é devida independentemente de ter sido ou não estabelecida. Conforme remansosa jurisprudência, principalmente do Superior Tribunal de Justiça, “não

constituindo um plus mas mera atualização da moeda aviltada pela inflação, a correção monetária se impõe como imperativos econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem justa causa" (RSTJ 23/207; RT 673/178).

6. Pelas razões expostas, excludo, de ofício, a cobrança da comissão de permanência. Dou provimento ao recurso apenas no que se refere à multa, não podendo ultrapassar a 2% (dois por cento).

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, de ofício, excluíram a comissão de

permanência, deferiram a incidência de correção monetária de acordo com o INPC e fixaram a multa em 2%.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 19 de setembro de 2000.

Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Newton Trisotto,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.000032-4, DE LAGUNA

Relator: Des. Sérgio Paladino

Reintegração de posse. Embargos de terceiro julgados procedentes. Extinção da ação principal, com fulcro no art. 267, inciso V, do CPC. Área disputada nos embargos, em torno da qual formou-se a coisa julgada diversa da que é objeto da ação possessória. Recursos providos para anular a sentença e determinar o prosseguimento da ação de reintegração de posse. ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, à unanimidade, dar provimento a ambos os recursos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.000032-4, da comarca de Laguna (1ª Vara), em que são apelantes Santos Guglielmi, Hilda Fontanella Guglielmi e Arno Drehmer, apelados Luciana dos Reis Braga, Santos Guglielmi, Hilda Fontanella Guglielmi e Arno Drehmer, e interessado Elpídio de Abreu Ferreira:

Custas na forma da lei.

Luciana dos Reis Braga intentou ação de reintegração de posse contra Santos Guglielmi e Hilda Fontanella Guglielmi, alegando que é legítima proprietária e possuidora de um terreno urbano situado na localidade Santa Marta Pequena, município de Laguna, com as seguintes metragens e

confrontações: “frente, com terras de Marinha, medindo 586,00m; fundos, com terras de diversos proprietários, medindo 779,70m; sul, com terras de Aziz Abdala Domingos, medindo de frente a fundos 383,93m; e norte com terras de Artur Bianchini Filho, onde mede em dois segmentos, o primeiro com 103,70m e o segundo com 361,40m, totalizando 465,10m de frente a fundos”, compreendendo área de 271.120,00m², devidamente registrado no Ofício do Registro de Imóveis da comarca de Laguna sob a matrícula n. 14.719, à fl. 4 do livro n. 2-BX.

Aduz que possui várias casas no referido imóvel e que está diligenciando a aprovação de projeto de loteamento nos órgãos competentes, tendo obtido o parecer favorável da Fatma.

Narra que nos autos da ação de manutenção de posse n. 746/87, promovida por Zacarias e João Demétrio contra Arnaldo Conceição e outros, substituídos posteriormente pelos réus, foi expedido novo mandado de manutenção de posse — o primeiro havia sido cumprido pelos oficiais de justiça há mais de 16 anos — do que se aproveitaram os réus para cercar o imóvel de propriedade da autora.

Asseverando que o esbulho possessório ocorreu há menos de 48 (quarenta e oito) horas, postulou a concessão de liminar inaudita altera pars e, a final, a reintegração definitiva da autora na posse do imóvel, condenando-se os réus aos ônus da sucumbência.

Apresentou os documentos de fls. 6/21.

Realizada inspeção judicial na área litigiosa, o Dr. Juiz a quo designou audiência de justificação prévia.

A autora reiterou o pleito liminar, juntando abaixo-assinado efetuado pelos moradores das localidades de Passagem da Barra, Campos Verdes e Santa Marta, no qual postulam ao Prefeito Municipal de Laguna medidas urgentes com vistas à coibição de invasões de terras naquela região (fls. 28/29).

Suspensa a primeira audiência de justificação, tendo em vista que o rol de testemunhas foi apresentado pela autora fora do prazo legal, realizou-se a segunda, na qual, colhida a prova testemunhal, o Dr. Juiz de Direito concedeu a liminar e determinou a expedição do mandado de reintegração de posse.

Cumprido o mandado, responderam os réus, sustentando, em preliminar: a) litispendência em relação à ação de manutenção de posse intentada por Felipe Alexandre Felipe e outros; b) a necessidade de revogação da liminar; c) o seqüestro do bem litigioso e, por derradeiro, d) a admissão de Fazenda Ponta da Ilha S.A. como litisconsorte necessária. No mérito, asseveraram a improcedência do pedido, ao argumento de que a área pertencente à autora é diversa da disputada nos presentes autos.

Concluíram postulando a produção de prova pericial e testemunhal, bem como a condenação da autora ao pagamento de indenização por perdas e danos.

Juntaram os documentos de fls. 87/259.

Impugnada a contestação, procedeu o escrivão à juntada do despa-

cho proferido nos autos dos embargos de terceiro opostos por Elpídio de Abreu Ferreira, por intermédio do qual foi decretado o seqüestro do imóvel e suspenso este processo, principal em relação àquele.

Os réus reiteraram o pedido de seqüestro formulado na contestação.

Apensados estes aos autos dos embargos de terceiro, proferiu sentença o Dr. Juiz a quo naqueles autos, pela qual julgou procedente o pedido formulado por Elpídio de Abreu Ferreira, providenciando o escrivão o desapensamento para remetê-los a este Tribunal, em virtude da interposição de recurso.

Regularizada a representação processual da autora após a renúncia dos mandatários, veio aos autos Arno Drehmer noticiar que adquiriu da autora a área litigiosa e postular sua admissão no pólo ativo da relação processual, na qualidade de sucessor daquela, pleito acerca do qual silenciou o Magistrado.

Na seqüência, o Dr. Juiz de Direito entregou a prestação jurisdicional, por meio da qual julgou extinto o processo, a teor do preceituado no art. 267, inciso V, do CPC, impondo às partes o rateio das custas processuais.

Inconformados, apelaram os réus e o terceiro, invocando a condição de sucessor da autora, pretendendo a anulação da sentença, ao argumento de que a área objeto dos embargos é apenas uma parte da disputada nestes autos, processo principal em relação àquele.

Com as contra-razões dos réus, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

Primeiramente, mister que se esclare a posição processual do terceiro, acerca da qual não se pronunciou o Magistrado, eis que interpôs recurso.

Não obstante tenha requerido sua admissão na qualidade de sucessor, os réus não concordaram com a postulada substituição processual, motivo pelo qual não se a pode admitir, a teor do preceituado no § 1º do art. 42 do Código de Processo Civil, impondo-se, como corolário, a aplicação do estatuído no § 2º da mesma norma, que legitima sua intervenção na condição de assistente, classificada como litisconsorcial por Celso Agrícola Barbi (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1998, págs. 185/186).

E nessa qualidade tem interesse e legitimidade para recorrer, sendo imperativo o conhecimento do apelo por ele interposto, haja vista que não foi intimado da sentença, apesar de haver pleiteado anteriormente sua intervenção no processo.

Sustentam ambas as partes que a área objeto dos embargos de terceiro é apenas parte da gleba acerca de cuja posse contendem nestes autos, razão pela qual incumbia ao Dr. Juiz de Direito apreciar o mérito da demanda no tocante à parte remanescente e não extinguir o processo.

Com efeito, revelam os autos, em especial as petições iniciais de ambos os processos, que a área disputada nos embargos tem 200.209,00m² (duzentos mil e duzentos e nove metros quadrados) de extensão, ao passo que o terreno cuja posse pretende a autora por este meio reaver mede

271.120,00m² (duzentos e setenta e um mil e cento e vinte metros quadrados). Portanto, a coisa julgada formada na ação de embargos de terceiro refere-se tão-somente à área objeto daquele litígio, não atingindo a remanescente, cuja titularidade da posse incumbe ao Magistrado pronunciar.

Ressalte-se, a coisa julgada nos embargos opostos por Elpidio de Abreu Pereira contra a autora e os réus da ação possessória formou-se em relação ao terreno sito em Laguna, na localidade de Passagem da Barra, com área total de 200.209m² (duzentos mil, duzentos e nove metros quadrados), assim descrito na petição inicial dos embargos de terceiro: "...fazendo frente com o antigo Campo Público, Estrada Geral (Laguna/Jaguaruna) do Campo da Barra, no lado esquerdo da via, medindo 27,37 (vinte e sete metros e trinta e sete centímetros) do lado direito, confrontando com Santos Guglielmi, em quatro lances, com, respectivamente, 102,40m (cento e dois metros e quarenta centímetros), 42,57m (quarenta e dois metros e cinquenta e sete centímetros) e 1.447,52m (um mil, quatrocentos e quarenta e sete metros e cinquenta e dois centímetros), lateral esquerda com Cilene Bernardo Ribeiro e Santos Guglielmi, em cinco lances, com, respectivamente, 36,53m (trinta e seis metros e cinquenta e três centímetros), 43,39m (quarenta e três metros e trinta e nove centímetros), 60,82m (sessenta metros e oitenta e dois centímetros), 51,68m (cinquenta e um metros e sessenta e oito centímetros), e 1.401,53m (um mil, quatrocentos e um metros e cinquenta e três centímetros), fundos com Mar Grosso, com 137,93m (cento e trinta e sete metros

e noventa e três centímetros)..." (fls. 358/360).

De outra banda, a descrição constante da certidão do registro de imóveis juntada aos autos pela autora, com lastro na qual deduziu na peça vestibular os fatos que amparam o pedido e que indica a existência de diferenças relativamente à área litigiosa, é do teor seguinte:

"Um terreno urbano situado em Santa Marta Pequena, deste Município e comarca de Laguna, Estado de Santa Catarina, medindo uma área superficial de 271.120,00m², (duzentos e setenta e um mil, cento e vinte metros quadrados), contendo as seguintes confrontações e metragens: Frente, com terras de Marinha, medindo 586,00m; fundos, com terras de propriedade de diversos, medindo 779,70m, estremando pelo lado sul com terras atualmente de Aziz Abdala Domingos, medindo de frente a fundos 383,93m e pelo lado norte com terras atualmente de Artur Bianchini Filho, onde mede em dois segmentos, o primeiro com 103,70m e o segundo com 361,40m, totalizando 465,10m de frente a fundos. Proprietários: Felipe Alexandre Felipe, industrial, CI RG 91295/Pr e s/ mulher Cilene Silvia Felipe, do lar, CI RG 301.355 Pr, CIC n. 004.553.859-04, residentes e domiciliados à Rua Cel. Luiz José dos Santos, 620; Eros Felipe, industrial, CI RG 452.002-Pr, e s/ mulher Marisa Beltoni Felipe, do lar, CI RG 1.108.212/Pr, residentes e domiciliados à Rua Dr. Benjamim Braga Filho, 31, CIC n. 106.757.289-91 e Fahed Daher, médico, CI RG 5G 722.958-5^a RM e s/ mulher Barbara Felipe Daher, do lar, portadora do TE n. 23.220 28^a Zona, CIC n. 002.813.959-34, residentes e domi-

ciliados na Rua Osório Ribas, ou melhor Osório Ribas de Paula, 175, todos na cidade de Apucarana/PR, brasileiros, casados pelo regime da comunhão universal de bens. Registro anterior n. 26.465 livro 3-U" (fl. 8).

Mas a demonstração inequívoca de que a coisa julgada formada nos embargos de terceiro não irradiou seus efeitos sobre a totalidade da área aqui digladiada, além da enfática asseveração formulada pelos apelantes ao rebelarem-se contra a sentença que a afirmou, é fornecida pelo acórdão naqueles autos proferido – Ap. Cív. n. 42.205, de Laguna, rel. Des. Wilson Guarany —, especialmente no trecho em que assentou, verbis:

“Conforme o documento de fl. 10 (certidão) e o de fl. 552v., o terreno de Elpídio de Abreu Ferreira faz fundos com o Mar Grosso.

“De resto, todos os terrenos daquela área fazem fundos com o Mar Grosso, conforme é possível verificar-se pelos documentos de fls. 10, 11, 552v., 590, 593, 598 e 602.

“A apelante quer fazer crer que seu terreno localiza-se nos fundos do de Elpídio, entre o deste e o Mar Grosso, conforme o croquis de fls. 529, feito pelo corretor de imóveis Hilário Pereira, testemunha dela nestes autos e que foi quem cuidou do loteamento.

“Tal afirmação esbarra com os documentos apontados, pois, como dito, todos os terrenos da região, inclusive o de Elpídio (fls. 10 e 552v.) fazem fundos com o Mar Grosso.

“Por outro lado, os documentos de fls. 10 e 552v. referem-se à localização do terreno de Elpídio na localidade de Passagem da Barra, enquanto o da apelante Luciana localiza-se

na localidade de Santa Marta Pequena, conforme ela mesma diz na contestação, à fl. 21.

“Ora, Passagem da Barra e Santa Marta Pequena são localidades diferentes. Logo, se o terreno de Elpídio é em Passagem da Barra e o da apelante é em Santa Marta Pequena, fatos estes de que não há dúvidas porque, com base nas provas documental e testemunhal, além de admitido pela própria apelante na contestação (fl. 21), é claro que o imóvel dela não pode localizar-se entre o de Elpídio e o Mar Grosso, até porque o terreno de Elpídio vai até o Mar Grosso, conforme os documentos de fls. 10 e 552v.” (fl. 339).

Mais adiante, conclui:

“Enfim, Elpídio de Abreu Ferreira provou abundantemente que tem o domínio e a posse da área há longo tempo, muito antes que o grupo paranaense representado pela apelante Luciana e o grande proprietário de terras da região Santos Guglielmi tivessem voltado suas vistas para a localidade de Passagem da Barra, onde Elpídio vive desde sua mocidade, sendo já homem de mais de oitenta anos, um dos moradores mais antigos da região” (fl. 341).

Diante disso, impõe-se o provimento de ambos os apelos para anular a sentença e determinar o prosseguimento do feito, até seus ulteriores termos.

Ante o exposto, a Câmara, à unanimidade, deu provimento a ambos os recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Dr. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 22 de agosto de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.003106-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Sérgio Paladino.

Apelações cíveis. Ação reivindicatória. Indeferimento dos quesitos apresentados pelos réus. Cerceamento de defesa incorrente. Ausência de prejuízo. Nulidade afastada.

O direito processual civil brasileiro, no tocante às nulidades, edificou seu alicerce, dentre outros, no princípio da instrumentalidade das formas, traduzido pelo brocardo pas de nullité sans grief, consoante o qual não se decreta nulidade sem prejuízo.

Prescrição aquisitiva. Falta de citação de terceiro que deveria ter sido citado e não o foi. Circunstância que retira da sentença proferida em ação de usucapião o efeito erga omnes, à míngua da ocorrência de coisa julgada material. Arguição repelida.

Não faz coisa julgada material, em relação aos terceiros que deveriam ter sido citados e não o foram, a sentença proferida em ação de usucapião.

Nomeação à autoria. Ausência. Aplicação do art. 69, I, do CPC. Recursos desprovidos.

Responde por perdas e danos aquele que deixa de nomear à autoria, quando lhe compete a providência, a teor do comando imperativo do art. 69, I, do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.003106-0, da comarca da Capital (Unidade de Justiça Intensiva), em que são apelantes Claudionor Scarpeta Borges, Tânia Maria Scarpeta Borges, Darci Lopes, Frederico Guilherme Buendgens, Arno

Schmidt, Lauro Caldeira de Andrade, Leon Schmiegelow, Cemina S.A. — Cerâmica e Mineração Nacional Indústria e Comércio, Rede Gaúcha — Zero Hora de Comunicações Ltda. e Maiojama — Empreendimentos Imobiliários Ltda., e apelado Espólio de Anna Pechler Soares:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, julgar prejudicado o agravo retido, rejeitar a preliminar e negar provimento aos recursos.

Custas na forma da lei.

Anna Pechler Soares intentou ação demarcatória c/c reivindicatória contra Claudionor Scarpeta Borges e Tânia Maria Scarpeta Borges, alegando que é proprietária de um terreno localizado na Av. Mauro Ramos, cujas laterais encontram-se identificadas, o que não acontece com a parte dos fundos, que deveria fazer divisa com a vertente do Morro do Antão.

Sustenta que ingressou com ação de retificação de registro imobiliário, a qual foi julgada extinta, ao argumento de que configurada a carência, à míngua de erro a ser corrigido. Na época, o Magistrado remeteu a requerente às vias ordinárias.

Afirma que seu terreno faz divisa com a vertente do Morro do Antão, e que, segundo o laudo pericial, a cerca construída nos fundos do imóvel encontra-se a considerável distância da linha vertente do morro, dividindo o seu imóvel com o de propriedade dos réus.

Aduz que os réus invadiram a área requerida, mandando construir a cerca em lugar que não é o do limite, motivo pelo qual devem restituir a área de que se apropriaram indevidamente.

Enfatiza o cabimento da cumulação de pedidos e pleiteia a demarcação exclusivamente da linha dos fundos (leste), de acordo com o que consta do título de propriedade, ou seja, até as vertentes do Morro do

Antão, além da condenação dos réus ao pagamento das custas e honorários advocatícios. Valorou a causa e juntou documentos.

Citados, os réus responderam, suscitando, em preliminar, ilegitimidade passiva ad causam, ao argumento de que seu terreno não confina com o da autora e tampouco o invadiram, além da inépcia da inicial, porque dela não consta a descrição das linhas divisórias do imóvel, requisito essencial para a propositura da ação.

No tocante ao mérito, afirmaram que são os legítimos possuidores de uma área de terras cuja aquisição se deu por usucapião e que dita posse não está eivada de qualquer vício. Encerraram impugnando o trabalho técnico de levantamento topográfico de fls. 18/24, realizado no processo retificatório. Requereram a produção de provas e a improcedência do pedido formulado pela autora.

A autora impugnou a contestação.

Sobreveio o saneador (fls. 57/58), no qual o Magistrado: a) decretou a carência da ação demarcatória; b) ordenou o prosseguimento da reivindicatória; c) deferiu a realização de provas, e d) marcou data para a instalação dos trabalhos técnicos.

Irresignada, a autora interpôs agravo retido.

A perícia foi concluída, vindo aos autos o laudo de fls. 76/82.

Não se conformando com o laudo, a autora requereu sua anulação, sustentando que o perito não visitou o local, baseando-se tão-somente, para confeccioná-lo, em aerofotografia.

O pleito restou indeferido, o que ensejou novo agravo retido.

Realizada a audiência de instrução e julgamento, o Magistrado proferiu sentença, julgando improcedente o pedido.

Irresignada, apelou a autora, postulando a anulação do processo desde o saneador, inclusive.

Os autos ascenderam a esta Corte, a qual proveu o recurso para determinar o prosseguimento do feito, na forma do art. 956 e seguintes do CPC.

Novo saneador foi proferido (fls. 202/204), reconhecendo a legitimidade das partes e impondo o rito indicado no acórdão.

Nomeou-se agrimensor e arbitradores, facultando-se às partes a indicação de assistentes.

Após essa providência, a autora requereu e viu deferido o pedido de citação dos confinantes, eis que o deslocamento da linha dos fundos importou no prolongamento das divisas laterais.

Em face disso, foram citados Darci Lopes e sua esposa, a TV Catarinense e Mário Petrelli e sua mulher.

Rede Gaúcha — Zero Hora de Comunicações Ltda. respondeu, informando haver sido citada como TV Catarinense, sustentando que seu nome fantasia foi alterado para RBS TV e que não possui qualquer imóvel na cidade de Florianópolis, motivo pelo qual pleiteou a extinção do processo sem julgamento do mérito, ante a sua ilegitimidade passiva ad causam.

Mário José Gonzaga Petrelli e sua esposa responderam, argüindo unicamente ilegitimidade passiva ad

causam, tendo sido excluídos da relação processual pela decisão de fl. 239v.

Darci Lopes e sua esposa mantiveram-se silentes.

Veio aos autos o laudo (fls. 247/284), pronunciando-se a respeito a autora, pedindo, porém, a confecção de laudo complementar no tocante a questões que não restaram esclarecidas.

O pleito foi deferido e os experts solucionaram a pendência (fls. 291/292).

Darci Lopes e sua mulher, Frederico Guilherme Buendgens e sua mulher, Arno Schmidt e sua mulher, Lauro Caldeira de Andrade e sua mulher e Leon Schmiegelow e sua mulher apresentaram alegações finais, nas quais afirmam que o imóvel pertence a todos, circunstância que obrigava ao chamamento dos condôminos que não foram citados para integrar a relação processual, motivo pelo qual se impunha a anulação ab initio do processo. Enfatizaram, outrossim, que a citação de Darci Lopes e sua mulher não observou o disposto no art. 225 do Código de Processo Civil.

Claudionor Scarpeta Borges e sua esposa apontaram falhas na perícia e aduziram que a exordial não descreveu corretamente a linha cuja demarcação perseguia a autora, salientando ainda haverem adquirido a área pelo usucapião, reconhecido por sentença.

Na seqüência, a autora, por meio de memorial, requereu que o julgamento fosse convertido em diligência para que restassem esclarecidas as seguintes questões: a) se a área in-

dicada integra o título de Darci Lopes, e b) em caso afirmativo, qual a área da autora que está sendo invadida.

Rede Gaúcha — Zero Hora de Comunicações Ltda. argüiu a nulidade do feito por três motivos, a saber: a) falta de citação de confinantes; b) o fato de sua citação ter ocorrido após o saneador, e c) não ter sido intimada da perícia, circunstância que não lhe permitiu apresentar quesitos e indicar assistente.

Apreciando as alegações finais, o Magistrado proferiu o despacho de fls. 339/340, pelo qual acolheu a argüição dos réus e anulou o processo a partir da perícia inclusive, à míngua da citação dos litisconsortes necessários, reputando válida a citação de Darci Lopes e sua esposa, ordenando, outrossim, a citação da Prefeitura Municipal e determinando aos demais réus o cumprimento do disposto no art. 214, § 2º, do CPC.

Informando que adquiriu dos réus Darci Lopes e condôminos o imóvel em litígio, Cemina S.A. — Cerâmica e Mineração Nacional Indústria e Comércio requereu sua admissão, na qualidade de assistente dos réus.

Em seguida, Rede Gaúcha — Zero Hora de Comunicações Ltda. ofereceu contestação, reiterando a argüição de ilegitimidade passiva. No mais, repisou as razões trazidas na contestação.

Darci Lopes, Frederico Guilherme Buendgens, Arno Schmidt, Lauro Caldeira de Andrade, Leon Schmiegelow e suas respectivas esposas ofereceram resposta, suscitando, à guisa de prefacial, a necessidade de emenda da inicial, eis que não há identificação da linha demarcanda, condição

indispensável ao regular desenvolvimento da ação. No mérito, trouxeram o significado da palavra vertente, concluindo que o terreno da autora não alcança o cume do Morro do Antão, informando ainda que o domínio da área foi adquirido por regular processo de usucapião.

Na réplica, a autora não se opôs ao pedido de assistência judiciária formulado pela empresa Cemina S.A.; alegou que a venda efetuada pelos réus Darci Lopes e sua esposa caracterizou fraude à execução; que a RBS TV pertence à RBS — Empreendimentos Imobiliários, constando da última alteração contratual desta que a empresa de radiodifusão de imagem passou a pertencer a Maiojama — Empreendimentos Imobiliários Ltda. (fls. 373/375); logo, a responsabilidade de nomear à autoria a proprietária do bem cabia àquela, decorrendo da omissão a configuração da litigância de má-fé. Pediu também a citação da empresa Maiojama.

Acrescentou que os réus Darci Lopes e esposa são revéis, posto que foram citados e não ofereceram resposta, dizendo incabível o pedido de desentranhamento de peças a partir da decretação de nulidade por estes formulado. Forneceu detalhes da área em litígio, reiterando a necessidade de demarcá-la.

A autora informou que não foi citada para a ação de usucapião, razão pela qual a sentença prolatada naquela demanda é ineficaz no que lhe diz respeito, não a impedindo de intentar ação reivindicatória.

Em outra peça (fl. 389), a autora formalizou seu desinteresse em reclamar a porção de terra que doara à

Prefeitura Municipal de Florianópolis, requerendo a exclusão desta do pólo passivo.

Citada, Maiojama — Empreendimentos Ltda. ofereceu contestação (fls. 402/404), salientando que seu terreno encontra-se demarcado e cercado, motivo pelo qual pediu a realização de perícia, a fim de evidenciar a real localização e limites de cada imóvel, postulando, por derradeiro, a improcedência do pedido.

No despacho de fl. 412 foi deferido o pedido da empresa Cemina S.A. — Cerâmica e Mineração Nacional Indústria e Comércio para integrar a lide na qualidade de assistente, determinou-se a realização de nova perícia, a fim de se levantar o traçado da linha demarcatória, nomeou-se peritos, abriu-se prazo para as partes oferecerem quesitos e apresentarem assistentes técnicos e designou-se data para a realização da audiência de instalação da perícia.

Nomeados os assistentes e ofertados os quesitos, resolveu-se a questão da ausência do assistente técnico dos réus Darci Lopes, Frederico Guilherme Buendgens, Arno Schmidt, Lauro Caldeira de Andrade, Leon Schmiegelow e suas esposas e Cemina S.A. — Cerâmica e Mineração Nacional Indústria e Comércio. Aberta a audiência de instalação da perícia, oportunidade em que os quesitos de fls. 419/420 foram rejeitados, ensejando a interposição de agravo retido por Darci Lopes, Frederico Guilherme Buendgens, Arno Schmidt, Lauro Caldeira de Andrade e respectivas esposas e Cemina S.A. — Cerâmica e Mineração Nacional Indústria e Comércio (fls. 452/455).

Concluída a perícia e anexado aos autos o laudo (fls. 466/520), sobre ele manifestaram-se as partes.

A autora rebateu os argumentos deduzidos pelos réus (fls. 539/540).

A audiência de instrução e julgamento realizou-se (fls. 572/576), ocasião em que foram ouvidos um dos peritos e três testemunhas da autora, abrindo-se prazo para a apresentação de alegações finais, na forma de memoriais (fls. 579/594).

O julgamento foi convertido em diligência (fls. 596/598), para que os réus Darci Lopes e outros tivessem a oportunidade de apresentar quesitos suplementares, eis que quando da primeira perícia ainda não integravam a relação processual, providência que restou atendida (fls. 600/601).

Os peritos apresentaram os honorários para a complementação do laudo. A autora a ele se opôs, ao argumento de que já haviam sido produzidas todas as provas necessárias.

Os réus insurgiram-se contra o despacho que determinou que os honorários fossem por eles suportados, alegando que a responsabilidade cabia à autora, o que foi acolhido pelo juiz, originando agravo de instrumento, ao qual o Tribunal negou provimento (fls. 630/632).

Entregando a prestação jurisdicional, a Magistrada julgou extinto o processo, sem apreciação do mérito, em relação à Rede Gaúcha — Zero Hora de Comunicações Ltda., impondo à autora, relativamente a esta, o pagamento das despesas processuais e honorários de advogado, arbitrados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), porém, condenou a Rede Gaúcha — Ze-

ro Hora de Comunicações Ltda. a pagar à autora as perdas e danos, a serem apuradas em liquidação de sentença, decorrentes de sua omissão em nomear à autoria a empresa Maiojama — Empreendimentos Imobiliários Ltda.; julgou procedente o pedido demarcatório formulado pela autora, condenando os réus Claudionor Scarpeta Borges, Tânia Maria Scarpeta Borges, Frederico Guilherme Buendgens, Arno Schmidt, Lauro Caldeira de Andrade, Leon Schmiegelow e suas esposas, além da empresa Maiojama — Empreendimentos Imobiliários Ltda., a fixarem o traçado do imóvel da autora, conforme a descrição de fls. 661/662, e a arcarem com os ônus da sucumbência, fixando os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Claudionor Scarpeta Borges, Darcil Lopes, Frederico Guilherme Buendgens, Arno Schmidt, Lauro Caldeira de Andrade, Leon Schmiegelow e suas respectivas esposas, e Cemina S.A. — Cerâmica e Mineração Nacional Indústria e Comércio apelaram (fls. 671/697), argüindo, preliminarmente, a nulidade do processo, à consideração de que tiveram cerceado o seu direito de defesa. Em razão disso requereram a complementação da perícia, com resposta aos quesitos formulados às fls. 419/420, consoante determinara o despacho de fls. 596/598, e outros apresentados às fls. 600/601.

No mérito, insurgem-se contra a acepção dada pelo último experto à palavra “vertente”, pretendendo que se proceda à demarcação das linhas laterais até a dos fundos, limitada à primeira vertente do Morro do Antão, de acordo com os laudos periciais

apresentados pelos engenheiros Sérgio Antônio dos Santos Gentil e Rubens Bazzo, que fornecem a exata distância entre ela e a Av. Mauro Ramos, que é a estrema da linha dos fundos do terreno da apelada.

Combatem, outrossim, o afastamento, pela sentença, da alegada prescrição aquisitiva, ao argumento de que a autora não figurava como proprietária ou confinante do imóvel à época em que tramitaram as ações de usucapião, não se fazendo mister a sua citação, motivo pelo qual está sujeita aos efeitos erga omnes das sentenças proferidas naquelas causas.

Concluíram postulando a anulação do processo, para que se o refaça após a complementação da prova técnica, ou a reforma do veredicto, julgando-se improcedente o pedido, restituindo-se as áreas eventualmente invadidas.

Rede Gaúcha — Zero Hora de Comunicação Ltda. e Maiojama — Empreendimentos Imobiliários Ltda. também recorreram (fls. 703/733), sustentando a nulidade do processo, em face da desigualdade de tratamento dispensado às partes, eis que só os quesitos da apelada e dos litisconsortes até então citados foram respondidos. Pleitearam a anulação do processo para que se proceda à complementação da perícia, com a resposta aos quesitos formulados às fls. 416/417, de acordo com a decisão de fls. 596/598.

No mérito, aos fundamentos deduzidos no primeiro recurso, Rede Gaúcha — Zero Hora de Comunicação Ltda. acrescentou irresignação no que tange à sua condenação em per-

das e danos, postulando a reforma da sentença neste tocante.

Informado o falecimento da apelada, procedeu-se à substituição processual por seus sucessores (fl. 742).

Com as contra-razões (fls. 754/771), ascenderam os autos a este grau de jurisdição.

É o relatório.

Reputa-se renunciado o agravo retido de fls. 452/455 à luz do preceituado no § 1º do art. 523 do Código de Processo Civil, posto que sua apreciação não foi requerida nas razões de apelação.

Apesar disso, e como a questão naquele recurso versada tenha sido apreciada na sentença e seja objeto de ambos os apelos, na forma de preliminar, será agora reexaminada.

O alegado cerceamento de defesa não está caracterizado.

Com efeito, apesar do indeferimento dos quesitos formulados pelos apelantes, os pontos a que aludiam ficaram esclarecidos no laudo pericial (fls. 467/520), restando detalhado e corroborado pelos esclarecimentos prestados pelo experto e pela prova testemunhal produzida na audiência de instrução e julgamento (fls. 572/576).

Os quesitos, que, consoante os apelantes, não foram respondidos (fls. 419/420), têm o seguinte teor:

"1) Podem os senhores peritos localizar o terreno dos AA., nas suas linhas divisórias de conformidade com título aquisitivo dos mesmos?

"2) Podem os senhores peritos informar se na região onde está situado o imóvel da A., mais especifica-

mente no Morro do Antão, existe mais de uma 'vertente', segundo a definição popular?

"3) Podem os senhores peritos informar se a linha demarcada adentra o imóvel de propriedade dos ora requerentes?"

Extrai-se do laudo a conclusão que segue e que responde à primeira das indagações acima formuladas:

"10.3. Quanto as (sic) Escrituras:

"Tomando-se por base as escrituras do terreno de Anna Pechler Soares e o relevo da região da vertente onde se encontra localizado o citado terreno, pode-se afirmar que este inicia-se na Avenida Mauro Ramos, antiga Rua José Veiga, e termina no divisor de águas ou linha de cumeada do Morro do Antão, indo de frente a fundos numa linha reta ininterrupta" (fls. 485/486).

A resposta à segunda forneceu o experto ao prestar esclarecimentos na audiência de instrução e julgamento, verbis:

"(...) segundo o entendimento popular o Morro do Antão pode ter mais de uma vertente (divisor de águas); que tanto no entendimento técnico como no popular, para o deslinde do litígio não se pode cogitar em mais de uma vertente em razão da posição do terreno em relação ao cumo (sic) do morro e também em razão da constância da inclinação do plano onde se localiza o terreno; que no mapa que acompanha o laudo estão identificadas todas as vertentes do Morro (de acordo com o entendimento técnico)" (fl. 573).

A terceira interrogação encontra resposta nos itens 9.3, 9.4, 9.5 e 9.6 do laudo (fl. 483) e demonstração no levantamento planaltimétrico de fl. 514.

Quanto às indagações complementares (fls. 600/601), verifica-se que foram formuladas com o intuito de checar a acepção popular da palavra "vertente", escapando à área de especialização do experto e desviando-se completamente da finalidade da perícia, à míngua de liame com o deslinde da questão.

Além do mais, o laudo tece considerações de ordem técnica sobre o que se deve entender por "vertente", havendo o perito discorrido a respeito ao prestar esclarecimentos na audiência de instrução e julgamento, aditando a primeira testemunha da autora o significado popular do aludido vocábulo (fls. 573/574), evidenciando-se, assim, a ausência de prejuízo.

Estabelece o § 1º do art. 249 do CPC que "o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte".

Ora, o direito processual civil brasileiro, no tocante às nulidades, edificou seu alicerce, dentre outros, no princípio da instrumentalidade das formas, traduzido pelo brocardo pas de nullité sans grief, consoante o qual não se decreta nulidade sem prejuízo.

Nesse rumo, na falta deste, rejeita-se a preliminar.

À arguição da prefacial supra por Rede Gaúcha — Zero Hora de Comunicações Ltda. e Maiojama — Empreendimentos Imobiliários Ltda. impende que se confira idêntico destino, primeiramente porque os quesitos

que alegam não foram o respondidos nem formulados por Rede Gaúcha — Zero Hora de Comunicações Ltda., excluída da relação processual em face do reconhecimento de sua ilegitimidade para integrá-la; em segundo lugar, porque embora integrasse a relação processual, Maiojama — Empreendimentos Imobiliários Ltda. desinteressou-se da prova pericial, não tendo indicado assistente técnico nem formulado quesitos, tampouco requerido esclarecimentos na audiência.

Em razão disso, à Rede Gaúcha — Zero Hora de Comunicações Ltda. faltava interesse para suscitá-la, ao passo que em relação à Maiojama — Empreendimentos Imobiliários Ltda. não se constatou prejuízo, não havendo, ipso facto, razão para acolhê-la.

No tocante ao mérito, melhor sorte não assiste aos recorrentes.

Oportuno esclarecer que de todos os laudos periciais constantes do processo, e que são 4 (quatro), apenas o último possui força probatória, pois o primeiro (fls. 18/24), elaborado nos autos da ação de retificação de imóvel, não se presta aos esclarecimentos necessários a esta; o segundo (fls. 76/81) foi invalidado pelo acórdão de fls. 187/193, que anulou o processo desde o despacho saneador de fls. 57/58 inclusive, e o terceiro (fls. 247/284) foi anulado a partir da perícia inclusive, em face da ausência de citação de litisconsortes necessários (fls. 339/340).

Portanto, não há examinar ou extrair subsídios dos laudos invalidados como pretendem os apelantes,

pois devem ser tidos como inexistentes.

Por isso, e verificando-se que apenas o de fls. 467/520 é válido, procede-se ao exame do mérito.

Reclamam os apelantes acerca da acepção dada à palavra “vertente”, à consideração de que a apresentada pelos expertos diverge da vulgar, tendo decorrido da imprecisão o deferimento do pedido.

É improcedente o argumento, eis que a Magistrada, ao sentenciar, não se ateve apenas ao laudo pericial de fls. 466/520. Cotejou-o, na verdade, com os esclarecimentos prestados pelo experto na audiência de instrução e julgamento, com as escrituras dos terrenos anexadas aos autos e com o depoimento de antigos moradores da região, retirando do conjunto probatório a significação que se deve atribuir ao vocábulo, bem como a localização da vertente, que serve como divisa de fundos ao terreno do apelado.

Veja-se, a propósito, excerto da sentença a seguir transcrito:

“O ponto de maior embate entre os contendores é o conceito técnico ou trivial de vertente do morro. No esclarecimento dos expertos ‘Chama-se flancos ou vertentes de um acidente geográfico (relevo altimétrico) toda a superfície compreendida entre a linha do vértice e a da base’ (fl. 534, apud Lélis Espartel) e, ainda, acrescentam que ‘Divisor de Águas é a parte mais saliente do terreno, que separa as águas pluviais que correm para uma certa bacia’.

“Em audiência de instrução e julgamento, o perito, Sr. José Carlos Savas de Bastos Silva, respondendo

às indagações que lhe foram feitas, deixou incólume de dúvidas que ‘a expressão vertente, tecnicamente falando, significa a face (plano inclinado) de uma elevação e o ponto de junção das vertentes opostas chama-se divisor de águas; que é uso comum do povo, todavia a expressão ‘vertentes’ com o significado de divisor de águas; que, segundo o entendimento popular o Morro do Antão pode ter mais de uma vertente (divisor de águas); que tanto no entendimento técnico como no popular, para o deslinde do litígio não se pode cogitar em mais de uma vertente em razão da posição do terreno em relação ao cumo (sic) do morro e também em razão da constância da inclinação do plano onde se localiza o terreno’ (fl. 637) (grifos nossos).

“É também a conclusão resultante da análise das escrituras: ‘Tomando por base as escrituras do terreno de Anna Pechler Soares e o relevo da região da vertente onde se encontra localizado o citado terreno, pode-se afirmar que o mesmo inicia-se na Avenida Mauro Ramos, antiga Rua José Veiga, e termina no divisor de águas ou linha de cumeada do Morro do Antão, indo de frente a fundos numa linha reta ininterrupta’ (fls. 548/549).

“No mesmo compasso são as declarações dos antigos moradores da região:

‘que conhece o imóvel da autora a (sic) 40 anos aproximadamente; que o depoente soube através de Agostinho Zabumba, antigo morador ‘Agostinho José Felipe’, antigo morador de Florianópolis, que o terreno da autora ia até a crista do morro’ (Alfredo Goudel, fl. 640);

'que o depoente residiu na Av. Mauro Ramos e foi informado na ocasião que o imóvel da requerente ia até o alto do morro' (Leonardo Constantino Silveira de Souza Garofallis).

"Dessa forma, associando o empirismo dos testemunhos com o conhecimento científico, há que se ter como linha de fundo do imóvel em questão o divisor de águas do Morro do Antão, nos moldes da perícia, devolvendo à autora o uso, o gozo e a disponibilidade dessa área" (fls. 658/660).

Conclui-se, sem esforço, da leitura do excerto supra, que não procedem as irresignações nesse tocante.

No que pertine à alegada prescrição aquisitiva, em que pese ao fato de sustentarem os recorrentes que Anna Pechler Soares desconhecia os limites de seu terreno e respectivos confinantes, não podendo, em razão disso, exigir que terceiros tivessem conhecimento da linha divisória dos fundos do imóvel visando a providenciarem a sua citação para as ações de usucapião, decidiu corretamente a Magistrada, posto que a autora da ação reivindicatória não integrou as relações processuais que nelas se estabeleciam, não havendo ensejo a que as sentenças naqueles autos proferidas gerem efeitos contra quem não foi citada e deveria ter sido, na qualidade de confinante.

Ademais, incumbia aos apelantes produzirem a prova da citação da autora, agora substituída por seu espólio, a teor do disposto no art. 333, II, do CPC. Entretanto, não o fizeram.

A respeito do detalhe, extrai-se da doutrina, verbis:

"A existência de usucapião, portanto, não obsta a reivindicação, ocorrendo as situações mencionadas, porque, a rigor, como já se aludiu nesta obra, é possível a discussão sobre a validade do título de domínio do autor, ou seja, sobre possíveis vícios existentes que podem nulificar o registro imobiliário. Se assim é em relação ao autor, o mesmo se diga em relação ao réu, porque pode este opor ao título do autor melhor domínio, inclusive a alegação de usucapião já decidido judicialmente de modo que, mesmo que o réu alegue o usucapião pela via reconvenção, mesmo que este esteja reconhecido por sentença transcrita no Registro Imobiliário, não gera este efeitos erga omnes. Não atinge terceiros não citados para ação de usucapião nem terceiros que, devendo ser citados, não o foram regularmente, por qualquer razão de fato ou de direito imputável à máquina judiciária" (Haendchen, Paulo Tadeu; Letteriello, Rêmoló, Ação Reivindicatória, 5ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Sarai-va, 1997, pág. 69).

E mais:

"Ostentando a sentença prolatada na ação de usucapião cunho declaratório e não atributivo da propriedade, o fato de dispor o art. 945 do Código de Processo Civil que será a mesma 'transcrita, mediante mandado, no registro de imóveis' não lhe retira esse caráter, pois é sabido que o registro tem por finalidade gerar publicidade a terceiros — validade erga omnes — e possibilitar a regular transmissão do bem usucapido — jus disponendi.

Como visto, a usucapião é forma de adquirir a propriedade, sendo-o

também a transcrição (CC, art. 530, I e III).

A validade contra todos da sentença de usucapião pressupõe a ocorrência de coisa julgada material, verificada a citação de todas as pessoas apontadas como interessadas, em especial pelo chamamento editalício.

O trânsito em julgado decorre da relação processual formada, e para que a decisão projete eficácia inter partes em sua globalidade, é necessário que não tenha deixado de ser convocado para o processo todo interessado na causa.

Por exemplo, não citado aquele em cujo nome esteja registrado o imóvel, é evidente que a coisa julgada não o atingirá, podendo buscar a anulação do julgado por ação declaratória, anulatória ou reivindicatória, sem a necessidade da via rescisória" (Ribeiro, Benedito Silvério, Tratado de Usucapião, vol. 2, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 1.307).

Por derradeiro, rebela-se Rede Gaúcha — Zero Hora de Comunicações Ltda. contra a condenação que lhe foi imposta em virtude de não haver, no momento próprio, nomeado à autoria a verdadeira proprietária do imóvel lindeiro, a saber, Maiojama — Empreendimentos Imobiliários Ltda., ao argumento de que a autora não pleiteou expressamente a indenização a que alude o art. 69, I, do CPC, traduzindo sua imposição julgamento ultra petita.

Tal, contudo, não ocorre.

Com efeito, verifica-se que a apelante limitou-se, em sua resposta (fls. 351/356), a informar a alteração de seu nome fantasia e requerer a extinção do processo, sem apreciação

do mérito, porque carecia de legitimidade passiva ad causam, tendo em vista que não possuía qualquer imóvel na cidade de Florianópolis.

Entretanto, revelam os autos que a apelante tinha conhecimento de que ocupava prédio pertencente à irmã Maiojama — Empreendimentos Imobiliários Ltda., permitindo a ilação de que ocultou informações, tumultuando o processo.

Ora, consoante o preceituado no art. 64 do CPC, o momento oportuno para indicar à autoria o verdadeiro proprietário do imóvel é o da apresentação da defesa. Deixando de fazê-lo, como efetivamente ocorreu, mister que responda por perdas e danos.

Nesse rumo, veja-se o escólio de Humberto Theodoro Júnior:

"A nomeação à autoria no sistema do Código não é uma faculdade, mas sim um dever do mandado, de cuja inobservância resulta a responsabilidade por perdas e danos (art. 69, I)" (Curso de Direito Processual Civil, 1º vol., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 121).

O apontado julgamento ultra petita não se configurou, considerando-se que da réplica à contestação (fls. 363/370) consta, após a denúncia da omissão, requerimento expresso da autora no sentido de que se a impusesse.

Ante o exposto, julgou-se prejudicado o agravo retido, rejeitou-se a preliminar e negou-se provimento aos recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 26 de setembro de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente, com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.004536-3, DE BLUMENAU

Relator: Des. Sérgio Paladino

Apelação cível. Ação de indenização. Inclusão indevida do CPF do autor no cadastro de emitentes de cheques sem fundos. Dano moral caracterizado. Obrigação de indenizar.

A credibilidade — bem imaterial que integra o patrimônio econômico e moral, compõe a reputação, e que se incorpora no direito da personalidade, como atributo da honra do ser humano — encontra proteção em nosso ordenamento jurídico (artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal), ensejando indenização à ofensa que a possa macular.

Quantum. Fixação. Apreciação das circunstâncias do caso concreto. Arbitramento em valor que expresse a finalidade a que se destina.

O valor da indenização do dano moral ficará a cargo do juiz, que usando de seu prudente arbítrio, fixá-lo-á, observando as peculiaridades do caso concreto, bem como as condições financeiras do agente e a situação da vítima, arbitrando-o de forma que não se torne fonte de enriquecimento, tampouco que seja inexpressiva a ponto de não atender aos fins a que se propõe.

Juros de mora. Acessório que integra o quantum debeatur.

A obrigação de indenizar impõe ao ofensor o pagamento dos juros incidentes sobre o valor da condenação para garantir que a reparação seja completa.

Valor da condenação a quem do pleiteado pelo autor. Alegação de sucumbência recíproca. Inocorrência. Acolhimento do pedido alternativo. Honorários advocatícios e despesas processuais a cargo do vencido.

“*Sendo meramente estimativo o valor da indenização pedida na inicial, não ocorre sucumbência parcial se a condenação fixada na sentença é inferior àquele montante*’ (STJ — 3ª Turma, REsp n. 21.696-9/SP, rel. Min. Cláudio Santos, j. 25/5/93, não conheceram, v. u., DJU 21/6/93, pág. 12.366)” (Negrão, Theotonio, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 31ª ed. atual.*, São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 131, nota 2 ao art. 21) Além disso, “*no caso de pedido alternativo, não há sucumbência do autor se um deles é acolhido* (RTJ 85/247)” (idem, nota 3 ao art. 21).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível de n. 98.004536-3, da comarca de Blumenau (4ª Vara), em que são apelantes e apelados Lívio Utech e Banco Real S.A.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos.

Custas na forma da lei.

Lívio Utech intentou ação ordinária de indenização contra Banco Real S.A., imputando à instituição financeira que figura no pólo passivo da relação processual a inscrição indevida de seu CPF no cadastro de emitentes de cheques sem fundos, cujo número, consoante explicações posteriores, foi igualmente fornecido por Valmor Pedrini na oportunidade da abertura de conta corrente em agência da ré, o qual tem sistematicamente emitido cheques sem provisão de fundos.

Enfatizando os inúmeros dissabores que vem enfrentando em razão disso, os graves danos causados a sua honra, bem como a responsabilidade da ré, que aceitou abertura de conta por terceiro com o número do

seu CPF, concluiu postulando indenização equivalente a trezentos (300) salários mínimos ou, alternativa e sucessivamente, a duzentos (200) salários mínimos.

Citada, respondeu a instituição bancária, pleiteando, preliminarmente, a denunciação da lide a Valmor Pedrini, que teria fornecido, dolosamente, número de CPF que não lhe pertencia, com vistas à abertura de conta corrente. No mérito, alega ter agido com cautela, circunstância que a exime de responsabilidade pelo ocorrido. Acrescentou, outrossim, não estar evidenciado o abalo alegado pelo autor, revelando a pretensão deduzida o propósito do autor de enriquecer ilícitamente.

As alegações da ré foram impugnadas pelo autor.

Indeferida a litisdenunciação, foi designada audiência de conciliação, que não foi aceita pelas partes.

Da decisão interlocutória que indeferiu a litisdenunciação interpôs a ré agravo retido.

Designou-se audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que foram tomados os depoimentos pessoais do autor e do proposto da ré

e inquiridas duas testemunhas arroladas pelo primeiro. Procedeu-se na sequência à inquirição de Valmor Pedrini, por meio de carta precatória.

Apresentadas as alegações finais, o Dr. Juiz de Direito julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de indenização no valor correspondente a 200 (duzentos) salários mínimos, acrescida de juros de mora contados da citação, bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixou em 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

Inconformados, apelaram autor e ré: o primeiro perseguindo a majoração do quantum arbitrado à guisa de indenização, objetivando a segunda a improcedência do pedido e, alternativamente, a redução do montante da indenização, rebelando-se, ainda, contra a incidência de juros de mora, à consideração de que não podem ser aplicados sobre o valor do salário mínimo, além da compensação da verba honorária e custas processuais em face da sucumbência recíproca.

É o relatório.

Preliminarmente, do agravo retido não se pode conhecer, tendo em vista que sua apreciação não foi requerida nas razões de apelação, consoante exigência inscrita no § 1º do art. 523 do Código de Processo Civil.

No mérito, insurge-se a instituição financeira ré contra a condenação que lhe foi imposta, sustentando seu descabimento, à consideração de que não houve dano.

Todavia, não procede a irresignação, beirando ao surrealismo a alegação de ausência de dano.

Com efeito, bastaria para amparar a pretensão deduzida a prova da indevida inscrição do número do CPF do autor no cadastro de emitentes de cheques sem fundos (fl. 13), por negligência do apelante, que lançou o número do CPF daquele na “ficha proposta para abertura de conta corrente” de Valmor Pedrini (fl. 14). Entretanto, foi além, demonstrando também que foi submetido, pelo menos duas vezes, ao constrangimento de ter suspensão a emissão de talões de cheques por outros bancos em que mantinha contas correntes (fls. 15 e 16).

Ora, “o crédito, na conjuntura atual, representa um bem imaterial que integra o patrimônio econômico e moral das pessoas, sejam elas comerciantes ou não, profissionais ou não, de modo que a sua proteção não pode ficar restrita àqueles que dele fazem uso em suas atividades especulativas; o abalo da credibilidade molesta igualmente o particular, no que vê empenhada a sua honorabilidade, a sua imagem, reduzindo o seu conceito perante os concidadãos; o crédito (em sentido amplo) representa um cartão que estampa a nossa personalidade, e em razão de cujo conteúdo seremos bem ou mal recebidos pelas pessoas que conosco se relacionam na diuturnidade da vida privada.

“A reputação pessoal integra-se no direito da personalidade, como atributo da honra do ser humano, merecendo, assim, a proteção das normas penais e das leis civis reparatórias.

“Sob a égide dessa proteção devida, acentua-se cada vez mais na jurisprudência a condenação daque-

les atos que molestem o conceito honrado da pessoa, colocando em dúvida a sua probidade e seu crédito.

“Definem-se como tais aqueles atos que, de alguma forma, mostram-se hábeis para macular o prestígio moral da pessoa, sua imagem, sua honradez e dignidade, postos como condição não apenas para atividades comerciais, como também para o exercício de qualquer outra atividade lícita.

“A partir da ofensa provocada pelo ato injurioso, a pessoa sente-se menosprezada no convívio do agrupamento social em que se encontra integrada, ao mesmo tempo que pressente que, nas relações negociais a que se proponha, já não mais desfrutará da credibilidade que antes lhe era concedida; no espírito do empresário prudente ou de qualquer particular, intaura-se (sic) a eiva da suspeição contra a mesma, que o leva a suspender ou restringir a confiança ou o crédito agora abalado.

“Portanto, no chamado ‘abalo de crédito’, embora única a sua causa geradora, produzem-se lesões indiscriminadas ao patrimônio pessoal e material do ofendido, de modo a ensejar, se ilícita aquela causa, uma indenização compreensiva de todo o prejuízo” (Cahali, Yussef Said, *Dano Moral*, 2ª ed. rev., atual. e ampl., 4ª tir., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, págs. 358/359).

Carlos Alberto Bittar, por seu turno, ao tratar do direito à reparação por danos morais assinala que “na prática, cumpre demonstrar-se que, pelo estado da pessoa, ou por desequilíbrio em sua situação jurídica, moral, econômica, emocional ou outras,

suportou ela conseqüências negativas advindas do fato lesivo. A experiência tem mostrado, na realidade fática, que certos fenômenos atingem a personalidade humana, lesando os aspectos referidos, de sorte que a questão se reduz, no fundo, a simples prova do fato lesivo. Realmente, não se cogita, em verdade, pela melhor técnica, em prova de dor, ou de aflição, ou de constrangimento, porque são fenômenos ínsitos na alma humana como reações naturais a agressões do meio social. Dispensam, pois, comprovação, bastando, no caso concreto, a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para responsabilização do agente” (*Reparação Civil por Danos Morais*, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 136).

No que tange ao quantum arbitrado à guisa de indenização, atacado por ambas as partes, frise-se que inexistente critério rígido para estipulá-lo em virtude da impossibilidade de quantificar-se lesão que tal. Por isso, incumbe ao juiz arbitrá-la, consoante seu prudente arbítrio, observando as circunstâncias do caso concreto, bem como as condições financeiras do agente e a situação da vítima, de forma que não se torne fonte de enriquecimento, tampouco que seja inexpressiva ao ponto de não atender aos fins a que se destina.

No caso concreto, a qualidade do autor de gerente financeiro de uma empresa de projeção nacional, o seu passado de bom pagador, o constrangimento a que foi submetido ao constatar que não tinha crédito, ao lado da conduta culposa da empresa ré — uma das maiores instituições bancárias

do país —, indicam que o valor, equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos, foi corretamente arbitrado, não havendo ensejo igualmente, pelos motivos acima declinados, à majoração que pleiteia.

No que tange aos juros de mora, na qualidade de acessórios “integram a obrigação de indenizar e devem ser computados para que a reparação seja completa” (Stoco, Rui, Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 4ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 787), e são devidos desde a citação, posto que fixados por sentença (art. 219 do Código de Processo Civil, combinado com o art. 1.064 do Código Civil). Ademais, não se prestam para corrigir o montante da condenação, eis que para tal desiderato utilizar-se-ia a correção monetária, que o Dr. Juiz a quo sabiamente deixou de aplicar porque o fixou em salários mínimos, cujas variações atuam como coeficientes de atualização.

Por derradeiro, não há ensejo ao reconhecimento da sucumbência

recíproca, quer em face da jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça, que sufraga o entendimento consoante o qual o valor da indenização postulado na inicial é meramente estimativo, não decaindo o autor de parte do pedido se a condenação estipulada na sentença for inferior àquele montante (Negrão, Theotônio, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 31ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 131, nota 2 ao art. 21), quer porque o autor formulou pedido alternativo, havendo a sentença acolhido um deles (idem, nota 3 ao art. 21).

Ante o exposto, negou-se provimento a ambos os recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 29 de agosto de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.008847-0, DE PAPANDUVA

Relator: Des. Sérgio Paladino

Ação monitoria. Embargos. Transferência de cruzados novos de dois bancos para congênere. Circulares 1.812 e 1.823 do Banco Central. Fraude praticada por funcionários da instituição financeira em favor da qual fez-se a compensação dos cheques emitidos pela autora. Prejuízo demonstrado. Hipótese de incidência do artigo 1.521, inciso III, do Código Civil. Preliminares afastadas. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.008847-0, da comarca de Papanduva, em que é apelante o Banco Bamerindus do Brasil S.A., e apelada Tânia Regina Lino:

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

Custas na forma da lei.

Tânia Regina Lino intentou ação monitória contra o Banco Bamerindus do Brasil S.A., alegando que emitiu dois cheques, anotando no verso a que se destinavam, da seguinte forma: "Conforme Circulares ns. 1.812 e 1.813 do Banco Central do Brasil, estou transferindo meus cruzados novos deste Banco ao..." O primeiro deles ostentava o valor de NCz\$ 181.363,00 (cento e oitenta e um mil, trezentos e sessenta e três cruzados novos) contra o Banco Sudameris do Brasil S.A. e o segundo o de NCz\$ 3.997.000,00 (três milhões, novecentos e noventa e sete mil cruzados novos) contra o Banco Real S.A.

Contudo, apesar da compensação dos títulos, os valores não foram creditados na conta corrente que mantém no Banco réu.

Aduz, ainda, que desencadeou ações ordinárias contra os Bancos Sudameris do Brasil S.A. e Real S.A., as quais foram extintas, ante o reconhecimento de que não tinham legitimidade para figurar no pólo passivo da relação processual.

Asseverando que houve fraude perpetrada pelos funcionários do réu no desbloqueio de cruzados novos e demonstrando a atualização dos cré-

ditos, pleiteou a procedência do pedido, bem como a assistência judiciária gratuita.

Apresentou os documentos de fls. 8/51.

Deferido o pedido de assistência judiciária e a expedição de mandado para pagamento em 15 (quinze) dias, o réu veio ao autos postular vista do processo para apresentar defesa.

O réu opôs embargos monitórios (fls. 68/78), suscitando, preliminarmente, a inépcia da inicial, ao argumento de que faltaram documentos indispensáveis à propositura da ação, a par de não ostentar legitimidade passiva ad causam. Pleiteou a nomeação à autoria do Banco Central do Brasil, bem como a denúncia da lide ao Banco Central do Brasil e à União Federal. No mérito, contestou os documentos apresentados pela autora, reeditando, por derradeiro, os mesmos argumentos deduzidos no tocante às preliminares.

Acolhida a exceção de incompetência argüida pelo réu, os autos foram remetidos à comarca de Papanduva.

Impugnando a contestação, a autora rebateu as alegações do réu e juntou novos documentos.

Intimado para se manifestar acerca dos documentos, o réu alegou a intempestividade da impugnação e reiterou todos os argumentos utilizados nos embargos, postulando, a final, o julgamento antecipado da lide.

Cumprindo o determinado no despacho de fl. 331, veio aos autos a autora, a qual gizou que nas duas ações ordinárias intentadas anterior-

mente houve o reconhecimento da responsabilidade do réu.

Atendendo ao despacho de fl. 345, a autora postulou a expedição de ofício ao Juízo de Direito do Foro Regional Santana 1ª Vara Cível comarca de São Paulo, Capital, a fim de que fosse enviada cópia do extrato da conta corrente da autora no Banco Sudameris S.A., a qual se encontra na ação ordinária n. 446/93.

Expedido o ofício solicitado, a autora apresentou os extratos.

Entregando a prestação jurisdicional, o Dr. Juiz a quo rejeitou os embargos, constituindo de pleno direito, nos termos do art. 1.102c do Código de Processo Civil, o título judicial, no montante de R\$ 39.307,95 (trinta e nove mil, trezentos e sete reais e noventa e cinco centavos), mais juros e correção monetária a partir de 13/8/1996.

Respondendo ao ofício n. 240/98, o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível Foro Regional I Santana São Paulo, Capital, remeteu as cópias do processo n. 446/93, que foram solicitadas, as quais foram juntadas aos autos.

Inconformado, apelou o vencido, pretendendo, preliminarmente, a suspensão do processo, em face da sua liquidação extrajudicial. Suscitou, outrossim, ainda à guisa de prefaciais, inépcia da inicial, ilegitimidade passiva ad causam, e requereu ainda a esse título a nomeação à autoria do Banco Central e, por derradeiro, a denúncia da lide ao Banco Central e à União Federal. No mérito, postula a improcedência do pedido, ao argumento de que não foram apresentados documentos indispensáveis, asseveran-

do, além disso, que o depoimento prestado pela autora à Polícia Federal comprova que litiga de má-fé.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

Não procede o pedido preliminarmente formulado de suspensão do feito, visto que o apelante não demonstrou que esteja em processo de liquidação extrajudicial.

Além disso, assentou esta Corte em hipótese assemelhada, com lastro em precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“A decretação da liquidação extrajudicial de instituição financeira não constitui causa, por si só, de suspensão do processo relativo ao pedido de indenização por danos morais contra ela deflagrado (Lei n. 6.024/74, art. 18). O processo só é suspenso quando possa afetar, de modo direto, a massa liquidanda, ou seja, após a constituição do crédito (RSTJ 53/138)” (AI n. 98.014954-1, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto)

Por outro lado, não tem consistência a prefacial de inépcia, à consideração de que a inicial não foi instruída com documentos indispensáveis à propositura da ação, eis que da narração dos fatos e dos documentos que a instruem constata-se a existência do crédito.

Com efeito, o conjunto probatório revela que a autora emitiu dois cheques, objetivando sacar valores das contas correntes que mantinha no Banco Sudameris do Brasil e no Banco Real S.A., os quais chegaram à agência do Banco Bamerindus do Brasil S.A. (fls. 112/113), mas não foram

creditados na conta corrente da apelada em razão da fraude praticada por funcionários da agência do réu em Papanduva.

A propósito, veja-se o ensinamento de Eduardo Talamini, verbis:

“Em termos práticos, conclui-se que o juiz, quando for analisar o pedido de expedição do mandado, há de fazê-lo ciente de que deve verificar apenas se há boa chance de os fatos constitutivos terem ocorrido. Realizará simples exame da aparência de veracidade tendo em vista inclusive a provisoriedade da conclusão a que chegará. Desenvolverá, enfim, a atividade cognitiva nos únicos limites compatíveis com o momento procedimental” (Tutela monitoria: a “ação monitoria” Lei 9.079/95, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, pág. 74).

Adiante esclarece:

“A narrativa constante da peça inicial e a prova escrita apresentada pelo autor deverão abranger ainda que indiretamente, como se frisou até aqui a constituição (o evento gerador) e a exigibilidade (ocorrência do termo ou condição etc.) do crédito” (ob. cit., pág. 78).

A preambular de ilegitimidade passiva ad causam argüida pelo apelante igualmente não procede, tendo em vista que sua responsabilidade restou assentada não só nas conclusões do laudo pericial de fls. 34/41, como também nas sentenças que extinguiram os processos deflagrados pela apelada contra os Bancos Sudameris do Brasil e Real S.A. (fls. 42/43 e 49/50).

De outro vértice, a nomeação à autoria postulada pelo réu não pode

ser acolhida, pois recusada pela autora, ficará ela sem efeito, nos termos do preceituado no art. 65, parte final, do Código de Processo Civil.

Da mesma forma é descabida a denunciação da lide ao Banco Central e à União Federal perseguida pelo réu, pois pretende a autora haver deste o montante em dinheiro que lhe foi transferido, mediante compensação dos cheques sacados contra o Banco Sudameris do Brasil e o Banco Real S.A., para depósito na sua conta corrente.

No que tange ao mérito, demonstra o conjunto probatório que os cheques emitidos pela autora foram compensados, não tendo sido possível identificar em que conta o respectivo numerário restou depositado, a qual foi vítima de fraude, “por ingenuidade e negligência, ou eventualmente até dolo, porque deveria ter conhecimento que havia proibição para desbloquear os cruzados novos...” (fls. 39 e 40).

Exsurge da prova, outrossim, que a fraude foi perpetrada por funcionários do Banco Bamerindus S.A., agência de Papanduva (fls. 95, 121 e 319).

Tais contornos retratam a hipótese de incidência do preceito inscrito no art. 1.521, inciso III, do Código Civil, consoante o qual incumbe ao Banco Bamerindus do Brasil S.A. a reparação civil pelos danos causados por seus prepostos, no exercício do trabalho que lhes competia, ou por ocasião dele.

Por derradeiro, em face da inconsistência das alegações do apelante, não há ensejo à condenação da apelada por litigância de má-fé.

Nesse rumo, comprovado o prejuízo e identificado o responsável por sua reparação, impunha-se a constituição do título judicial, no valor correspondente aos danos, razão pela qual confirma-se a sentença por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, repelidas as preliminares, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 8 de agosto de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 49.216 (88.083222-0), DE SÃO BENTO DO SUL

Relator: Des. Vanderlei Romer

Ação ordinária anulatória.

Venda de ascendente a descendente.

Prescrição. Sentença que aplica a Súmula 152 do STF. Revogação expressa, contudo, pela Súmula 494. Prazo vintenário. Reforma.

Processual civil. Togado a quo que, conquanto tenha reconhecido a prescrição, pronuncia-se sobre o meritum causae. Admissibilidade, pois, do Órgão ad quem apreciá-lo, sem que tal se configure em supressão de instância.

Direito civil. Venda de bem a terceiro, que, posteriormente, o aliena ao filho do primeiro vendedor. Conjunto probatório que evidencia a existência de negócio simulado. Flagrante violação ao art. 1.132 do Estatuto Civil.

“A prova da simulação é difícil, pois se deve demonstrar que há um negócio aparente, que esconde ou não outro ato negocial, por isso o Código de Processo Civil, nos arts. 332 e 335, dá, implicitamente, ao Magistrado o poder de valer-se de indícios e presunções para pesquisar a simulação” (in Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1991, pág. 256).

“Venda de ascendente a descendente. Nulidade. Simulação. Interposta pessoa. Indícios coerentes e conclusivos.

“É anulável a venda feita por ascendente a descendente quando comprovada a ocorrência de simulação, com base em indícios coerentes e conclusivos” (2ª CC, do TJSP, rel. Des. Aniceto Aliende, j. em 26/11/82, RT 571/97).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 49.216 (88.083222-0), da comarca de São Bento do Sul (1ª Vara/Inf./Juv./Reg. Público), em que é apelante Ervino Staffen, sendo apelados Leonardo Staffen e outros:

ACORDAM, em Câmara Especial — Processos Cíveis, por votação unânime, dar provimento ao recurso, invertido o ônus da sucumbência.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuidam os presentes autos de ação ordinária anulatória de ato jurídico ajuizada por Ervino Staffen contra Ricardo Sttafen, Maria Staffen, Arnaldo Funk, Irmalinda Funk e Leonardo Staffen.

Consta da inicial que em 17/5/77 os réus Ricardo e Maria Sttafen venderam dois imóveis de sua propriedade a Arnaldo e Irmalinda Funk. A posteriori, mais precisamente em 8/11/77, os referidos bens sofreram nova alienação, desta feita para Leonardo Staffen, à época solteiro.

Contra esta última alienação é que se volta o autor, dizendo-a simulada, porquanto, em verdade, seu pai — Ricardo — efetuou uma doação para seu filho Leonardo, em detrimento de seus direitos.

Disse que a veracidade de sua alegação está cabalmente demonstra-

da pelas escrituras lavradas, nas quais se repetem os valores, sem contar o prazo exíguo que mediou as duas transações.

Outrossim, expôs que desde a data da primeira transação — 15/5/77 — seus pais permaneceram no imóvel.

Citados, compareceram aos autos Maria Staffen, Arnaldo Funk, Leonardo e Erna Staffen, aduzindo, em preliminar, o descumprimento do art. 10 do CPC; inépcia da inicial por ausência de documentos essenciais e, por derradeiro, afirmaram que a ação está prescrita, pois aplicável ao caso o disposto no art. 178, § 9º, n. V, letra b, do Estatuto Civil.

In meritis defenderam a integridade do negócio efetuado, argumentando que este só foi possível graças aos esforços de Leonardo que, para realizar seu intento, contraiu, inclusive, empréstimos.

Gizaram que o postulante deixou sua residência com 15 anos de idade, afastando-se completamente dos seus, tanto que não soube do falecimento de seu pai, ocorrido em 28/6/87.

Juntaram documentos.

À fl. 42 manifestou-se o requerente acerca da peça defensiva, impugnando seus termos.

Seguiu-se a instrução do feito que culminou com a sentença de fls. 101 usque 103 que declarou a prescrição da actio, com fulcro no art.

178, § 9º, inc. V, letra a, do Código Civil.

Inconformado, recorreu o vencido ao principal argumento que o prazo prescricional é de 20 (vinte) anos, como enuncia a Súmula 494 do STF.

Apresentadas as contra-razões, deu-se vista dos autos ao Parquet que se manifestou pelo provimento.

Igual teor tem a manifestação da douta Procuradoria.

É, na concisão necessária, o relatório.

II — Voto

Com razão o Ministério Público.

O bem-lançado parecer do Dr. Wlaumar Alves da Silva, digno Procurador de Justiça, merece ser aqui transcrito:

“O artigo 1.132 do Código Civil proíbe que os ascendentes vendam aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente o consentam. A intenção e o propósito do legislador parece o de querer evitar que através de uma simulação fraudulenta — venda direta, venda por interposta pessoa ou doação — o ascendente altere a igualdade dos quinhões hereditários de seus descendentes.

“A questão da prescrição, que era tratada pela Súmula 152 do STF, que proclamava no sentido de que ‘A ação para anular a venda de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais, prescreve em quatro anos, a contar da abertura da sucessão’, foi expressamente revogada pela Súmula 494 do STF, in verbis: ‘A ação para anular a venda de ascendente a descendente, sem o consenti-

mento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato, revogada a Súmula 152’.

“Da obra do festejado mestre Silvio Rodrigues, in *Direito Civil*, vol. 3, págs. 158 e ss., extrai-se os ensinamentos, inclusive em parte do acórdão proferido pelo Tribunal Pleno do STF, cujo julgado gerou a Súmula 494:

“I — A ação do ascendente, para obter a declaração de nulidade de venda feita pelo ascendente a outros descendentes, pode ser proposta ainda em vida do alienante, isso porque sua legitimação ativa decorre não de sua expectativa como herdeiro, o que seria matéria do direito das sucessões, mas sim da infringência por parte do ascendente de norma cogente de direito das obrigações, que condiciona a validade da alienação ao prévio consentimento dos outros descendentes’.

“Acrescento que, venia concedida, não vejo como se aplicar o disposto no art. 178, § 9º, inc. V, letra a, do Código Civil Brasileiro, porque a matéria ali versada diz respeito a ‘caso de coação’ (cf. fl. 103) — matéria que não é tratada nos presentes autos. O que foi alegado em todo o feito, foi que existiu ‘absoluta ausência de consentimento’ e não caso de ‘vício de consentimento’.

“Em suas contra-razões, o Apelado Leonardo Staffen busca ressaltar a diferença entre uma suposta ‘compra e venda de ascendente para apenas um descendente sem o consentimento dos demais’, com uma ‘doação dos pais para apenas um dos filhos’ e com isto, pretende que este egrégio Tribunal mantenha a r. sentença que decidiu pela prescrição em apenas

quatro anos. Ocorre, contudo, que a Súmula 494 do Excelso Pretório busca alcançar os três possíveis casos: a venda direta, a venda através de interpоста pessoa e a doação, porque através de qualquer destas formas, o ascendente pode consumir o mesmo desiderato, que é alienar um ou mais imóveis a um descendente predileto. Alienar não significa apenas vender, mas também 'tornar alheio, ceder, transferir' (Novo Dicionário Brasileiro Ilustrado, Ed. Amazonas Ltda., 1978). O egrégio Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 494, pretendeu vedar, não só a venda, mas qualquer outra modalidade de transferência do ascendente para apenas um de seus descendentes, sem autorização dos demais, que não foram chamados a manifestar sua concordância.

"O art. 1.132 do Código Civil prevê o caso de venda, enquanto o art. 1.164, inc. II, do mesmo Código, proíbe até mesmo a troca com valores desiguais entre os ascendentes e os descendentes 'sem o consentimento expresso dos outros descendentes', evidentemente porque o excesso implica em verdadeira doação. Em todos os casos, aplica-se a Súmula 494 do STF, razão pela qual não teria decorrido, ainda, a prescrição vintenária. Não há motivo plausível para que seja reduzido o alcance da Súmula 494 do STF, afastando dela os casos de doação ou troca desequilibrada em favor do descendente, para restringi-la apenas ao caso de 'venda direta ou por interpоста pessoa', mormente se o artifício adredemente estabelecido restou comprovado, como no presente caso concreto e como assim foi reconhecido na r. sentença, que apenas não decidiu o mérito, pela (data venia) equi-

vocada conclusão de que ocorrera a prescrição.

"Assim, opino no sentido de que seja conhecido e provido o recurso, para afastar a prescrição e para que seja julgada procedente a Ação Anulatória de Ato Jurídico".

À guisa de complementação cito:

"Venda de ascendente a descendente. Interposta pessoa. Anulação. Prescrição. Data inicial. Doação inoficiosa. A prescrição da ação de anulação de venda de ascendente para descendente por interpоста pessoa é de quatro anos e corre a partir da data da abertura da sucessão. Diferentemente, a prescrição da ação de nulidade pela venda direta de ascendente a descendente sem o consentimento dos demais, é de vinte anos e flui desde a data do ato de alienação. A prescrição da ação de anulação de doação inoficiosa é de vinte anos, correndo o prazo da data da prática do ato de alienação. Arts. 177, 178, 1.132 e 1.176, do CC" (STJ, REsp n. 151.935/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 16/11/98).

Fica, assim, rechaçada a prescrição.

Há que se tecer algumas considerações acerca da admissibilidade do exame do mérito pelo Juízo ad quem, quando arredada a prescrição reconhecida em primeiro grau.

Inegável que se trata de tema dos mais controvertidos, tanto na doutrina como na jurisprudência, ainda que o art. 269 disponha expressamente que a decisão sobre a prescrição importa julgamento de mérito, e o § 1º, do art. 515, ambos do CPC, determine, no que toca à devolução operada

pela apelação quanto à profundidade, que serão objeto de apreciação e julgamento pelo Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, mesmo que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

Para Nelson Nery Júnior, “eventualmente, com o decreto da prescrição ou decadência, as demais partes do mérito restaram prejudicadas, sem o exame explícito do juiz. Como o efeito devolutivo da apelação faz com que todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que o juiz não as tenha julgado por inteiro, como no caso do julgamento parcial do mérito com a pronúncia da decadência ou prescrição, embora sejam devolvidas ao conhecimento do Tribunal, é imperioso concluir que o mérito como um todo pode ser decidido pelo Tribunal quando do julgamento da apelação, caso dê provimento ao recurso para afastar a prescrição ou decadência (...) o importante é salientar que ao Tribunal é lícito julgar todo o mérito, não estando impedido de fazê-lo” (in Código de Processo Civil Comentado, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, pág. 922).

Conquanto respeitável essa orientação, que conta com a adesão, inclusive, de considerável parcela da jurisprudência, filio-me ao entendimento de que “se o Juízo a quo deu pela ocorrência da prescrição, não pode o Tribunal ad quem, entendendo não prescrita a ação, apreciar os restantes aspectos da causa não apreciados e decididos pelo Juízo de Primeiro Grau, pois estaria a suprimir o exame obrigatório deste último, assim exercendo os limites da devolução.

“Recurso conhecido e provido, para determinar-se a remessa dos autos ao Juízo de Primeiro Grau, para o exame das questões de mérito propriamente dito” (REsp n. 5.134/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU n. 240, de 17/12/90, pág. 15.356).

Comporta o caso em tela, todavia, uma particularidade.

O MM. Juiz, antes de adentrar na questão da prescrição, pronunciou-se sobre a matéria de mérito, reportando-se, inclusive, à prova coligida, para declarar que “ocorreu a simulação da compra e venda para se chegar a doação dos imóveis (...). Ricardo, ao vender os imóveis a Arnaldo e este posteriormente a Leonardo e este posteriormente a Leonardo, quis manifestar a sua vontade diferente da sua vontade real, visando aparentar um negócio jurídico que não corresponde à realidade”.

Bem assim, esgotada no Órgão a quo a matéria de mérito, não implica em supressão de instância sua reapreciação por esta colenda Câmara.

Em 17/5/77, Ricardo Staffen, já falecido, e esposa, venderam dois lotes a Arnaldo Funk e cônjuge, pelo valor de CR\$ 38.000,00 (trinta e oito mil cruzeiros) e CR\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil cruzeiros), respectivamente (fl. 9).

Estes últimos, por sua vez, os alienaram a Leonardo Sttafen, filho de Ricardo e irmão do aqui requerente, pelo mesmo preço, isso em 5/11/77, negócio este que, segundo esse último, não passa de uma simulação, de uma doação do genitor ao filho por interposta pessoa, em flagrante violação ao disposto no art. 1.132 do Código Civil, in verbis:

“Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam”.

E diante do quadro fático retratado nos autos, a versão apresentada pelo autor apelante é verossímil.

Existem, em verdade, fortes indícios que, considerados conjuntamente, indicam a efetiva ocorrência do vício propalado.

Aliás, a questão atinente à prova da simulação, declaração enganosa da verdade, merece certa detença. Sua demonstração, não raro, é tarefa árdua, sendo que por tal razão, doutrina e jurisprudência acabaram por admitir que se lhe prove por meio de indícios.

A respeito Maria Helena Diniz ministra a seguinte lição:

“A prova da simulação é difícil, pois se deve demonstrar que há um negócio aparente, que esconde ou não outro ato negocial, por isso o Código de Processo Civil, nos arts. 332 e 335, dá, implicitamente, ao Magistrado o poder de valer-se de indícios e presunções para pesquisar a simulação” (in Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1991, pág. 256).

Igualmente preciosos são os ensinamentos de Custódio Miranda:

“Raras vezes a prova será direta. A não ser que as partes que simulam tenham efetuado uma ressalva, um documento em que esteja claramente consubstanciada a intenção simulatória, ou que o acordo simulatório se tenha realizado na presença de outras pessoas, que poderão eventualmente servir de testemunhas numa

ação de simulação, circunstâncias que raramente ocorrerão (especialmente a última), por óbvias razões, a simulação provar-se-á, por indícios. (...). O thema probandum, no nosso caso a simulação, mais precisamente o acordo simulatório, terá de ser objeto de um processo de indução ou inferência; a presunção é a própria inferência ou ilação que se tira de fatos a serem provados por meios comuns de prova. Esses fatos é que serão os indícios da simulação. A simulação é assim algo que se pode presumir a partir dos indícios, isto é, de outros fatos a serem provados pelos meios comuns de prova por aquele a quem incumbir o respectivo ônus nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil” (in A Simulação no Direito Civil Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1980, págs. 157/159)

E, in casu, repito, os indícios existentes autorizam o reconhecimento da simulação.

Percuciente análise do feito foi levada a efeito pela Dra. Maria Auxiliadora Alves, digna Promotora de Justiça:

“Analisando-se os autos, verifica-se que a presunção de simulação quando da realização dos atos jurídicos (escrituras públicas de compra e venda dos dois imóveis) está evidenciada em vários fatos. O requerido, Ricardo Staffen faleceu em 28/6/87, portanto não foi ouvido perante este r. Juízo, não podendo assim ser confirmada a autenticidade do documento de fl. 30, que por coincidência teve a firma reconhecida de ‘Ricardo Otto Fernando Staffen’ (fl. 27) em 15/6/89 (fl. 30, verso do documento), a mesma da data em que foi assinada a contes-

tação e alguns dos requeridos passaram procuração (fls. 26/29); por outro lado, a requerida Maria Staffen, que declarou em Juízo, com auxílio de intérprete nomeado para o ato, que não fala português, nem sabendo assinar seu nome, apondo sua impressão digital no depoimento de fl. 65, deixou claro que nunca aprendeu a ler nem escrever, tanto que na procuração outorgada às fls. 29 e v., por instrumento público, outra pessoa assina a rogo da outorgante; pergunta-se então como Maria Staffen assinou a escritura pública de fls. 9 e v. 13v. já que não sabe ler nem escrever, não fala português. Como poderia entender o alcance das escrituras públicas, já que afirma que é proprietária de dois terrenos...

“Dos depoimentos dos requeridos Arnaldo Funk (interposta pessoa) e Leonardo Staffen, favorecido com a transação em detrimento dos demais herdeiros (o autor e outra irmã), associados às declarações de Pedro Bayerl, sogro de Arnaldo Funk, exsurge a simulação dos atos jurídicos praticados: a) ‘as condições econômicas do adquirente Leonardo, reconhecidamente sem recursos para solver as obrigações do contrato (fl. 50)’; as notas promissórias trazidas aos autos, como se apresentam, não têm nenhum valor jurídico e é contestável a sua autenticidade, visto que Leonardo não possuía rendimentos suficientes para o pagamento de tais promissórias; b) ‘a inexecução do contrato simulado, principalmente dos bens aparentemente alienados’ (JC 33/215 e JC 54/112); c) o lapso de tempo que media uma transação e a outra, seis meses, e o mesmo preço ‘ajustado’ nas duas ocasiões são indícios e pre-

sunções dos atos jurídicos simulados, ainda mais considerando que Leonardo Staffen tinha real interesse em ter a propriedade dos imóveis de seus pais, pois desde 1974 vinha construindo para si em um dos imóveis de seu pai uma casa de alvenaria, conforme se apreende da prova testemunhal” (fls. 90/v.).

Cumpra dar especial ênfase, como, aliás, já feito na sentença, ao depoimento de Maria Staffen, esposa de Ricardo Staffen, pai de Leonardo e Ervino, respectivamente réu e autor na presente lide.

Depois a virago, também legitimada passiva, que não se recorda de Arnaldo Funk e esposa que teriam adquirido o imóvel dela e de seu marido, negócio este, aliás, que igualmente desconhece.

Consignou, ainda, que é proprietária de dois terrenos, os quais, certamente, são aqueles que foram vendidos a seu filho.

Malgrado seja pessoa idosa, não é crível que não se recordasse da propalada venda, que contaria, necessariamente, com sua anuência.

Sequer se lembra dos supostos adquirentes, afirmando, outrossim, repito, que os bens sub judice ainda lhe pertencem.

Seu depoimento, com a permissa venia, se constitui em forte indicio de que houve, efetivamente, venda simulada, e, como tal, deve ser anulada.

É da jurisprudência:

“Venda de ascendente a descendente. Nulidade. Simulação. Interposta pessoa. Indícios coerentes e conclusivos.

“É anulável a venda feita por ascendente a descendente quando comprovada a ocorrência de simulação, com base em indícios coerentes e conclusivos” (2ª CC, do TJSP, rel. Des. Aniceto Aliende, j. em 26/11/82, RT 571/97).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso, restando invertido o ônus da sucumbência.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por votação unâni-

me, dar provimento ao recurso, invertido o ônus da sucumbência.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 16 de agosto de 2000.

*Vanderlei Romer,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.012989-3, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Vanderlei Romer

Processual civil.

Recurso. Terceiro interessado. Interposição em defesa da meação. Se já reservada a meação, fica prejudicado o apelo do terceiro interessado contra sentença que rejeitou os embargos à execução, declarando subsistente a penhora que recaiu sobre o restante do imóvel.

Processual civil. Bem de família. Oferecimento pelo próprio devedor em contrato de confissão de dívida. Renúncia evidente à benesse prevista na lei especial. Precedentes. Desprovimento.

Se o devedor faz constar da confissão de dívida que em caso de inadimplência, responderá imóvel específico pelo pagamento, não pode vir a posteriori alegar sua impenhorabilidade, porque estaria ao abrigo da Lei n. 8.009/90.

Decidir-se o contrário seria beneficiar a torpeza do executado, em cuja conduta vislumbram-se fortes indícios de má-fé, a que cumpre ao Judiciário repelir.

Já dizia Clóvis que “não é ao lado do que anda de má-fé que se deve colocar o direito; sua função é proteger a atividade humana orientada pela moral, ou, pelo menos, a ela não oposta”.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.012989-3, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), em que são apelantes Teodoro Vidic e outros, sendo apelado Johannes Antonius Fredebeul:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, julgar prejudicado o recurso interposto por Roxana Marcela Tamburrini de Vidic, e negar provimento ao recurso interposto por Teodoro Vidic e outros.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Teodoro Vidic, sua mulher Irene Emma Bertossi Vidic, e Ricardo Oscar Vidic opuseram embargos à execução que lhes move Johannes Antonius Fredebeul.

Consta da inicial que um dos bens penhorados — metade ideal de um apartamento residencial — está ao abrigo da Lei n. 8.009/90, porquanto se trata da residência familiar de Ricardo Oscar Vidic, também gozando desta proteção a metade ideal dos boxes de garagem de ns. 63 e 64, haja vista que fazem parte indissolúvel daquele imóvel.

Igualmente impenhorável seria o terreno constrictado à fl. 57 do processo de execução, porque pertencente a terceiro.

Posto isso, pugnaram os embargantes pela suspensão da executiva, ao argumento de que inexistem bens penhoráveis.

Na seqüência, defenderam a inexecutabilidade do título, uma vez que

seu pagamento está vinculado à moeda estrangeira e, por derradeiro, suscitaram a responsabilidade solidária do endossante dos cheques dados em garantia da confissão da dívida.

Juntaram documentos.

Em impugnação, o exequente refutou, uma a uma, as alegações expendidas na inicial dos embargos.

À audiência de conciliação, seguiu-se a sentença que rejeitou in totum os embargos.

Os vencidos, inconformados com o teor da prestação jurisdicional entregue, recorreram.

De início, apontaram a nulidade do decisum, com alicerce no art. 458, inc. I, do CPC, voltando a reprimir, no mais, que o imóvel de propriedade de Ricardo Vidic é impenhorável, ainda que por ele indicado à penhora no instrumento particular de confissão de dívida.

Disseram que tal título não é instrumento dotado de efeito constitutivo ou translativo de direito real sobre os imóveis ali arrolados, uma vez que necessitaria substancialmente de formalização por instrumento público.

Outrossim, argumentaram que a prova colacionada demonstra a contento a veracidade da alegação de que se cuida de bem de família, sendo inafastável sua exclusão do ato constrictivo.

Na condição de terceira prejudicada, apelou, igualmente, Roxana Marcela Tamburrini de Vidic, casada com Ricardo Oscar Vidic, avalista da dívida excutida.

Forte no argumento de que o aval, na verdade, se constituir-se-ia em fiança, pura e simplesmente, quer

a virago a declaração da nulidade de tal ato.

Ambos os recursos foram respondidos.

É, na concisão necessária, o relatório.

II — Voto

A execução embargada vem lastreada em confissão de dívida por instrumento particular, em que figuram como avalistas Teófilo Valério Garcia, Ricardo Oscar Vidic, Maria Belen Garcia, Teodoro Vidic e Irene Emma Bertossi Vidic.

Como relatado, os embargos opostos por Teodoro Vidic e esposa, bem como Ricardo Oscar Vidic, restaram rechaçados no primeiro grau de jurisdição, dando azo a dois recursos.

O primeiro foi interposto pelos devedores, que se restringiram a discorrer sobre a impenhorabilidade da fração ideal do apartamento pertencente a Ricardo Vidic, sendo que sobre as demais arguições invocadas na inicial dos embargos quedaram-se absolutamente silentes.

Já o segundo apelo foi manejado pela esposa de Ricardo, dizendo-se terceira prejudicada.

Insta observar, inicialmente, que sua meação foi devidamente preservada quando da realização da penhora, o que acarreta, necessariamente, a extinção do procedimento recursal por falta de interesse de agir, definido por Liebman, como “a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido” (in Manual de Direito Processual Civil, n. 74, I/156, tradução de Cândido R. Dinamarco, Rio de

Janeiro, Forense, 1985), relação de utilidade que in casu inexistente.

Nesse contexto, despicienda e infrutífera toda a argumentação da recorrente a respeito da espécie da natureza do garante, se se trata de fiança, ou de aval.

Lembre-se que recaindo a penhora sobre imóvel pertencente ao casal, em decorrência da prestação de aval, presume-se o prejuízo do cônjuge que com ele não assentiu, recaindo sobre o credor o ônus da prova no que pertine ao benefício da família, caso opostos embargos de terceiro que, uma vez acolhidos, levam à exclusão da meação do ato construtivo, o que, na hipótese, efetivamente já ocorreu.

Prejudicado está, portanto, o apelo de Roxana.

No que pertine ao recurso dos devedores, cumpre repelir, de plano, a preliminar agitada.

A frase que transcrevem para pugnar pela nulidade da sentença não tem tal condão.

O inciso II do art. 458, que se afirma violado, determina que as decisões judiciais deverão conter os fundamentos em que o juiz analisará as questões de fato e de direito, e a sentença o satisfaz à perfeição, o que leva à necessária rejeição da irresignação no particular.

No mérito, para uma melhor compreensão da lide, breve digressão se faz necessária.

Compulsando os documentos acostados aos autos da executória, verifica-se que as partes entabularam uma confissão de dívida por instrumento particular, ali constando que “o não-pagamento de qualquer parcela,

a contra-ordem ou a restituição de qualquer dos cheques, emitidos pro solvendo no seu vencimento, implicará na antecipação do vencimento de toda ou do remanescente da dívida, autorizando, por caracterizar-se esta confissão de dívida, nos termos do art. 585, II, do Código de Processo Civil, um título executivo extrajudicial, sua imediata execução forçada, acrescida da pena convencional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o saldo da dívida e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês ou fração, recaindo a constrição ou penhora sobre os direitos aquisitivos do apartamento 29-M, e sua garagem da Torre Miragem, no Edifício Cosmos, mais correspondentes frações ideais do terreno situado na Avenida Atlântica, nesta cidade de Balneário Camboriú—SC, e no lote n. 1 (um) da Marina Camboriú, localizada na estrada da Barra, neste município de Balneário Camboriú—SC, da incorporação da empresa CBI — Consórcio Boavista de Investimentos Ltda., conforme expediente firmado e remetido à nominada incorporadora, nesta data”.

Como se vê, foram os próprios embargantes, aqui apelantes, que ofereceram o imóvel que agora lutam para livrar da constrição, ao fundamento de que estaria ao abrigo da Lei n. 8.009/90.

De forma pacífica e reiterada, as Cortes Pátrias vêm ordenando o desfazimento de penhoras incidentes sobre imóveis residenciais que se destinam à moradia familiar, salvo se ocorrer uma das hipóteses apresentadas no art. 3º da legislação especial.

In casu, não se verifica a presença de nenhuma das ressalvas à regra geral da impenhorabilidade.

Mas não se pode desprezar a particularidade acima enfocada, qual seja, o oferecimento do bem pelo próprio devedor, particularidade esta que, a meu ver, arreda a aplicação da Lei n. 8.009/90, malgrado hajam aqueles que entendam ser inadmissível a renúncia à benesse por ela instituída, uma vez que esta se reveste de caráter público, tendo por fim maior a proteção não do inadimplente, mas, sim, de sua prole.

Dirijo desse posicionamento, porquanto me parece inteiramente inadmissível beneficiar a própria torpeza de quem oferece expressamente um bem como garantia de dívida, a ele renunciando de antemão, e vem, depois, suscitar sua impenhorabilidade, no afã de furtar-se ao cumprimento de sua obrigação.

Tendo-se em mente o oferecimento espontâneo do imóvel como garantia da dívida, eis que consignaram os apelantes de forma expressa que ele deveria ser objeto de constrição em caso de inadimplência, admissível a aplicação analógica da norma insculpida no inc. V do art. 3º da Lei do Bem de Família.

Mutatis mutandis:

“Execução. Impenhorabilidade. Lei n. 8.009/90. Caução judicial. Oferecido pelos RR., como garantia, em caução judicial, o próprio lote sobre o qual estavam sendo feitas as obras impugnadas na ação de nunciação, pode sobre ele incidir a penhora na execução da sentença que condenou os réus ao pagamento da indenização pelos danos causados à propriedade

vizinha. Assumida a dívida como condição para a construção da moradia, não se aplica ao caso a regra geral da impenhorabilidade prevista no artigo 1º da Lei n. 8.009/90, e sim, por analogia, a ressalva prevista no artigo 3º do mesmo diploma.

“Recurso não conhecido” (REsp n. 54.740—DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 13/2/95, pág. 2.243).

Insta destacar, outrossim, a doutrina de Rainer Czajkowski, para quem “há situações, todavia, em que a renúncia ao benefício legal, pelo devedor, produz efeitos válidos. Se o exequente, por exemplo, nomeia o bem de família do devedor à penhora e este concorda expressamente com tal nomeação, renuncia validamente ao benefício da lei. É neste ponto que a ordem pública não prevalece sobre a autonomia da vontade. Omitindo-se o devedor, cabe ao juiz, prudentemente, cobrar-lhe tal manifestação, alertando-o do direito antes de determinar a constrição. Da mesma forma, ocorre quando o devedor, citado nos termos do art. 652 do Código de Processo Civil, nomeia o bem de família à penhora. Não que tal ato implique pagamento; importa sim garantia do juízo executivo e é nesta medida que será incompatível com alegação posterior — via embargos — de impenhorabilidade do bem. Se este bem, voluntariamente nomeado pelo devedor, corre o risco de ser considerado impenhorável posteriormente, então não se terá assegurado o juízo executivo e o ato de nomeação terá perdido qualquer conteúdo processual. Daí conclui-se que se o devedor nomeia à penhora bem residencial da família ou móveis que o guarnecem, renuncia,

na verdade, ao benefício da impenhorabilidade sobre os mesmos” (in A Impenhorabilidade do Bem de Família, Comentários à Lei n. 8.009/90, Ed. Juruá, 1992, pág. 84).

Em artigo intitulado de Bem de Família e Execução, publicado na Revista dos Tribunais n. 669, pág. 69, aduz José Stábile Filho que o executado “conquanto ao amparo legal da exceção constritiva no pertinente ao bem de família, pode, validamente, oferecê-lo à penhora, no todo ou em parte, valendo-se da renúncia abdica-tiva de direito estabelecido exclusivamente em seu favor”.

E dos anais da jurisprudência, vale transcrever os seguintes julgados:

“Embargos do devedor. Penhora. Nomeação de bens por co-sócio, oferecendo bem de sua propriedade. Alegação posterior de impenhorabilidade. Renúncia ao benefício legal. Embargos improcedentes. Recurso desprovido.

“Ao nomear bem próprio para a efetivação do ato constritivo, o devedor abre mão de eventual impenhorabilidade, sendo-lhe vedado, posteriormente, pleitear a anulação do ato judicial com o qual ele próprio anuiu.

‘Se o próprio devedor executado indicou os bens da penhora, deles sendo nomeado depositário, renunciou ele ao princípio legal da impenhorabilidade, sendo-lhe defeso sustentar a nulidade de ato de que participou voluntariamente’ (JTA 89/245)” (Ap. Cív. n. 97.008422-6, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Penhora de benfeitoria integrante do imóvel residencial — Bem indicado pelo próprio executado —

Renúncia ao benefício da impenhorabilidade.

“Ao indicar bem à penhora e aceitar o encargo de depositário, renunciou o devedor ao privilégio da impenhorabilidade do mesmo, sendo-lhe, portanto, defeso invocá-lo posteriormente. Ipso facto, não prevalece a decisão que acolheu a invocação do benefício renunciado” (AI n. 10.159, rel. Des. Eder Graf).

“Bem de família — Oferecimento à penhora pelo próprio devedor — Renúncia ao privilégio legal da Lei n. 8.009/90 — Ato voluntário — Nulidade inexistente.

“Agravo de instrumento. Bem de família. Impenhorabilidade. Oferecimento à penhora pelo próprio devedor. Renúncia ao privilégio legal. Lei n. 8.009/90. ‘Se o próprio devedor executado indicou os bens da penhora, deles sendo nomeado depositário, renunciou ele ao princípio legal da impenhorabilidade, sendo-lhe defeso sustentar a nulidade de ato de que participou voluntariamente’ (JTA 89/245). Agravo provido” (AI n. 8.843, rel. Des. Francisco Borges).

“Bem de família. Impenhorabilidade. Admissibilidade de sua oferta à penhora pelo próprio executado. Art. 683, CPC.

“A impenhorabilidade assegurada pela lei ao imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar não se sobrepõe à livre disposição de seu proprietário que, voluntariamente,

poderá oferecê-lo à penhora, para discussão de seus direitos (...)” (TAPR, AI n. 0102883-9, rel. Juiz Jorge Massad, DJPR 9/5/97).

Por derradeiro, anoto que na conduta dos apelantes vislumbram-se resquícios de má-fé, a que cumpre ao Judiciário repelir, sob pena de premiá-la.

E como dito por Clóvis, “não é ao lado do que anda de má-fé que se deve colocar o direito; sua função é proteger a atividade humana orientada pela moral, ou pelo menos, a ela não oposta”.

Nego, portanto, provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, julgar prejudicado o recurso interposto por Roxana Marcela Tamburrini de Vidic e negar provimento ao recurso interposto por Teodoro Vidic e outros.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 8 de agosto de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.022827-4, DE MARAVILHA**Relator: Des. Vanderlei Romer**

Acidente do trabalho. Morte do obreiro por eletroplessão. Culpa do empregador reconhecida na esfera penal. Impossibilidade de discussão da matéria no Juízo Cível. Inteligência do art. 1.525 do Código Civil. Necessidade de indenização. Alegação de inexistência de dependência econômica dos apelados. Matéria não suscitada em primeiro grau. Impossibilidade do seu conhecimento nesta via recursal. Concessão de pensão mensal. Solicitação do pagamento de 1/3 (um terço) de um salário mínimo e meio. Deferimento, pelo Juiz a quo, de 2/3 (dois terços) até a idade em que a vítima completaria 25 anos. Sentença ultra petita. Recurso provido parcialmente.

Recurso objetivando, ainda, a descaracterização da culpa in eligendo e in omittendo do contratante dos serviços de construção. Empreitante que não possuía a obrigação de fornecer os equipamentos de segurança. Subempreiteiro considerado idôneo. Inexistência da obrigação de indenizar. Apelo acolhido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.022827-4, da comarca de Maravilha, em que são apelantes Antônio Tessaro e Benjamin Luiz Fávero, sendo apelados Nelson Ferreira e Lurdes Ferreira:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso de Benjamin Luiz Fávero e prover parcialmente o apelo de Antônio Tessaro.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de ação de indenização por ato ilícito proposta por Nelson Ferreira e Lurdes Ferreira contra Antônio Tessaro e Benjamin Luiz Fávero, em virtude do acidente de traba-

lho que vitimou o menor S. F., filho dos requerentes, levando-o ao óbito.

Aduzem os autores que o acidente ocorreu quando S. F., que era empregado de Antônio Tessaro e na época do acidente trabalhava na obra de propriedade de Benjamin Fávero, operava uma betoneira e sofreu uma forte descarga elétrica.

Alegam que os requeridos, por omissão, agiram com culpa, pois tinham conhecimento de que o equipamento estava dando choques, não tendo proporcionado condições necessárias de trabalho com os devidos materiais de segurança.

Devidamente citados, os requeridos refutaram o exposto, primeiramente alegando que não houve ilicitude por se tratar de um acidente de trabalho, excluindo assim a culpa. Quanto à relação de emprego, o reque-

rido, Antônio Tessaro, afirmou que, na verdade, a vítima e ele eram sócios.

Ressaltaram, igualmente, que não houve a omissão, pois foi chamado um técnico para solucionar o problema com as descargas elétricas, e no que diz respeito ao material de segurança este encontrava-se à disposição dos empregados.

Julgado procedente o pedido, o MM. Juiz de Direito determinou o reconhecimento da solidariedade entre os requeridos, condenando-os ao pagamento de pensão até a data em que a vítima completaria 65 anos, reparação por dano moral, fundo de capital, custas e honorários advocatícios.

Inconformados, os vencidos ofereceram recurso, alegando que há necessidade de exclusão da culpabilidade de Benjamin Luiz Fávero; que inexistem provas que comprovem a efetiva dependência econômica e que ocorreu julgamento extra petita, por determinar aos autores valores maiores do que os postulados na inicial.

Contra-arrazoados os autos, estes ascenderam a esta egrégia Corte de Justiça.

É o relatório.

II — Voto

Dessome-se claramente das provas colacionadas aos autos que houve culpa por parte do apelante Antônio Tessaro em relação ao acidente de trabalho sofrido pelo obreiro, filho dos apelados.

Exsurge claramente que a referida culpa restou sobejamente provada, posto que reconhecida, inclusive, na esfera penal, conforme sentença

penal transitada em julgado (certidão de fl. 102).

Assim, não há discutir este ínterim em relação ao citado apelante, pois, segundo o artigo 1.525 do Código Civil, ainda que a responsabilidade civil seja independente da criminal, “não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

Nesse sentido, vale citar o esóclio do eminente Des. Trindade dos Santos, o qual afirmou, com muita propriedade, que “(...) Condenado o motorista na ação penal, com o reconhecimento da sua culpa exclusiva para o evento lesivo, esse reconhecimento gera, a teor do disposto no art. 1.525 do Código Civil, coisa julgada em relação à ação cível, impedindo novas discussões acerca da matéria e tornando inquestionável a obrigação da empregadora de indenizar os danos causados”.

Comprovada, então, a culpa do mencionado recorrente, resta verificar a culpabilidade do apelante Benjamin Luiz Fávero, o qual aduziu que não agiu com culpa na contratação do construtor, bem como ressaltou a inexistência de nexó etiológico entre causa e efeito, visto que o acidente ocorreu por defeito na betoneira e não na construção em si.

Em que pese o entendimento do Magistrado a quo, o apelo do citado recorrente deve ser acolhido.

No caso vertente, é patente que, além da escolha do construtor ter sido idônea, já que efetuada com a observância das cautelas legais, o apelante não tinha a obrigação de zelar pela segurança dos empregados que

laboravam na obra, descaracterizando, assim, as culpas in eligendo e in omittendo de sua parte.

Corroborando essa tese, vê-se que os equipamentos de segurança estavam à disposição do empregado em local próximo à construção, cabendo ao subempreitante, e não ao empreitante, exigir da vítima o uso deles.

Sobre a questão, vale anotar julgado desta Corte de Justiça, in verbis:

“Empreitada. Acidente do trabalho. Indenização com base no direito comum. Responsabilidade do empreitante ou subempreitante. Exclusão contratual da responsabilidade do empreitante.

“A subempreitada é atividade lícita exercida de forma autônoma, pelo que, não encontrando-se o empregado sinistrado sob a dependência hierárquica da empreiteira, posto que vinculado empregaticamente à subempreiteira, não existe respaldo legal para impor-se qualquer responsabilidade à empreiteira.

“Excluída essa responsabilidade expressamente, via contratual, a responsabilidade solidária do contratante da subempreiteira, somente restará caracterizada na hipótese de assunção, pela empreitante, de responsabilidade pela segurança da obra ou se positivada a inidoneidade ou insolvência da contratada”. (AI n. 97.013212-3, de Xanxerê, relator Des. Trindade dos Santos).

E do corpo do acórdão:

“(…) Outrossim, nada nos autos está a afirmar ser a empreiteira contratada inidônea ou insolvente, de for-

ma a caracterizar a responsabilidade solidária da empresa excluída do âmbito passivo da demanda.

“O empreiteiro ou subempreiteiro, quando os operários forem deles empregador, responde, pelas normas do direito comum, perante o operário que vier a se acidentar ou, no caso de óbito, perante os dependentes ou sucessores do mesmo.

“O empreitante ou subempreitante, em hipóteses tais, somente responderá por eventos dessa ordem, se tinha ele também o dever de zelar pela segurança da obra, ou se agiu com culpa em escolhendo empreiteira sem idoneidade ou insolvente”.

De regra, como expõe o lapidar Pontes de Miranda:

“(…) quem conclui contrato de empreitada confia na diligência, na perícia e na pontualidade do empresário” (Tratado de Direito Privado, Borsoi, vol. 44, 1963, pág. 419).

Consoante já acentuou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Acidente do trabalho. Indenização com base no direito comum. Contrato de empreitada. Responsabilidade do empreitante.

“No contrato de empreitada, o empreiteiro somente responde solidariamente, com base no direito comum, pela indenização de acidente sofrido por trabalhador a soldo do empreiteiro, nos casos em que seja também responsável pela segurança da obra, ou se contratou empreiteiro inidôneo ou insolvente.

“O empreiteiro não é, de regra, preposto do empreitante. Não incidência do artigo 1.521 do CC” (Recurso

Especial n. 4.954—MG, j. 13/11/90, rel. Min. Athos Carneiro).

“(…)”.

Via de conseqüência, como o apelante Benjamin Luiz Fávero não obrou negligentemente, pois não era sua incumbência a fiscalização da obra contratada, não há exigir sua responsabilização pelo acidente de trabalho, alterando-se o decisum prolatado pelo nobre Julgador neste tópico.

Analisada, assim, a questão acerca da culpa dos apelantes, passa-se ao exame da argumentação de que não há prova da dependência econômica dos apelados.

Inicialmente, atenta-se para o fato de que esta matéria não foi ventilada no decorrer do processo, sendo argüida apenas nesta via recursal.

Destarte, impõe-se a rejeição de plano desta assertiva, haja vista o artigo 515, § 1º, do Codex Instrumental, determinar que “serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro” (sem grifo no original).

Logo, “a questão não suscitada (nem discutida no processo) não pode ser objeto de apreciação pelo Tribunal, no julgamento da apelação. De questão de fato, presa ao interesse da parte, não pode o Tribunal tomar conhecimento de ofício. Hipótese em que ocorreu ofensa ao art. 515, § 1º, do CPC” (STJ — 3ª Turma, REsp n. 29.873-1—PR, rel. Min. Nilson Naves, j. 9/3/93, deram provimento, v. u., DJU 26/4/93, pág. 7.204).

E ainda: “As questões não suscitadas e debatidas em primeiro grau não podem ser apreciadas pelo Tribunal na esfera de seu conhecimento recursal, pois, se o fizesse, ofenderia frontalmente o princípio do duplo grau de jurisdição” (JTA 111/307).

Todavia, ainda que houvesse possibilidade de conhecimento da citada assertiva neste grau de jurisdição, destaca-se que os apelantes não teriam sucesso de qualquer forma.

De acordo com julgado proferido pelo Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins “(...) qualquer que seja o grau de culpa dos empregadores, estes devem suportar o dever indenizatório.

“Mesmo que inexista prova de subordinação econômica da mãe em relação a seu filho maior, a morte deste é indenizável pela expectativa de um patrimônio em potencial ou de um auxílio presumido no futuro que pudesse ele prestar.

“Ainda que a vítima não exercesse trabalho remunerado, a autora teria direito ao pleito de indenização, pois trata-se menos de pensão alimentar e mais de obrigação de reparação por culpa das empresas.

“(…)”.

Portanto, afigura-se devido o pagamento, por parte do recorrente Antônio Tessaro, da pensão mensal aos apelados.

No tocante, entretanto, à alegação de que a sentença prolatada pelo Juízo a quo é extra petita, pois concedeu aos apelados pensão mensal no valor de 2/3 do salário percebido pela vítima até a idade de 25 anos, enquanto que o pedido formulado na pe-

ça preambular restringiu tal percentual a somente 1/3, denota-se que há necessidade de esclarecimentos.

O processualista Humberto Theodoro Júnior ensina que “a sentença extra petita incide em nulidade porque soluciona causa diversa da que foi proposta através do pedido. E há julgamento fora do pedido tanto quando o juiz defere uma prestação diferente da que lhe foi postulada, como quando defere a prestação pedida mas com base em fundamento jurídico não invocado como causa do pedido na propositura da ação. Quer isto dizer que não é lícito ao julgador alterar o pedido, nem tampouco a causa petendi.

“É, ainda, extra petita, em face do art. 128, a sentença que acolhe, contra o pedido, exceção não constante da defesa do demandado, salvo se a matéria for daquelas cujo conhecimento de ofício pelo juiz seja autorizado por lei (exemplo: art. 267, § 3º).

“O defeito da sentença ultra petita, por seu turno, não é totalmente igual ao da extra petita. Aqui, o juiz decide o pedido, mas vai além dele, dando ao autor mais do que fora pleiteado (art. 460).

“A nulidade, então, é parcial, não indo além do excesso praticado, de sorte que, ao julgar, o recurso da parte prejudicada, o Tribunal não anulará todo o decisório, mas apenas decotará aquilo que ultrapassou o pedido” (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 9ª ed., Forense, 1992, págs. 510/511).

De fato, no caso concreto, os recorridos solicitaram “o valor de 1/3 (um terço) sobre um e meio salários mínimos mensais, a título de pensão

(...)”, enquanto que o nobre magistrado condenou os réus ao “pagamento de uma pensão mensal de 2/3 (dois terços) de um salário mínimo e meio (Súmula 490 do STF), em vista do falecimento do filho dos autores, desde a data do acidente até a idade em que a vítima completaria 25 anos, e a partir daí, reduzindo essa pensão à metade (metade de 2/3), até a data em que ela (Sidinei) atingiria os 65 anos de idade, ou até que venha a ocorrer uma causa legal de cessação, como a morte de um dos autores (...)”.

Resta evidente que o decisum proferido pelo MM. Juiz de Direito concedeu mais do que foi pedido, devendo este ser considerado ultra petita e não extra petita, como querem os apelantes.

Dessa forma, também se modifica a sentença no tocante ao valor devido como pensão mensal até a idade em que a vítima completaria 25 anos, minorando o valor de 2/3 (dois terços) de um salário mínimo e meio para 1/3 (um terço), a fim de que o comando judicial se adapte ao requerimento preambular.

In fine, deixa-se de condenar os apelados ao pagamento de custas e honorários advocatícios, ainda que beneficiários da assistência judiciária, em virtude de decaírem de parte mínima do pedido (art. 21, parágrafo único, do CPC).

Por conseguinte, conhece-se dos recursos interpostos, dando-se provimento parcial ao apelo de Antônio Tessaro e acolhendo-se integralmente o reclamo de Benjamin Luiz Fávero.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, decidiu-se, por votação unânime, dar provimento ao recurso de Benjamin Luiz Fávero e prover parcialmente o apelo de Antônio Tessaro.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 8 de agosto de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 01.003766-1, DE URUSSANGA

Relator: Des. Vanderlei Romer

Direito do menor. Verificação de situação de risco c/c destituição de pátrio-poder. Pais que intentam entregar seu filho em adoção à família não cadastrada no Órgão Competente. Conduta irregular. Inadequação, ademais, do ambiente familiar. Varão que apresenta conduta hostil e moralmente questionável.

Desprovimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.003766-1, da comarca de Urussanga, em que é apelante J. A. F. B. e outros, sendo apelado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O Ministério Público do estado de Santa Catarina, no exercício de suas atribuições legais, propôs a instauração de procedimento de verificação de situação de risco c/c destituição de pátrio-poder, com a finalidade de ga-

rantir proteção integral a T. G. B. F., filho de J. A. B. F. e R. da S. G.

Consta da exordial que em fins de 1999, o Serviço Social da comarca de Urussanga recebeu a informação de que a mãe do menor, então grávida, pretendia entregar o nascituro para adoção. A assistente social atuante no município de Morro da Fumaça, de posse de tal informe, passou a acompanhá-la a fim de lhe garantir a assistência necessária, bem como assegurar que, caso persistisse sua intenção, o fizesse mediante a utilização dos cadastros de adoção. Refere, ainda, que o companheiro da virago, segundo informações prestadas por ela própria, lhe vinha infringindo maus-tratos, tanto de ordem física como psicológica, isto em razão do fato de nunca ter aceito a gravidez.

No dia imediatamente seguinte ao nascimento da criança, o Serviço Social daquela Comarca tomou conhecimento de que a mãe estaria sendo acompanhada por “pessoas da comunidade do Morro da Fumaça”, cujo intuito era intermediar a entrega do recém-nascido à pessoa por elas próprias escolhidas, levando à suposição de que se pretendia realizar uma adoção ilegal.

Em 3/3/00, a genitora, sozinha, foi ao Fórum manifestando sua intenção de entregar o infante para adoção, o qual foi encaminhado para a instituição de abrigo “Paraíso da Criança”. Sua mãe, cientificada das consequências de seu ato, firmou “Termo de Concordância de Colocação do Infante em Família Substituta”. Ocorre que posteriormente o genitor compareceu sozinho ao Fórum para dizer que não pretendia mais entregar seu filho para adoção, sem no entanto explicitar os motivos para tanto, sendo orientado para ali retornar com sua concubina, a fim de que pudessem esclarecer a situação.

Novamente ouvida a virago, esta disse que ratificava seu anterior posicionamento, desde que o menor fosse entregue para o casal indicado pelas já mencionadas “pessoas da comunidade”, e não para aquelas cadastradas. Na semana posterior, o casal compareceu à Promotoria de Justiça afirmando que não mais pretendia entregar seu filho.

De acordo com o nobre subscritor da peça exordial, “disso tudo resulta a nítida impressão de que os pais biológicos realmente pretendiam entregar seu filho para adoção, só passando a apresentar oposição a essa

medida a partir do momento em que perceberam que os adotantes não seriam aqueles escolhidos pelas ‘pessoas da comunidade’ já tantas vezes referidas, mas sim pessoas cadastradas nesta Comarca. E, mais ainda, tem-se também a impressão de que a verdadeira ‘obrigação’ que deixam entrever os pais biológicos em relação à entrega de seu filho para aquelas ‘pessoas da comunidade’ liga-se ao fato de terem sido aqueles ‘ajudados’ por estas e pelos patrões de J. A. B. F. com o pagamento de despesas hospitalares e cirúrgicas. Por estar evidenciada, assim, a situação de risco em que se encontra o infante T. G. B. F., por atos praticados por seus genitores, é que considerou o Ministério Público adequado o ajuizamento do presente feito”.

Citado, J. A. B. F. contestou o pedido, expondo que convive normalmente com R. G., tendo resultado desta união o nascimento de duas crianças. Atribuiu a conduta da mãe às condições em que se encontrava, debilitada em razão da gestação e do parto, sem contar a pressão a que vinha sendo submetida.

Seguiu-se o estudo social do caso, juntado às fls. 32 usque 37, bem como a instrução processual.

Sentenciando, a MMA. Juíza julgou procedente o pedido, declarando o menor em situação de risco e, em consequência, determinou seu encaminhamento à adoção.

Irresignado, o pai do menor recorreu a tempo e modo, expondo que jamais tencionou entregá-lo para adoção, tanto que não firmou o Termo de Concordância do Infante em Família Substituta. Repeliu, de outra parte, o

fato articulado na inicial de que a laqueadura das trompas da virago havia sido paga pelo pretense casal à adoção, restando confirmado ao longo do processo que quem arcou com as custas de tal procedimento foi seu patrão, que, posteriormente, as descontaria de seu salário.

Disse, ainda, que tem condições financeiras de prover as necessidades do filho, acrescentando que sua companheira vem “sofrendo muito” com a situação, tendo tido seu estado de saúde agravado.

Foram oferecidas contra-razões.

Na seqüência, alçaram os autos.

Nesta instância, a douta Procuradoria é pelo desprovemento.

É, na concisão necessária, o relatório.

II — Voto

Incensurável a sentença a quo.

O ato decisório está solidamente alicerçado no conjunto probatório, consubstanciado na produção de prova testemunhal e pericial, ambas bastante elucidativas a respeito da situação fática e dos aspectos sociais e psicológicos presentes na espécie.

Em um primeiro momento, emerge evidente a intenção do casal de entregar o filho à adoção para família previamente escolhida e não cadastrada no Órgão Competente. Obstada esta intenção pela pronta atuação da assistente social atuante no município do Morro da Fumaça, manifestaram os pais arrependimento posterior.

É inegável que o Termo de Concordância de Colocação do Infante em Família Substituta foi subscrito apenas pela mãe, mas anteriormente à eclosão dos fatos que demonstravam a clara intenção de se proceder à adoção irregular, parecia não haver discordância do genitor, ora apelante.

Há mais.

Abstraída a questão supra, causou-me profunda aversão a conduta do pai, indivíduo aparentemente violento e que se utiliza de sua companheira como se sua empregada fosse, chegando ao cúmulo de levar uma amante para pernoitar na residência de ambos. E o que é o pior, assiste filmes pornográficos em companhia do filho caçula, que à época, contava com apenas três anos. Diante deste quadro, é forçoso reconhecer a péssima influência que exerce sobre sua prole.

Insta destacar, ainda, que a manifesta intenção da mãe de entregar seu filho a terceiros, pelo que se depreende dos elementos probatórios, decorreria dos maus-tratos que lhe eram impingidos e da repulsa que causava a seu companheiro a gravidez.

É argumento recursal que a genetrix teria pretendido entregar seu rebento “por naquela oportunidade estar passando por uma crise conjugal, agravada ainda pelos problemas de saúde que teve durante a gestação...”.

Ao que tudo indica, todavia, o convívio do casal encontrava-se comprometido já há bastante tempo. Quanto às condições de saúde da parturiente, não há a menor prova de que estas fossem efetivamente precárias.

Repito, seu propósito certamente decorreu da conduta do varão,

havendo, inclusive, elementos probatórios que indicam ter este sugerido um aborto.

Tudo isso torna inarredável a conclusão de que a solução mais concludente em prol da supremacia do interesse do menor é aquela preconizada na sentença, ante a absoluta falta de condições dos pais de lhe propiciarem um lar moralmente escorreito.

Admito que a ruptura da relação mãe-filho é deveras traumatizante, máxime porque demonstrado in casu que tal ação por parte de R. da S. G. decorreu das condições adversas de seu lar. Contudo, há que se dizer mais uma vez, é esta mesma conjuntura que torna extremamente desaconselhável a manutenção da criança com seus pais.

Complementando, creio ser oportuna a transcrição do parecer da lavra do Dr. Antônio Gercino Medeiros, digno Procurador de Justiça, no qual se efetuou minuciosa e ponderada apreciação da prova à luz do ordenamento jurídico aplicável.

Confira-se:

“Não se trata, in casu, de mera questão de arrependimento posterior dos pais da criança, em virtude de decisão tomada sob forte impacto emocional. Exame apurado dos autos fazem exsurgir os fatos que seguem:

“a) A mãe do menor, R. G. S., ainda no período da gravidez, manifestara ao Posto de Saúde no qual era atendida, em Morro da Fumaça, desejo de dar o filho em adoção, devido aos seus parcos recursos econômicos.

“b) Acompanhada durante a gestação pelo Serviço Social e pelo

Conselho Tutelar do Município, R. S. G. relatava a estes órgãos as agressões e maus-tratos que sofria de seu esposo, ora apelante, desgostoso com a gravidez;

“c) Logo após o parto, recebeu o Serviço Social Forense informação de que o recém-nascido estaria sendo encaminhado para adoção ilegal por intermédio de pessoas da mesma cidade de Morro da Fumaça, que já preparavam inclusive registro fraudulento em nome da ‘nova família’, residente na comarca de Tubarão, ao arrepio de todo procedimento judicial previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente;

“d) Somente após informada de que a adoção só poderia ocorrer com a inscrição do infante no cadastro respectivo, procurou a genitora, acompanhada pelo ora apelante, os canais legais devidos (depoimento de testemunha à fl. 50), firmando, no dia seguinte – 3/3/2000 — o já citado Termo de Concordância de Colocação do Infante em Família Substituta, tendo sido o menor encaminhado à Instituição municipal;

“e) Sete dias depois, a genitora, manifestando-se perante os conselheiros tutelares do Município, ‘deu a entender que, pretendia, sim entregar seu filho, mas desde que fosse para a pessoa ou casal indicados pelas anteriormente mencionadas ‘pessoas da comunidade’, e não para as pessoas cadastradas nesta comarca de Urusanga’ (fl. 5).

“f) Na semana seguinte, compareceram os pais à Promotoria de Justiça, alegando estarem arrependidos da decisão tomada e indicando que gostariam de permanecer com o filho.

“Ora, a simples meação dos fatos elencados ilumina sobremaneira a questão. Inegavelmente, dessome-se da narração a intenção compartilhada pelos pais de entregar seu filho à adoção para o citado casal da comarca de Tubarão, mediante acerto prévio realizado ainda durante a gravidez de R. S. G., por intermédio de moradores de Morro da Fumaça, conhecidos seus.

“Tal desígnio, mesmo que somente sob suspeição, já afasta o pleito insurgente da tutela legal.

“A Constituição Federal de 1988, incrementada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, inaugura uma nova postura do Estado brasileiro em relação à questão menorista, introduzindo em nosso direito a doutrina de proteção integral à criança e ao adolescente, consubstanciada no mandamento constitucional inscrito no art. 227, § 6º.

“Art. 227, § 6º. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

“Conforme este novo paradigma, antigos institutos jurídicos, tais como o pátrio-poder e a tutela, adquirem dimensão inteiramente nova, até certo ponto revolucionária, enquanto hodiernamente interpretados sobretudo como dever dos pais e tutores para com seus filhos e pupilos, cujo interesse deve ser preponderante em todas as situações.

“Neste sentido:

“Assim (...) o pátrio-poder passou a ser visto, atualmente, como conjunto de direitos relativos à pessoa e bens do filho menor. Não se visa o benefício de quem o exerce, mas à proteção da criança ou do adolescente, de sorte que já se sugeriu a alteração do próprio nome do instituto, de ‘pátrio-poder’ para ‘poder-dever’” (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil — Direito da Família, 1987).

“Neste contexto, relevância ímpar recebe o papel do Ministério Público, alçado à dignidade de defensor dos interesses individuais e difusos da infância e da juventude, no intuito do qual dispõe de inúmeros instrumentos legais para otimizar o desempenho de suas nobres funções.

“Dentre eles, figura o procedimento para a destituição do pátrio-poder (ECA, arts. 155/163), para o qual legitimado está o Parquet para promoção e acompanhamento (ECA, art. 201, III), quando comprovada a violação de alguns dos incisos do art. 395 do Código Civil. In verbis:

“Art. 395. Perderá por ato judicial o pátrio-poder o pai, ou a mãe:

“(…)”

“III — quem praticar atos contrários à moral e aos bons costumes’.

“Procedimento contraditório, por excelência, até mesmo em virtude da gravidade do provimento jurisdicional objetivado, a destituição do pátrio-poder deve ser informada por elementos que comprovem a situação de risco enfrentada pelo menor, e que indiquem, ao final, ser a melhor solução para si a retirada do domínio paterno.

“De forma alguma pode ser considerada reprovável a decisão de alguns pais que, por dificuldades financeiras ou mesmo problemas típicos do relacionamento conjugal, abdicam do direito-dever de criar seus filhos, encaminhando-os para adoção. Ademais, em um país despido de políticas públicas coerentes em relação à natalidade, o nascimento de filhos indesejados é, lastimavelmente, fato mais do que corriqueiro.

“Há muito tempo a colocação da criança em família substituta é reconhecida como um dos principais instrumentos legais para tutela da infância, sendo disciplinada à exaustão pelo ECA, sobretudo em sua principal modalidade, a adoção (arts. 39/52). Para efetivação da proteção legal, inúmeros Estados da Federação, Santa Catarina, inclusive, desenvolveram sofisticados sistemas de cadastramento e avaliação dos casais interessados, com o escopo precípuo de proporcionar ao adotando as melhores condições possíveis para seu desenvolvimento físico, moral e intelectual, seguindo mandamento do ECA insculpido no art. 50, §§ 1º e 2º.

“De fato.

“Os §§ 1º e 2º salientam a importância da seleção dos candidatos previamente ao deferimento de sua inscrição. Do ponto de vista técnico, pode-se considerar o processo de seleção como um processo de ajuda aos candidatos, pois durante este período eles poderão realizar uma avaliação de suas próprias motivações e, quando for o caso, elaborar a aceitação da esterilidade ou infertilidade’ (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Malheiros, 1992, pág. 156).

“Encontra-se aí o fulcro de nossa posição contrária à pretensão insurgente. Reprovável não é a conduta de oferecer o filho à adoção, e mesmo de posteriormente se arrepender, devido a nova avaliação da situação econômica do casal. Contudo, sumamente condenável é a atitude dos pais que, violando todos os trâmites legais que objetivam garantir à criança o melhor futuro possível, agem no sentido de entregar sua prole a pessoas que nem ao menos conhecem, em troca de contraprestação financeira.

“Ademais, cuidou a nobre Magistrada a quo de informar sua decisão com diversos estudos elaborados por especialistas na área social da comarca, bem como colheu a palavra de várias testemunhas que, em sua maioria, corroboraram a versão apresentada pelo Ministério Público. Seguiu-se à risca, portanto, ensinamento doutrinário:

“‘Poderá ainda o juiz determinar a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional, bem como a oitiva de testemunhas, sendo que deve também fixar o prazo para apresentação do estudo social’ (Paulo Lúcio Nogueira, Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Saraiva, 1991, pág. 231).

“Despiciendo comentar que os relatos das assistentes sociais e conselheiras tuteladas envolvidas foram ao encontro da decisão objurgada, indicando inclusive inúmeras deficiências no ambiente familiar do apelante.

“Já decidi a jurisprudência catarinense:

“‘(...). Justifica-se a suspensão ou perda do pátrio-poder quando fique demonstrado que os pais não propor-

cionam aos seus filhos, de tenra idade, o mínimo de condições para seu desenvolvimento saudável e com dignidade, deixando de ministrar-lhes assistência material adequada e submetendo-os a maus-tratos, com prejuízo para a boa formação' (Apelação Cível n. 98.014263-6, de Taió, rel. Des. Anselmo Cerello).

"Eis os motivos, pelos quais somos pelo conhecimento e não provimento do pleito insurgente".

Voto, pois, pelo desprovimento do 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. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 10 de maio de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 29.102 (88.028740-1), DE BRUSQUE

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Ação de resolução contratual cumulada com reintegração de posse e perdas e danos. Avença envolvendo pesquisa e lavra de ouro. Inadimplência que não restou comprovada. Alteração, em sede recursal, do pedido e da causa de pedir. Inviabilidade, porém, diante do disposto no artigo 264 e parágrafo único do CPC. Pedido negado. Sentença mantida.

1 — Não se há de acolher pedido de resolução contratual envolvendo pesquisa e lavra mineral (ouro), se a autora, em momento algum, demonstrou a quebra, pela requerida, de nenhuma das obrigações assumidas quando da implementação, por ambas, da avença focalizada.

2 — Não aproveita à requerida, ademais, o argumento, apresentado somente em sede recursal, segundo o qual o contrato fora celebrado com infração a dispositivo legal, dado que, na conformidade do princípio defluente do artigo 104 do Código Civil, ninguém pode alegar em seu favor a própria torpeza (nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans).

3 — Não fora o argumento anterior, é defeso ao autor da ação, após o saneamento do feito, a alteração do pedido e/ou da causa de pedir, dado que essa pretensão atenta contra a estabilidade do processo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 29.102 (88.028740-1), da comarca de Brusque (2ª Vara/Fazenda Pública), em que é apelante Lili Rose Kapuscinski, sendo apelada Auropaula Empresa de Mineração Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de Brusque, Lili Rose Kapuscinski aforou ação de rescisão de contrato de cessão de direitos de pesquisa e lavra mineral e de conseqüentes aditivos complementares c/c reintegração de posse e perdas e danos contra Auropaula Empresa de Mineração Ltda.

Alegou, em síntese, ser titular de alvará que a autoriza a pesquisar ouro na região de Carneiro Branco (município de Botuverá) e que cedeu à requerida, por contrato, os direitos de pesquisa e lavra mineral e aditivos concernentes ao alvará mencionado. Sustentou, entretanto, que a demandada descumpriu obrigações que havia assumido no dito contrato, estando caracterizado, pois, o inadimplemento contratual.

Requeru, além da rescisão do contrato, a reintegração de posse

que, no seu entender, integra o alvará, e, bem assim, a condenação pelas perdas e danos advindas do inadimplemento do contrato, inclusive lucros cessantes.

Em resposta, Auropaula Empresa de Mineração Ltda. sustentou, preliminarmente, carência de ação, tendo em vista a inexistência do direito de pedir, e a ausência de posse da autora sobre a área autorizada. Sustentou, igualmente, inépcia da petição inicial.

No tocante ao mérito, afirmou que não deixou de adimplir quaisquer das cláusulas contratuais, como fora alegado pela autora.

Finda a instrução, sobreveio sentença que julgou improcedente o pedido da autora por não haver ela comprovado o descumprimento de quaisquer das cláusulas contratuais invocadas (fls. 424/427).

Irresignada, a tempo e modo, apela a vencida aduzindo que o contrato celebrado entre as partes é nulo pelo fato de estar em desacordo com o Código de Mineração (artigo 22). Afirma, pois, que “a pretensão da apelada em adquirir os direitos de concessão de pesquisa e lavra mineral conferidos à apelante, não passou de um simples ato realizado entre a apelada e a apelante, uma vez que o negócio entre ambas não se procedeu como determina também o art. 55, em seu parágrafo 1º” (do Código de Mineração).

A apelante alega, quanto ao mérito, não haver a apelada cumprido com as obrigações assumidas pelo contrato outrora realizado.

Contra-arrazoado o recurso, e efetuado o devido preparo, subiram os autos a esta Casa.

Em sessão realizada em 17/4/96, a Câmara Cível Especial converteu o julgamento do processo em diligência para que o Ministério Público se manifestasse, colhendo-se parecer no sentido do desprovemento do apelo.

Cumprida a diligência, retornaram os autos a esta Corte para julgamento.

É o relatório.

II — Voto

Sustenta a apelante, preliminarmente, que o contrato celebrado entre as partes é nulo pelo fato de estar em desacordo com o Código de Mineração (artigos 22 e 55, § 1º, em redação anterior à dada pela Lei n. 9.314/96).

Refere a apelante, a tal desiderato, que "...a decretação de nulidade do contrato deveria ter ocorrido de plano, bastaria para tanto que o Juiz sentenciante houvesse examinado o Decreto-Lei que rege a matéria e tão logo constatasse que o contrato em tela foi elaborado ao arrepio da lei, não restava ao Juiz outra medida senão decretar a rescisão do contrato (...)" (fl. 435).

É irrecusável admitir-se, neste passo, que, em verdade, a autorização conferida à autora não foi transmitida a herdeiro necessário, a cônjuge sobrevivente ou mesmo a sucessor

comercial, conforme preceituava o artigo 22, I, do Decreto-Lei n. 227/67 (Código de Mineração).

Entretanto, nesse tocante, algumas considerações merecem ser feitas.

Há que se considerar, preambularmente, o fato de que esse argumento só veio à tona nas razões recursais, ao ensejo de que a apelante colima a anulação da avença focalizada.

No entanto, deve-se antepor à pretensão recursal a regra inibitória defluente do parágrafo único do artigo 264 do CPC, segundo a qual após o saneamento do processo é defeso ao proponente modificar o pedido ou a causa de pedir.

Ora, o que a apelante pretende, pois, neste passo, é exatamente a alteração das duas coisas ao mesmo tempo, ou seja, da causa de pedir (infração ao Código de Mineração) e do pedido (anulação e não mais resolução).

Nesse mesmo norte, mudando o que deve ser mudado, encontro precedente desta Corte:

"Embargos à execução. Bem de família. Impenhorabilidade. Modificação da causa de pedir.

'Segundo esmerada doutrina causa petendi é o fato ou o conjunto de fatos suscetíveis de produzir, por si, o efeito jurídico pretendido pelo autor' (STJ, REsp n. 2.403-RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

'Segue-se que o direito preexistente deve ser articulado ou na inicial ou na contestação; não pode ser invocado posteriormente' (RT 624/151).

“É vedado às partes modificar a causa de pedir ou deduzir novas alegações após a defesa, salvo nos casos previstos em lei” (Apelação Cível n. 96.003823-0, de Santo Amaro da Imperatriz, relator Des. Francisco Borges).

E, ainda, quanto à impropriedade do pedido:

“Em regra, os atos e negócios jurídicos são anuláveis quando demonstrados um dos vícios do consentimento, previstos no art. 147 do Código Civil ou, se exigível, não se observou forma prescrita em lei ou foi praticado por pessoa absolutamente incapaz, ou ainda se ilícito o seu objeto, nos termos do art. 145 desse mesmo Diploma Legal. Verificado o inadimplemento, o pleito a ser formulado é o de execução ou rescisão da avença e não anulação, se perfeita e acabada” (Apelação Cível n. 97.010159-7, de Piçarras, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Ademais, é de se admirar que a apelante, tão consciente das exigências legais contidas no Código de Mineração, e em tendo o firme propósito de contratar com a apelada, o que se deduz dos autos, viesse apenas agora, em grau de recurso, no apagar das luzes, arguir a nulidade pretendida na avença.

Demais disso, é sabido que “Na simulação maliciosa há intenção fraudulenta; logo os contraentes nada poderão alegar ou requerer em juízo, quanto à simulação do negócio, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiro, pois ninguém poderá tirar proveito de sua própria torpeza ante o princípio *nemo auditor propriam turpitudinem suam allegans*” (Maria Helena Diniz, in Código Civil Anotado, 5ª

ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 124).

Assim sendo, as aludidas ilegalidades no contrato somente poderiam ser alegadas por terceiros ao negócio jurídico, jamais pelas próprias partes, como colima fazer vingar a apelante, agora, em sede de apelo.

Afasto, pois, a preliminar aventada.

No tocante ao mérito, obtempera, ainda, o reclamo que a apelada não cumpriu com as obrigações assumidas na avença firmada, ou seja, 1º) abandonou as pesquisas por oito meses; 2º) não implantou adequadamente o projeto; e 3º) não pagou integralmente o preço.

Razão não lhe assiste, entretanto.

É que, consoante restou fartamente comprovado pelos substratos probatórios carreados aos autos, inclusive pela prova pericial, a apelada efetivamente cumpriu com o que havia contratado com a apelante, como bem apanhado pela sentença, aliás, como segue:

“Improcede a ação, eis que comprovado nos autos que a firma ré: a) efetuou as pesquisas contratadas na área descrita no alvará 5.315, de 5/12/83; b) implantou um projeto de lavra de minério na área; c) pagou as verbas contratadas” (fls. 425/426).

Ora, as respostas aos quesitos formulados pelas partes na prova pericial (efetuada por geólogo) demonstram, de modo concreto, que efetivamente houve o cumprimento pela apelada das cláusulas tidas, pela apelante, como inadimplidas.

De fato, o exame pericial, realizado no local da exploração mineral, esclarece que “Pela vistoria de campo realizada pelo perito e pela definição do que é jazida, realmente houve uma retirada bastante grande de material, caracterizando uma extração mineral, ou seja, uma lavra. De acordo com as cláusulas contratuais firmadas entre ambas as partes, a ré retirou uma quantidade de material condizente com a potencialidade da jazida” (fl. 366).

E, mais adiante, conclui o experto:

“Pela vistoria realizada na área na data de 12/5/87 e pelos relatórios apresentados, mapas e outros tantos dados, pode-se comprovar que a firma ré realmente realizou os trabalhos de pesquisar em nome da titular na área em apreço. É de se salientar que remotamente poderia haver a execução de tantos dados fictícios por parte da ré, se efetivamente não tivessem realizado os trabalhos. O perito teve oportunidade de constatar alguns pontos marcados das drenagens onde foram coletadas amostras ou descritas as características das unidades geológicas” (fls. 366/367).

A perícia contábil, de outra parte, também corrobora essa assertiva, apontando para os investimentos feitos pela apelada nas pesquisas e lavra de minério (fl. 327).

A apelante sustenta, ainda, o descumprimento do disposto na cláusula 4ª do aludido contrato, segundo a qual a cessionária/apelada estaria obrigada a ressarcir todas as despesas com a execução dos trabalhos de pesquisa e industrialização dos minérios.

Todavia, pela análise do dispositivo em questão, depreende-se que a obrigação da cessionária cingia-se somente ao pagamento das despesas incidentes a partir da data do contrato (16/7/84). Desse modo, o não-pagamento, pela apelada, das despesas concernentes ao auto de infração lavrado em 14 de dezembro daquele ano, mas em consequência de fato gerador anterior à elaboração do contrato (como inclusive afirma a autora na petição inicial), não configura descumprimento do contrato, como bem se decidiu na ação de cobrança promovida pela apelante contra a apelada, e cuja sentença encontra-se capeada (fls. 409/412).

Ademais, quanto ao alegado não-pagamento das verbas contratadas, os documentos de fls. 88 e 166, bem como o recibo à fl. 143, também comprovam o pagamento, pela apelada, de percentual da produção devido à apelante.

De admitir, por fim, como fez a sentença:

“Como se vê, a autora não comprovou que a firma ré tenha descumprido qualquer das cláusulas do contrato de fls. 13/19 referidas na petição inicial. Em vista disso, não cabe à autora pleitear reintegração na área objeto do contrato porque a firma ré não infringiu qualquer cláusula apontada na petição inicial e consequentemente não tem direito a qualquer indenização” (pág. 426).

Assim, revelando-se irretocável a sentença, pelo meu voto, consequentemente, eu desprovejo o recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso.

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

Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antonio Gercino Gomes de Medeiros.

Florianópolis, 23 de agosto de 2000.

Vanderlei Romer,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 46.652 (88.088901-5), DE BLUMENAU

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Ação ordinária de indenização por seguro relativo a financiamento vinculado ao sistema habitacional. Enchente. Danos causados aos imóveis segurados. Alegação de ausência de zelo por parte dos segurados. Irrelevância. Ausência, ademais, de responsabilidade da construtora. Litisdenúncia rejeitada. Sinistro coberto pela apólice. Dever de indenizar. Sentença confirmada. Apelos desprovidos.

1 — Fortíssimas chuvas, de longa duração, das quais decorreu conhecida e danosa enchente no Vale do Rio Itajaí, em julho de 1983, com desmoronamento de encostas e conseqüente danificação em residências, é sinistro de causas externas cujo dever de adimplir é próprio da seguradora, sobretudo porque, ante manifesta ausência de culpa da construtora, havia adequada cobertura securitária a respeito.

2 — Para que se exima, total ou parcialmente, da obrigação de pagar o seguro a que se vinculara no contrato, à seguradora cumpre provar no processo, estreme de dúvida, que a inércia, a negligência ou a falta de zelo do segurado em relação ao imóvel foi decisiva para a ocorrência do sinistro focalizado (art. 333, II, do CPC).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 46.652 (88.088901-5), da comarca de Blumenau, em que são apelantes Instituto de Resseguros do Brasil —

IRB e A Marítima — Companhia de Seguros Gerais, sendo apelados Construtora Nave Ltda. e outros:

ACORDAM, em Câmara Civil, por votação unânime, desprover os recursos.

Custas na forma da lei.

Relatório

No Juízo de Direito da comarca de Blumenau, Valmir Couto e José Nazário Rebello aforaram ação ordinária de cobrança de indenização por seguro contra A Marítima — Companhia de Seguros Gerais, colimando, em suma, obter indenização referente à reposição dos imóveis danificados em virtude da inundação ocorrida na cidade de Blumenau e todo o Vale do Itajaí em julho de 1983, quando o rio Itajaí-Açu transbordou em mais de 15 metros do seu leito natural.

Assim, pleitearam que seus imóveis fossem recolocados no estado em que se encontravam antes do sinistro, ou o pagamento em dinheiro da quantia necessária à mesma reposição, já que mutuários do Banco Nacional de Habitação – BNH, por intermédio do agente financeiro Caixa Econômica Federal, em decorrência de contrato de mútuo para financiamento dos imóveis onde residem, contrato que integra o pacto relativo ao seguro habitacional.

Em resposta, a requerida alegou, preliminarmente, a ocorrência de litisconsórcio necessário com o Instituto de Resseguros do Brasil — IRB, prescrição ao direito de ação, ilegitimidade ativa ad causam e carência de ação, ilegalidade e nulidade de representação, requereu a chamada do agente financeiro Caixa Econômica Federal e Banco Nacional de Habitação na condição de assistentes e de-

nunciou à lide a empresa realizadora das obras, Construtora Nave Ltda.

No mérito, aduziu que os requerentes omitiram fatos e documentos. Referentemente ao imóvel de Valmir, que o dano apontado não é coberto pelo seguro e que ao vistoriar o imóvel ficou constatado que nada havia para indenizar, já que a obra não apresentava risco de desmoronamento, bem como que as providências no sentido de evitar novos danos competiam ao mutuário.

Os requerentes manifestaram-se sobre a resposta, defendendo o mesmo ponto de vista anteriormente apresentado.

Após audiência prévia de conciliação, a qual restou inexitosa, sobreveio o despacho saneador que rejeitou as preliminares argüidas na defesa e deferiu a produção de provas, nomeando perito.

A requerida da lide secundária, Construtora Nave Ltda., apresentou agravo retido referente ao saneador, insistindo na tese de preavalecimento das preliminares levantadas na sua resposta.

As partes apresentaram quesitos.

Veio aos autos o laudo único, sobre o qual se manifestaram os requerentes, pedindo o prosseguimento do feito.

Na audiência de instrução e julgamento foi tentada nova conciliação, a qual restou inexitosa.

Sobreveio a manifestação jurisdicional monocrática, a qual, primeiramente, deu provimento ao agravo retido interposto por Construtora Nave Ltda. do saneador de fls. 391 e 392.

Ao depois, julgou extinta, sem decisão do mérito, a denunciação da lide, condenando a denunciante a pagar as custas processuais da lide secundária, bem como honorários advocatícios do procurador da litisdenciada, fixados em 15% sobre o valor da causa. Também julgou procedente a ação principal condenando a requerida a repor os imóveis na situação em que se encontravam antes do sinistro, ou, caso optem pelo pagamento em dinheiro, a pagar o valor de Cr\$ 3.500.000,00 para Valmir Couto, e Cr\$ 2.200.000,00 para José Nazário. Determinou, outrossim, ao litisconsorte IRB — Instituto de Resseguros do Brasil a emissão de declaração de vontade autorizadora do pagamento a ser feito pela seguradora vencida.

Irresignado com o teor decisório adverso, apela o IRB — Instituto de Resseguros do Brasil, argumentando novamente sobre a necessidade de denunciação à lide da Construtora, considerando-a como única responsável pelos danos causados aos imóveis dos apelados. No mérito, alega que os apelados não tomaram os cuidados necessários à conservação dos imóveis, permitindo que fossem deteriorados com a ação das intempéries.

Inconformada com a decisão do Juízo a quo, também apela A Marítima Companhia de Seguros Gerais, alegando novamente a denunciação à lide da Construtora Nave e pleiteando a exclusão da lide, já que a responsabilidade seria apenas do responsável técnico pelas construções. No mérito, aduz que a existência de risco e ameaça de desmoronamento é de culpa exclusiva dos próprios autores da ação.

Muito embora o Magistrado tenha dado por intempestiva a apelação, a recorrente, A Marítima Companhia de Seguros Gerais, agravou do interlocutório de fl. 520 e obteve o provimento do recurso pelo acórdão de fls. 28/30.

Contra-arrazoados, com os recursos devidamente preparados, os autos ascenderam a esta Corte.

É o relatório.

Voto

Os apelos não convencem.

De fato, as irresignações fundamentam-se, basicamente, na responsabilidade da construtora quanto à ocorrência do sinistro.

Tal assertiva, no entanto, improcede.

Dessume-se da perícia técnica (fls. 434 e 438), sendo, de resto, matéria incontroversa, a ocorrência, na cidade de Blumenau, ao tempo do sinistro, de fortíssimas e continuadas chuvas, em virtude das quais sucedeu a enchente de julho do ano de 1983.

Assim é que, ao responder os quesitos ns. 5 e 6 (fl. 436), o experto afirma que os danos ocorridos nos imóveis foram causados por deslizamentos de terra nas laterais da construção durante a ocorrência das aludidas precipitações pluviométricas suso aludidas.

Tanto assim que, na resposta ao quesito n. 3 (fl. 437), colhe-se da perícia que, “Conforme consta no orçamento e memorial descritivo, as fundações são diretas tipo ‘radiers’. São fundações compatíveis com o porte das edificações e com o tipo de solo”.

Por sua vez, ao responder ao quesito n. 7 (fl. 437), afirma também que "...o fato de as terras deslizarem e atingirem os imóveis em questão deu-se à não existência de muro de contenção, o que não se caracteriza como falha construtiva".

Sendo assim, não há como atribuir responsabilidade à construtora pelos danos experimentados pelos imóveis, de vez que, como se viu, a prova pericial concluiu, de modo confiável, que os deslizamentos de terra foram ocasionados por fatores externos, afeiçoando-se, aliás, às conclusões dos primeiros laudos fornecidos por engenheiros da Caixa Econômica Federal (fls. 57/58, 72 e 78).

Os apelantes aduziram, também, como outro fundamento da pretensão recursal, falta de cuidado dos apelados quanto à manutenção dos imóveis sinistrados.

Uma vez mais razão não lhes assiste.

Ora, é sabido que os eventos da natureza são imprevisíveis, e, portanto, não se pode exigir das pessoas de senso mediano diligência além da normal no sentido de prevê-los. Tanto é verdade que tais fatos são denominados no mundo jurídico como de "força maior".

Ademais, os apelantes nenhuma prova produziram no sentido da inércia ou negligência dos apelados, ônus tais que a eles, recorrentes, competia, segundo a regra defluente do inciso II do artigo 333 do CPC.

A respeito do tema esta Corte já decidiu:

"Contrato de seguro. Risco de desmoronamento devidamente com-

provado. Prova testemunhal. Validade. Alegação de culpa do segurado na conservação do imóvel. Ônus da prova. Art. 333, II, do CPC.

"Comprovado o risco de desmoronamento no imóvel objeto do contrato de seguro, cabe à seguradora o ônus da prova que se houve com culpa o segurado pela má conservação do imóvel" (Ap. Cív. n. 48.113, da Capital, rel. Des. Paulo Gallotti).

Por fim, é inescapável o dever da seguradora de pagar os prejuízos ocorridos pelo sinistro com cobertura incluída na apólice, como prenuncia a artigo 1.458 do Código Civil, verbis: "O segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido e, conforme as circunstâncias, o valor total da coisa segura".

E essa é, proverbialmente a hipótese dos autos, valendo transcrever, nesse aspecto, os irrespondíveis argumentos da sentença, assim lançados:

"Segundo as condições especiais relativas ao seguro (fls. 11 e segs.), não impugnadas pela ré, observa-se, no adendo correspondente aos danos físicos cobertos (fls. 17 e segs.), cláusula 3ª, o seguinte:

"Riscos cobertos:

'a)...

'b)...

'c)...

'd)...

'e)...

'f)...

'g) inundação ou alagamento'.

"Ora, embora não tenha havido específica inundação, segundo a conclusão do laudo, a origem dos danos

decorre de deslizamento de terras por causa de fortes chuvas. Como a área não é sujeita a inundação, é evidente que as casas não ficaram alagadas ou inundadas, porque a própria força da gravidade faz com que as águas procurem lugar mais baixo, mas a sua passagem provocou o acomodamento do solo que, por sua vez, causou principalmente as rachaduras e trincas ou danificações em paredes.

“Sem a causa originária — fortes chuvas, inundações, alagamentos — o resultado não seria alcançado.

“Se o seguro se obriga a resarcir os prejuízos na sua origem, evidentemente cobre também os danos que dele decorram, ainda que os imóveis, como visto, não tenham sido inundados ou alagados.

“Vale dizer, a passagem do excessivo volume de água no terreno onde se assentam as construções causaram os danos constatados pelos peritos. Não é outra a resposta aos quesitos 5 e 6 (fl. 436) do laudo pericial. E a origem foi externa, ou seja, não decorreu de nenhum vazamento por, exemplificando, ruptura de cano condutor de água no interior da casa, bastando ver a resposta ao quesito 4, da fl. (fl. 437).

“É certo que a falta do muro de contenção também ajudou a alcançar o resultado.

“Vejam, a propósito, a conclusão dos peritos (fl. 438):

‘A causa principal dos danos (deslizamento de terras) está ligada a fatores naturais, ou seja, externos à edificação, tendo como origem a ação da natureza, mas perfeitamente previsível, já que os serviços de terraplana-

gem executados deixaram os terrenos vulneráveis à ação das intempéries’.

“No entanto, quando da assinatura do contrato de seguro a ré poderia ter ressalvado os danos decorrentes da não-construção do muro.

“Ao contrário, nada exigiu, e recebeu o prêmio. Não é justo agora, não tendo havido mudança na situação dos imóveis (= não tinham muros e não o tinham depois) querer imputar a responsabilidade aos autores. Se assim fosse, nenhum dano estaria coberto, bastando à seguradora valer-se de falta do muro de contenção. Se nada fez quando recebeu o prêmio, não pode queixar-se agora.

“Tem-se como decorrência lógica que todos os danos constatados nos imóveis dos autores tiveram como decorrência inundação e alagamento causados por fatores externos. Insista-se que as casas não permaneceram alagadas ou inundadas, porque estão fora de local de enchente, mas a passagem das águas cuidou de fazer todo o serviço. A causa em si, portanto, é tanto inundação quanto alagamento. E disso há cobertura expressa. O próprio comunicado de seguro habitação (fl. 9), não assinado, embora, mas também não impugnado, o que leva à sua aceitação, bem especifica que há cobertura quando os danos ocorrem de eventos de causa externa, ou seja, força atuante de fora para dentro, sobre o solo ou no subsolo.

“E não se diga que os autores contribuíram para o agravamento dos danos, porque desde logo procuraram informar a seguradora de modo a possibilitar o pagamento da indenização. A própria CEF esclarece que o sinistro aconteceu em 10 de julho de 1983 e

houve informação em 1º de agosto do mesmo ano (fls. 45 e 54).

“A responsabilidade pelo ressarcimento é da seguradora” (fls. 506/508).

Percebe-se, então, que a seguradora/apelante assumiu o risco no caso de ocorrência de inundação, tendo, dessa forma, o dever de indenizar os segurados, juntamente com o IRB — Instituto de Resseguros do Brasil, pelos danos causados em seus respectivos imóveis.

Sendo assim, mantenho, pelo meu voto, a sentença objurgada, improvendo, de conseguinte, os reclamos focalizados.

É como voto.

Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por votação unânime, negou provimento aos recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 9 de agosto de 2000.

Vanderlei Romer,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator .

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.021298-0, DE MARAVILHA

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Ação de prestação de contas proposta pelo Ministério Público em favor de menor tutelada pelo tio paterno. Preliminar de nulidade em face da não citação da ex-esposa do tutor como litisconsorte. Tutela. Responsabilidade pessoal. Não acolhimento da preliminar. Fixação da gratificação. Ação de prestação de contas. Via imprópria para tanto. Recurso desprovido.

“A ação de prestação de contas pressupõe, como norma geral, a existência de divergência no acerto de contas, possuindo como fim último a fixação de um saldo devedor ou credor, por parte de quem as exige ou de quem as presta. Ou seja, seu objetivo é pôr fim ao relacionamento jurídico-econômico das partes, determinando a existência, ou não, de um saldo, e fixando o seu montante” (Apelação Cível n. 98.015210-0, de São José, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Felichack Cervenski, sendo apelado o representante do Ministério Público:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.021298-0, da comarca de Maravilha, em que é apelante Pedro

ACORDAM, em Câmara Especial – Processo Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Relatório

No Juízo de Direito da comarca de Maravilha, o representante do Ministério Público aforou ação de prestação de contas contra Pedro Felichack Cervenski em favor de K. M. C., a qual, segundo decisão judicial anterior, era tutelada do requerido.

Na primeira fase da ação, após regularmente citado, o demandado, em não apresentando as contas, foi condenado a fazê-lo por sentença que, sem recurso, transitou em julgado.

Intimado na segunda fase, o acionado mais uma vez deixou de oferecer as contas segundo as exigências legais, apresentando-as, pois, o requerente.

O Magistrado, na seqüência, colimando apurar o real saldo devedor em favor da tutelada, decidiu, com arrimo na Parte Final do § 3º do artigo 915 do CPC, pela realização da perícia contábil. Como, porém, não atribuiu ao requerido prazo suficiente para formulação de quesitos e indicação de assistente técnico, houve a tempestiva interposição do agravo retido, alegando cerceamento de defesa.

Após colhida a prova técnica enfocada, o demandado requereu a produção de prova testemunhal, bem como o depoimento pessoal da menor e do perito, o que foi deferido.

A menor constituiu advogado, e requereu a sua intervenção no feito

como assistente do representante do Ministério Público.

Realizada audiência de instrução e julgamento, na qual o demandado desistiu da produção de prova testemunhal, o procurador da menor foi nomeado curador à lide.

Apresentada a manifestação ministerial e as razões finais pelas partes, sobreveio a prestação jurisdicional monocrática, a qual, em suma, julgou boas as contas apresentadas pelo demandante, condenando o demandado a restituir 32.701,04 UFIR's, bem como a pagar as custas processuais e despesas periciais em R\$ 1.000,00.

Inconformado, a tempo e modo apelou o vencido, agitando, em preliminar, a matéria relativa ao agravo retido, e, ainda preliminarmente, postulando a anulação do processo, por que não foi ouvido após a juntada aos autos do laudo técnico contábil. No mérito, disse haver sido prejudicado, pois muitas das despesas que teve com a tutelada não foram computadas.

Colhida a resposta, os autos ascenderam a esta Corte, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo.

Sobreveio, então, acórdão que anulou o processo por reconhecer o cerceamento de defesa (fls. 308/315).

Já no Juízo de origem, o demandado, sustentando haver-se separado de sua esposa no decorrer desta ação, requereu a sua citação, como litisconsorte necessária. O representante ministerial opinou pelo indeferimento do pedido (fl. 372v.). Entretanto, como não houve manifestação do Magistrado no tocante ao re-

querimento formulado, a pretensão foi posteriormente ratificada (fls. 377/378 e 394/395).

Nova perícia foi realizada, em virtude da anulação do feito, de cujo laudo houve ciência dos litigantes.

A tutelada interveio no feito, nomeando como seu procurador o Dr. Antenógenes Perin, que foi nomeado curador à lide da adolescente (fls. 400/401 e 405/405v.).

Após oferecidas as alegações finais pelas partes, sobreveio sentença que indeferiu o pedido de citação da suposta litisconsorte e condenou o requerido ao pagamento de valor referente ao saldo devido em favor de sua sobrinha e tutelada.

Irresignado, novamente apela o requerido pleiteando, preliminarmente, a anulação da sentença para determinar a citação de sua ex-esposa para integrar a lide, e, no mérito, a reforma da decisão para que lhe seja arbitrada a gratificação pelo seu trabalho (fls. 419/421).

Ao contra-arrazoar o reclamo, a tutelada postula o desprovinamento e a cominação ao apelante das penas da litigância de má-fé (fls. 421/429).

O Ministério Público, em ambos os graus de jurisdição, manifestou-se pelo improvinamento do apelo (fls. 433/436 e 442/448).

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Voto

Apela o vencido requerendo, preliminarmente, a anulação da sentença, para que sua ex-esposa, su-

postamente litisconsorte necessária, seja citada para integrar o feito.

Razão não lhe assiste, entretanto.

Ocorre que a responsabilidade do tutor é pessoal, concretizada que foi pelo termo de compromisso firmado, no Juízo de origem, unicamente pelo apelante. Assim sendo, não existe motivo algum para que a sua ex-esposa tenha que integrar a lide.

Caso tenha havido algum tipo de acordo entre os cônjuges — o que se admite apenas à guisa de mero exercício argumentativo — no tocante aos efeitos patrimoniais da tutela firmada pelo cônjuge varão, ora apelante, isso, por evidente, não pode ser tratado no seio desta lide.

Rejeito, pois, a aludida preliminar.

No mérito, pleiteia o apelante, como segundo e definitivo argumento, a fixação da gratificação por haver desempenhado a contento as funções para as quais fora nomeado.

Provado restou nos autos que o apelante não “administrou com lisura e empenho” os bens de sua sobrinha e tutelada. Até porque, caso assim houvesse feito, não teria sido condenado ao pagamento de grande montante como saldo devedor àquela, como o foi pela sentença, a qual, aliás, que restou irrecorrida.

Nesse aspecto, igualmente, não assiste razão ao apelante.

Ademais, no âmbito da ação de prestação de contas, sobretudo diante das peculiaridades da espécie, não se rende ensejo para a discussão e conseqüente solução do litígio a respeito

da exigibilidade ou não da pretendida remuneração.

Nesse sentido, da jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça:

“A ação de prestação de contas pressupõe, como norma geral, a existência de divergência no acerto de contas, possuindo como fim último a fixação de um saldo devedor ou credor, por parte de quem as exige ou de quem as presta. Ou seja, seu objetivo é pôr fim ao relacionamento jurídico-econômico das partes, determinando a existência, ou não, de um saldo, e fixando o seu montante” (Apelação Cível n. 98.015210-0, de São José, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Em sendo assim, caso prevaleça o seu intuito a respeito, deve o apelante buscar as vias ordinárias adequadas.

No tocante ao requerimento da tutelada quanto à condenação do apelante em litigância de má-fé, vejo-o como inacolhível, visto que não estão presentes, em princípio, os pressupostos a que se atém o artigo 17 do CPC.

Entendo que o apelante tão-somente está exercendo seu direito de livre acesso à Justiça e não deve, por isso, ser condenado nas penas da litigância de má-fé.

Voto, assim, pelo desproverimento do apelo, indeferindo, por fim, o pedido de sujeição por litigância de má-fé.

Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Genivaldo da Silva.

Florianópolis, 30 de agosto de 2000.

*Vanderlei Romer,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.*

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.009729-2, DE BLUMENAU

Relator: Des. Alcides Aguiar.

Agravo de instrumento — Execução hipotecária de crédito vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação — Inexistência de infringência ao princípio da persuasão racional ou do livre convenci-

mento — Ausência da assinatura do recebimento pelos devedores dos avisos regulares — Descumprimento de requisito essencial à instauração do processo — Art. 2º, inc. IV, Lei n. 5.741/71 — Matéria de ordem pública.

Citação por edital — Impossibilidade — Executados que não se encontram em lugar incerto e não sabido — Inteligência do § 2º do art. 3º da Lei n. 5.741/71 — Nomeação de curador especial — Inocorrência — Nulidades evidenciadas.

A citação dos devedores por edital somente ocorrerá quando, não residindo no imóvel hipotecado, não tenham eles endereço conhecido na comarca em que se situa o bem. De igual sorte, conhecido embora o paradeiro dos executados, mas situado fora da jurisdição do imóvel, a lei especial autoriza que a citação seja também editalícia.

Desocupação do imóvel pelo terceiro possuidor — § 1º, art. 4º, Lei n. 5.741/71 — Preceito não recepcionado pela atual Constituição Federal (art. 5º, inc. LIV).

Recurso provido, e decretação de ofício da extinção do processo ab initio.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.009729-2, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é agravante Banco Bradesco S.A., sendo agravados Eduardo José Pandolfo e Romélia Manke Pandolfo:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo e, de ofício, indeferir a inicial, julgando extinto o recurso.

Custas na forma da lei.

Banco Bradesco S.A. agrava de instrumento com pedido de efeito suspensivo da decisão do Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Blumenau, que, nos autos da "ação de execução hipotecária espe-

cial" movida em face de Eduardo José Pandolfo e Romélia Manke Pandolfo, tornou sem efeito o despacho que havia autorizado a penhora do imóvel hipotecado, determinando que o exequente diligencie acerca da correta localização dos executados.

Afirma que determinada a citação dos réus e o Oficial de Justiça não os encontrando, pleiteou que lhes fosse dada ciência editalícia, que restou deferida e publicada. E, ao não ocorrer a nomeação de bens à penhora pelos devedores, requereu a expedição de mandado de penhora sobre o imóvel hipotecado, de acordo com o art. 4º, caput, da Lei n. 5.741/71.

Portanto, em não havendo qualquer irregularidade processual e previstos os requisitos para citação

editálicia (art. 232, inc. I, do CPC), não merece guarida o despacho que tornou sem efeito o de fl. 45v.

O imóvel hipotecado encontra-se ocupado por terceira pessoa, e o art. 4º, § 1º, da Lei n. 5.741/71, ao contrário do que entende o Magistrado a quo, não foi revogado pelo inc. LIV do art. 5º da Carta Magna.

Ademais, o MM. Juiz de Direito não fundamentou a decisão, mas tão-somente expôs seu próprio entendimento, sem qualquer manifestação aprofundada sobre a matéria.

Por fim, requer a reforma do decisum, deferindo-se o efeito suspensivo almejado e o final provimento ao recurso.

Negado o efeito suspensivo colimado e desnecessária a intimação dos recorridos, posto que não estão representados na ação principal, vieram-me os autos deste recurso conclusos.

É o relatório.

Cumpra, inicialmente, analisar-se a questão da inexistência de fundamentação na decisão que revogou despacho anteriormente prolatado, porque prejudicial ao conhecimento das irresignações relativas à desocupação do imóvel e à constitucionalidade do § 1º do art. 4º da Lei n. 5.741/71 diante do inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

No caso vertente, inexistente falta de fundamentação como quer fazer crer o credor, uma vez que a motivação apresentada, mesmo que concisa, é reveladora da convicção do Magistrado, não revelando qualquer cerceamento de defesa para o agravante.

Nesse diapasão, colhe-se:

“Agravamento de instrumento. Constitucional e processual. Liminar em medida cautelar. Princípio da essencialidade da fundamentação das decisões judiciais — CF, art. 93, IX, e CPC, art. 165, Parte Final — Óbice, ademais, a que uma das partes propugna em Juízo por seus direitos — Ofensa à Lei Maior — Art. 5º, XXXV — Nulidade declarada — Agravamento provido.

“A decisão judicial, mesmo a interlocutória, deve ser motivada, ainda que de forma concisa. Deve revelar a convicção do Magistrado prolator, sob pena de cerceamento de defesa.

“O poder cautelar conferido ao Juiz não é hábil a impedir o direito da ação garantido pela Constituição da República” (AI n. 9.749, de Rio Negro, relator o Subscritor).

E mais:

“Não há infringência ao princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado (art. 93, IX, CF, 88) quando, embora sucintamente, o Togado exteriorize as razões de seu convencimento (art. 165, Segunda Parte, CPC). A fundamentação concisa, breve, não se equipara à ausência de motivação” (AI n. 99.006178-7, de Concórdia, relator Des. Pedro Manoel Abreu).

Portanto, afasta-se a prejudicial argüida de ausência de fundamentação da decisão interlocutória, visto que o douto Togado exteriorizou as razões de seu convencimento, motivando-a, ainda que concisamente.

Ressalte-se que, na execução hipotecária de crédito vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, a petição inicial deve observar os requi-

sitos do art. 282 do CPC e do art. 2º da Lei n. 5.741, de 1º de dezembro de 1971.

Cite-se:

“Art. 2º. A execução terá início por petição escrita, com os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, apresentada em três vias, servindo a segunda e a terceira de mandado e contrafé, e sendo a primeira instruída com:

“I — o título da dívida devidamente inscrita;

“II — a indicação do valor das prestações e encargos cujo não-pagamento deu lugar ao vencimento do contrato;

“III — o saldo devedor, discriminadas as parcelas relativas à principal, juros, multa e outros encargos contratuais, fiscais e honorários advocatícios;

“IV — cópia dos avisos regulares reclamando o pagamento da dívida, expedidos segundo instruções do Banco Nacional da Habitação”.

Portanto, para a viabilidade dessa espécie de execução, mister se faz instruir a petição inicial com os requisitos acima expostos, sob pena de extinção prematura do processo.

É que tais requisitos representam pressupostos processuais objetivos para a validade e regularidade do processo de execução vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação e, relacionando-se eles com a forma procedimental, pode o juiz conhecer de ofício a matéria, conforme dispõe o § 3º do art. 267 do CPC.

Extrai-se do presente recurso, que traz fotocópia integral do processo de execução, que o exequente não

cumpriu o inc. IV do art. 2º da Lei n. 5.741/71, porque não há prova da chegada ao destinatário dos avisos regulares, essenciais para cientificar o devedor acerca da existência da dívida e das conseqüências advindas do não-atendimento.

Às fls. 35, 36, 37 e 38, deste recurso — respectivamente 23, 24, 25 e 26 do processo principal — constam AR's expedidos em nome de Eduardo José Pandolfo sem a assinatura da pessoa que os recebeu, não perfectibilizando, assim, requisito necessário para o desenvolvimento da execução hipotecária.

A respeito da matéria, colhe-se do artigo redigido por Evaristo Aragão Ferreira dos Santos — Advogado em Curitiba — e publicado pela Revista dos Tribunais, na obra Processo de Execução e Assuntos Afins, intitulado Uma Abordagem Crítica da Execução dos Créditos Vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, Segundo o Rito Especial Previsto pela Lei n. 5.741/71:

“Embora atualmente, na prática, existam meios que possibilitem determinar, com segurança, a remessa e recebimento de uma correspondência, a ponto de tornar praticamente irrefutável sua entrega ao destinatário, o fato de o inc. IV do art. 2º exigir, claramente, a expedição de mais de um aviso impede que se entenda ao contrário e se restrinja o âmbito de abrangência do dispositivo.

“É por isso que o credor será considerado carecedor de ação caso não instrua a inicial de execução hipotecária com cópias dos ‘avisos’ que remeteu ao mutuário inadimplente, dan-

do conta da existência da dívida, seu valor e conseqüências.

“Os avisos, portanto, devem ser remetidos ao endereço do imóvel. Caso o devedor não seja encontrado neste endereço, mas tenha outro conhecido, os avisos poderão ser remetidos a este outro.

“Se o mutuário, todavia, não puder ser encontrado no endereço do imóvel e o credor não tiver ciência de outro em que possa ser encontrado, os avisos poderão ser efetivados ‘por meio de publicação em jornal que circule na comarca da situação do imóvel’, nos termos do item 4.2 da Resolução 11/72 do BNH” (págs. 203/204).

Nesse sentido, colaciona-se o enunciado da Súmula 18 do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

“O pressuposto para admissibilidade da execução hipotecária fundada no Sistema Financeiro da Habitação é o de serem necessários dois avisos regulamentares, conforme o disposto no art. 2º, IV, da Lei n. 5.741” (ob. cit., pág. 204).

Logo, se os devedores não foram encontrados no endereço por ele fornecido — no caso em concreto o do imóvel hipotecado, vide fls. 19/20 — havia a necessidade de o credor efetivar os avisos por meio de publicação em jornal de circulação na cidade, consignando, ainda, o montante do débito, o que na espécie não ocorreu. Descumprido, pois, foi o requisito essencial à instauração da execução hipotecária especial.

Nessa linha, colaciona-se:

“Súmula 199 do STJ: ‘Na execução hipotecária de crédito vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação,

nos termos da Lei n. 5.741/71, a petição inicial deve ser instruída com, pelo menos, dois avisos de cobrança’ (v. jurisprudência s/ esta Súmula em RSTJ 101/471). No mesmo sentido: RSTJ 84/51, maioria.

“O aviso deve especificar o valor do débito (RSTJ 97/151) (in, Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 31ª ed., Saraiva, 2000, pág. 1.295, nota 5 ao art. 2º da Lei n. 5.741/71).

E, ainda:

“É ineficaz a notificação feita pela imprensa, se não consigna o montante do débito” (JTA 99/28) (apud, Theotônio Negrão, ob. cit., pág. 1.295, n. 6 ao art. 2º da Lei n. 5.741/71).

No que se refere à possibilidade de se efetivar a citação dos devedores por meio de edital, dispõe a Lei n. 5.741/71, em seu art. 3º, a respeito, in verbis:

“Art. 3º. O devedor será citado para pagar o valor do crédito reclamado ou depositá-lo em juízo no prazo de vinte e quatro horas, sob pena de lhe ser penhorado o imóvel hipotecado.

“§ 1º. A citação far-se-á na pessoa do réu e de seu cônjuge ou de seus representantes legais.

“§ 2º. Se o executado e seu cônjuge se acharem fora da jurisdição da situação do imóvel, a situação far-se-á por meio de edital, pelo prazo de 10 (dez) dias, publicado, uma vez, no órgão oficial do Estado e, pelo menos, duas vezes, em jornal local de grande circulação, onde houver”.

Portanto, a citação dos devedores por edital somente ocorrerá quando, não residindo no imóvel hipotecado,

não tenham eles endereço conhecido na comarca em que se situa o bem. De igual sorte, conhecido embora o paradeiro dos executados, mas situado fora da jurisdição do imóvel, a lei especial autoriza que a citação seja também editalícia.

Acerca do assunto, registre-se:

"...a citação por edital somente terá lugar quando os executados não se encontrarem 'na jurisdição da situação do imóvel'. Por outras palavras: basta que o executado não se encontre no imóvel e não tenha endereço conhecido na comarca em que se situa o bem, para possibilitar a citação por edital.

"A citação por edital, como não poderia deixar de ser, tem lugar quando o devedor não tem endereço conhecido ou quando, embora se tenha ciência de seu paradeiro, esteja ele fixado fora da comarca do imóvel. Na hipótese, todavia, de o devedor não ser encontrado no imóvel, mas ter endereço conhecido na mesma comarca, a citação deverá ser feita pessoalmente.

"Isto porque, como se estabeleceu poder haver a citação por edital na hipótese de o devedor não ser encontrado na 'jurisdição do imóvel', isso significa, conforme já decidiu o STJ, 'que, se o devedor não estiver no endereço do imóvel financiado, mas residir na jurisdição da situação do imóvel, deve ser citado pessoalmente'.

"O mesmo já não ocorre na hipótese em que o mutuário não venha a ser encontrado na posse do imóvel financiado, mas tenha endereço fixo e conhecido em outra comarca. Neste caso, embora tenha paradeiro conhe-

cido, estará, indiscutivelmente, fora da 'jurisdição do imóvel', o que afasta a possibilidade de se realizar a citação pessoalmente" (Evaristo Aragão Ferreira dos Santos, ob. cit., pág. 207).

É de se ressaltar que, no caso vertente, não se sabe se os devedores efetivamente residem ou não na comarca do imóvel financiado, questão relevante para a citação editalícia, por isso que deve o credor diligenciar a respeito. A certidão exarada pelo Oficial de Justiça (fl. 45v.) afirmou tão-somente que os devedores não residem no endereço constante do mandado de citação e sim Rita Obenaus, pessoa estranha ao processo.

Nessa linha, colaciona-se:

"Execução hipotecária — Defeito de citação editalícia — Nulidade. O edital de citação expediu-se sem prévia certidão, nos autos, de que o executado estivesse em lugar incerto e não sabido ou fora da jurisdição do imóvel objeto da execução.

"Não houve intimação do curador especial nomeado e ele não teve qualquer atuação de defesa do autor.

"A questão foi bem examinada pela sentença.

"Recurso improvido" (REsp n. 47227/MG, rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ 20/6/94, pág. 16.065).

Do corpo do voto do relator, extrai-se:

"Ora, só seria caso de citação por edital se o devedor se encontrasse em lugar incerto e não sabido (artigo 231, item II, do CPC), ou fora da jurisdição do imóvel hipotecado (artigo 3º, § 2º, da Lei n. 5.741, de 1º de dezembro de 1971). No caso concreto,

antes de ser expedido o edital, não havia nenhuma certidão de que o executado estivesse em lugar incerto e não sabido ou fora da jurisdição do imóvel objeto da execução”.

“Neste sentido, o 1º TACivSP já decidiu, em situação análoga, que, mesmo tendo o oficial de justiça certificado que o executado estava residindo em outra comarca, e em sua certidão tiver declinado o novo endereço do mutuário, ‘ainda assim se justifica a citação editalícia, e não por precatória. Embora assinalado o endereço do domicílio dos devedores, inaplicável na espécie a regra geral de expedição de carta precatória. É claro que, quando a lei especial excepciona, a regra não é invocável. Ademais, ao adaptar ao novo Código de Processo Civil a Lei n. 5.741/71, o art. 14 da Lei n. 6.014, de 27 de dezembro de 1973, somente alterou a redação do art. 5º, deixando como estava o art. 3º e seus parágrafos, a demonstrar que o legislador, mesmo após o advento da nova lei processual, entendeu adequadas as disposições neles constantes, entre as quais a da citação por editais se o executado e seu cônjuge estiverem fora da jurisdição da situação do imóvel’ (1º TACivSP — 1ª Câm., Ap. n. 252.897, relator Juiz Macedo Bittencourt)” (apud, Evaristo Aragão Ferreira dos Santos, ob. cit., págs. 207/208).

Portanto, indiscutivelmente que a citação por edital será nula se não realizada de acordo com as especificações constantes da lei especial, por isso que mister é que o credor esgote as tentativas de localização dos devedores e que estejam eles em lugar incerto e não sabido ou residindo fora da comarca do imóvel financiado, pa-

ra que o Magistrado possa autorizar essa espécie de chamamento ao processo.

Não obstante, se não bastassem tais nulidades para contaminar de vício insanável o processo, existe ainda a ausência de nomeação de curador especial aos devedores, o que, por si só, prejudicaria o prosseguimento do feito no estágio em que se encontra.

A respeito, colhe-se da jurisprudência:

“Processo civil. Execução hipotecária. Citação edital. Nomeação de curador especial. Citado por edital, o executado revel tem direito a curador especial. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 31916/RS, rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Turma, DJ 2/10/95, pág. 32.345).

Ainda:

“Processual civil. Execução hipotecária. Citação por edital. Executado revel. CPC, art. 9º, II.

“I — É devida a nomeação de curador especial ao executado que, citado por edital, não compareceu a juízo. Ressalva de ponto de vista sobre a matéria.

“II — Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 41809/SC, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, DJ 6/2/95, pág. 01340).

Desta Corte de Justiça, registra-se:

“Agravado de instrumento. Réu revel citado por editais nos autos de ação de execução especial. Curador especial. Obrigatoriedade. Aplicação do art. 9º, II, do Código de Processo Civil. Recurso provido para anular o

processo a partir da citação editalícia, exclusive.

“— É nulo o processo se, sendo revel o réu citado por editais, não lhe foi dado curador especial, como ordena o art. 9º, II, do Código de Processo Civil” (AI n. 7.329a, da Capital, relator Des. Wilson Guarany).

No mesmo sentido: Ap. Cív. n. 44.869, relator Des. Newton Trisotto, TJSC, j. de 21/2/1995.

Acerca da pretendida desocupação do imóvel, por força do disposto no § 1º do art. 4º da Lei n. 5.741/71, cumpre ressaltar que não se tem notícia nos autos da relação existente entre a pessoa que ocupa atualmente o prédio e os devedores. Hipóteses possíveis seriam comodato, uma eventual compra e venda mediante “contrato de gaveta” ou locação, como bem sublinha o despacho recorrido. A propósito leciona Evaristo Aragão Ferreira dos Santos, ao anotar que, pela literalidade do texto legal (§ 1º do art. 4º da lei supra), o executado ou terceiro na posse do imóvel seria compelido a abandonar o bem do qual ainda era o proprietário, sem que tivesse oportunidade para oferecer defesa, pois tal desocupação ocorreria antes do oferecimento dos embargos.

“Justamente em função disto, pelo fato de o executado ser obrigado a desocupar um bem imóvel do qual ainda, indiscutivelmente, é o proprietário, antes mesmo que lhe fosse oportunizada a apresentação de qualquer defesa, é que os §§ 1º e 2º do art. 4º não foram recepcionados pela atual Constituição Federal.

“Estando o próprio mutuário ou terceiro na posse imediata do bem, o desapossamento somente terá lugar

após a regular arrematação ou adjudicação do imóvel. Até aí, a permanência do executado ou de terceiro possuidor será plenamente legítima”. E enfatiza:

“No que pertine, especificamente, à situação do terceiro possuidor, não se pode deixar de levar em consideração que sua posse do imóvel poderá, inegavelmente, ser justa e legítima (por exemplo na condição de locatário, comodatário, mandatário, usufrutuário etc.), o que por si só já impediria o desapossamento sumário, sem a oportunidade de regular defesa” (Processo de Execução e Assuntos Afins; coordenação de Teresa Arruda Alvim Wanbier, Ed. RT, 1998, págs. 209/210).

Para Araken de Assis, valendo-se da jurisprudência “o desapossamento do terceiro, que não figura como parte na execução hipotecária, infringe as garantias constitucionais do contraditório e do devido processo, conforme assinalou Victor Marins e julgou a 3ª Câmara Cível do TARS” (in Manual do Processo de Execução, 6ª ed., Ed. RT, pág. 792).

Portanto, o despacho guerrea-do também aqui se revela incensurável.

Por tais razões, nega-se provimento ao recurso e de ofício anula-se o processo ab initio, a fim de que o credor ajuíze a execução nos moldes legais.

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

Florianópolis, 28 de setembro de 2000.

*Alcides Aguiar,
Presidente e Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.020775-7, DE QUILOMBO

Relator designado: Des. Anselmo Cerello

Agravo de instrumento — Ação de revisão de contrato bancário — Recurso que ataca decisão que não acolheu pedido de proibição de protesto de título referente à cédula de crédito comercial — Restrição ao princípio constitucional do livre acesso à jurisdição — Admissibilidade — Recurso desprovido.

O deferimento liminar, a fim de que o credor abstenha-se de levar a protesto título de crédito, obstaculiza o direito de ação, garantido constitucionalmente.

“Não é cabível medida cautelar (ou tutela antecipatória) para impedir que a parte contrária ingresse em juízo com ação ou execução que tiver contra o requerente” (RSTJ 10/474, 12/418, 58/200 — STJ, RT 616/186, 663/190, 665/183).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.020775-7, da comarca de Quilombo, em que é agravante Madebroch Materiais e Construções Ltda. e outros, sendo agravado o Banco do Brasil S.A.:

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

Custas legais.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Madebroch Materiais e Construções Ltda. e outros contra decisão que, nos autos da ação de revisão de contrato bancário promovida contra o Banco do Brasil S.A., não acolheu pedido de proibição

de protesto de título referente ao débito em questão.

Pleitearam a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso.

À fl. 21 o ínclito Desembargador Xavier Vieira negou o efeito suspensivo almejado.

O Togado de primeiro grau prestou as informações que entendeu necessárias ao bom andamento do feito.

Em resposta (fls. 70/72), a parte acionada pugna pela manutenção do ato judicial hostilizado.

É o relatório.

Desmerece provimento a manifestação inconformista.

De fato, o r. despacho ora fustigado reveste-se do mais alto cunho de

judiciosidade, o que o torna inarredável.

Irresignaram-se os agravantes contra a decisão do ilustre Juiz a quo que não lhes concedeu tutela antecipada para fins de impedir protestos de títulos por eles devidos.

O protesto não se constitui em constrangimento ou ameaça, pois visa apenas à segurança na concessão de créditos.

Vale destacar a importância do crédito para o desenvolvimento da economia nacional, grande responsabilidade para o crescimento da nação.

Inicialmente, cumpre-me destacar que:

“O uso do protesto cambial é bastante antigo. Heitos Gomes de Paiva, responsável pelo verbete Protesto de Títulos de Crédito, no vol. 42, do Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, da Ed. Borsóí, com suporte em Thaller, afirma que fontes históricas, encontradas nos arquivos italianos, asseguram remontar à primeira metade do Século XIV a prática. Reportando-se a Goldschmidt, anota datarem tais documentos de 1335.

“Sorani, citado por Saraiva, em sua clássica obra *A Cambial* (2ª ed., Belo Horizonte, Imprensa Oficial de Minas, 1918, pág. 415), assegura datar de 14 de novembro de 1384 o mais antigo processo cambial conhecido, lavrado em Gênova pelo notário Theramo de Magiolo. Mas o festejado mestre brasileiro atesta conhecer protestos datados de 1335 e haver publicado, em seu livro *Direito Cambial Brasileiro*, o protesto de uma letra de câmbio, datada de 5 de outubro de 1339 (obviamente não se cuida de protesto tirado no Brasil).

“Dá conta, ainda, o mesmo autor, da existência de um documento normativo com vigência em Pisa, no ano de 1305, a incluir, entre as funções dos notários, a praesentatio e o protestatio litterarum, isto é, a apresentação e o protesto de letra.

“Finalmente, registra Saraiva referência feita ao Editto de Luiz XI, de 8 de março de 1462, na França, e por igual, forrado em Goldschmidt, observa haver sido o protesto conhecido na Alemanha, no Século XVI.

“As informações de Saraiva têm o aval de Carvalho de Mendonça, a recomendar sua consulta sobre as fontes históricas do protesto (*Tratado de Direito Comercial*, vol. V, Rio de Janeiro, 1.022, pág. 422).

“Entre nós, como igualmente em Portugal, antes do Código Comercial de 1850 e do Regulamento 737, do mesmo ano, não havia lei a respeito do protesto. Vigia o alvará de 19 de outubro de 1789, a regular o termo de denúncia dos protestos. Antes desse alvará, em Portugal e no Brasil, o assunto era objeto de usos e costumes do comércio, sendo certo que, em Lisboa, se achava estabelecido um ofício privativo de Escrivão dos Protestos, privilégio que a Bahia também teve, com a criação de um Tabelionato de Protestos, através de lei sem numeração conhecida, de 15 de novembro de 1827, tudo conforme se lê nos *Princípios de Direito Mercantil e Leis da Marinha*, de José Silva Lisboa, o nosso Visconde de Cairu, t. II, Rio, Tipografia Acadêmica, 1874, págs. 369/373 e 442.

“Sem dúvida, esse é o primeiro cartório especial de protestos de títulos do Brasil.

"Na verdade, o protesto nasceu com o surgimento do primeiro estágio de evolução cambial, o chamado período italiano, que vai de 1300 a 1700, onde floresceu o título, como expressão do contrato de câmbio, traettizio (Dicionário Prático del Diritto Privato, de Vitorio Scialoja, vol. I, A-Cav, verbete Cambiale, de Eduardo Piola Caselli, Milão, Casa Ed. Dr. Francesco Vallardi, págs. 611/690).

"O protesto, assim, é criação dos dois últimos séculos da Idade Média e, cá no Brasil, já veio incorporado aos estilos de comércio e à cultura dos descobridores.

"O pernambucano Mauro Grinberg, entretanto, em recente monografia sobre o protesto, inova ao propor a seguinte definição: 'Protesto, na verdade, é a lavratura em livro próprio e de maneira formal, de declaração do oficial de que chamou o devedor de um título de crédito para aceitá-lo ou pagá-lo, não tendo sido atendido o chamado' (Protesto Cambial, SP, Saraiva, 1983, pág. 2).

"Descobriu-se cedo que o protesto não oferece qualquer dificuldade para o portador do título: é só entregar ao oficial de protestos, o protesto sai; enquanto que para o suposto devedor, o ônus da sustação, ou da posterior anulação, é grande. É certo que o prejudicado pode exigir o ressarcimento das perdas e danos, mas a demanda, além de onerosa, sempre exige consumo de tempo.

"A colenda Corte do País, porém, em construção jurisprudencial das mais felizes, como é do conhecimento de todos, admitiu o cancelamento do protesto, após o pagamento do título, como meio de apagar definiti-

vamente a mancha do título protestado, na vida, muitas vezes, irrepreensível, de pessoas e empresários corretos".

Em harmonia com a minha exposição, retorno a exaltar que podem ser levados a protesto os títulos cambiários, isto é, a letra de câmbio e a nota promissória, como aqueles outros, denominados por Pontes de Miranda de "cambiariformes", para designar os títulos de crédito assemelhados às cambiais.

Tais títulos cambiariformes chegam a quase 3 (três) dezenas de espécies, dentre as quais: o cheque, a duplicata, os títulos de crédito rural, criados pelo Decreto-Lei n. 167, de 14/1/67, os títulos de crédito industrial, criados pelo Decreto-Lei n. 413, de 9/1/69, os títulos de crédito comercial, o certificado de depósito bancário, a letra imobiliária, as debêntures, o warrant, o conhecimento de transporte, a cédula hipotecária, as contas judicialmente verificadas e vários outros.

Ademais, no que concerne à sustação de protesto dos títulos dos agravantes e a abstenção de tomada de medidas judiciais pelo agravado, afronta a garantia constitucional do livre acesso à jurisdição — art. 5º, inc. XXXV (AI ns. 96.008341-3, de Mafra, rel. Des. Trindade dos Santos; 96.002725-4, de Tijucas; 96.007667-0, de Campos Novos; 96.007181-4, de Balneário Camboriú, rel. Des. Eder Graf; 96.005243-7, de Itajaí; 96.004045-5, de Campos Novos, dentre outros).

"A sustação liminar de protesto somente obtém respaldo legal em hipóteses excepcionais, dentre as quais se incluem a irregularidade na emissão do título, a comprovada inexistên-

cia de relação jurídica entre as partes ou o pagamento do débito.

“Assim, não há como sustar-se protesto de título regularmente emitido e embasado em ajuste contratual desprovido de qualquer vício extrínseco, apenas com esteio no inconformismo manifestado pelos devedores, via ação de cunho declaratório, com os patamares atingidos pela celebração avençada, ao entendimento de serem extorsivos e abusivos os encargos a cuja imposição aderiram eles” (AI n. 98.009380-5, de Lages, Des. Trindade dos Santos, j. 9/2/99).

Neste tom, o Agravo de Instrumento n. 196159636 — Quarta Câmara Civil — São Borja — TARGS — 1996, apud Ajuris:

“A discussão judicial da avença tem a propriedade de afastar os efeitos da mora, descabendo, assim, lançar o nome do devedor em cadastros das centrais de restrição do crédito, bem como levar a aponte títulos decorrentes do contrato”.

No que pertine à vedação ao protesto dos títulos, temos:

“A decisão que susta o protesto de título, enquanto pendente a lide que objetiva rever cláusula contratual, não se revelando prejudicial ao titular do crédito, nem se tratando de protesto necessário, nem obstativo do direito de acesso ao Judiciário, não se mostra ilegal ou inconstitucional” (Agravo de Instrumento n. 96.006996-8, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar).

De fato, tem decidido este egrégio Órgão Judicante:

“Agravo de instrumento — Recurso que ataca decisão que em ação

de revisão de cláusulas e condições contratuais, cumulada com sustação de ação de reintegração de posse e fixação de condições que estabeleçam o equilíbrio contratual, concedeu tutela antecipada liminarmente — Inadmissibilidade — Ausência de demonstração de prova inequívoca do alegado e sua verossimilhança e da irrecurribilidade, caso seja negada — Tutela antecipada, manejada como cautelar — Agravo provido — Decisão que concedeu tutela — Antecipatória reformada.

“Não é cabível medida cautelar (ou tutela antecipatória), para impedir que a parte contrária ingresse em juízo com ação ou execução que tiver contra o requerente” (RSTJ 10/474, 12/418, 58/200 — STJ, RT 616/186, 663/190, 665/183).

“Não se presta a tutela antecipatória para sustar os efeitos decorrentes de descumprimento de contrato de leasing (arrendamento mercantil), a pretexto de revisão de cláusulas contratuais e de incidência de indexadores e discussão de taxa de juros, dado o caráter constitutivo que se reveste este tipo de ação, afastando a comprovação inequívoca da verossimilhança do postulado e da irreversibilidade do status, caso não seja concedida a medida” (AI n. 96.004100-1, Tijucas, de minha modesta lavra).

E ainda:

“Contrato bancário. Ação revisio-nal. SPC, Serasa, Cadin.

“A inscrição do nome do devedor junto a tais órgãos de proteção ao crédito pode causar prejuízos e danos irreparáveis ao contratante, sendo devida, por cautela, a concessão da limi-

nar a fim de que haja abstenção para tal inscrição.

“Protesto de título.

“O deferimento de cautela antecipatória, a fim de que o credor absteinha-se de levar a protesto título de crédito, obstaculiza o direito de ação, garantido constitucionalmente.

“Agravado provido em parte” (Agravado de Instrumento n. 197058480, 2ª Câmara Cível do TARS, Porto Alegre, rel. Carlos Alberto Bencke, j. 5/6/97).

“O protesto de títulos, bem como a inscrição do nome do devedor em organismos protetivos do crédito aos quais esteja afiliado o credor, têm respaldo legal, pelo que não podem ser antecipadamente vedados ao titular do crédito, sob pena, inclusive, de ofensa ao enunciado constitucional apontado no art. 5º, inciso XXXV, da Magna Carta” (AI n. 96.000492-0, de Lages, rel. Des. Trindade dos Santos, in DJE de 7/11/96).

“Não é cabível medida cautelar (ou tutela antecipatória), para impedir que a parte contrária ingresse em juízo com ação ou execução que tiver contra o requerente” (RSTJ 10/474, 12/418, 58/200 — STJ, RT 616/186, 663/190, 665/183).

“Liminar que impede o acesso à ação judicial, por violar direito constitucionalmente assegurado a qualquer cidadão (art. 5º, XXV, da CF), não prevalece” (AI n. 9.101, rel. Des. Newton Trisotto, publ. no DJ de 13/6/95).

“A decisão que susta o protesto de título, enquanto pendente a lide que objetiva rever cláusula contratual, não se revelando prejudicial ao títu-

lar do crédito, nem se tratando de protesto necessário, nem obstativo do direito de acesso ao Judiciário, não se mostra ilegal ou inconstitucional” (Agravado de Instrumento n. 96.006996-8, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar).

De tudo quanto foi exposto, algumas conclusões podem ficar alinhadas, senão vejamos:

Ao receber o título com o endosso-mandato, o Banco fica autorizado a exercer os direitos do mandante, agindo sempre em nome e por conta deste, mas nunca em benefício próprio. Poderá assim a instituição financeira mandatária apresentar o título a aceite, efetuar a cobrança, receber a soma devida, requerer o protesto, propor ação, promover a anulação nos casos previstos na lei cambial, exibir a duplicata ao sacado e praticar todo e qualquer outro ato que, podendo ser realizado diretamente pelo mandante, passa a sê-lo pelo banco mandatário, que agirá sempre por conta e ordem do endossante-mandante.

Inegável ser efetivado o protesto pela ação do notário, per opera, como dizem os italianos; porém, irrefutável que, sem a ação do portador a entregar o título ao oficial, não há protesto.

Mauro Grinberg, após realçar, com razão, a necessidade de apresentação do título, mesmo por avisos, como as correspondências bancárias, consagradas pelo uso, esclarece: “O protesto tem a função de provar, de forma solene, a diligência do credor de cobrar o título junto ao sacado de letra de câmbio ou ao emitente de nota promissória” (ob. cit., pág. 121).

“Entender diferente seria simplista e conduziria a conseqüências anárquicas, porque tudo aquilo que conduz o jurista para o casuísmo ou para a emocionalidade ou para o verbalismo é anárquico, técnica e cientificamente” (J. J. Calmon de Passos, Comentários ao art. 797 do CPC, vol. X, tomo I, RT, pág. 83).

Em harmonia com a minha exposição, retorno a exaltar o protesto como meio probatório, por excelência, do não-cumprimento das obrigações cambiais, em concerto com sua conceituação clássica, e como medida assecuratória de direitos regressivos contra os endossadores do título e outros coobrigados, assim como, de lege ferenda, de instrumento de interrupção de prazos prescricionais.

Para mim a impontualidade comprovada, melhor dito, o inadimplemento, é fato consumado e irreatável.

“Aquele que deixou de cumprir no tempo devido obrigação líquida, portanto não viciada ou improcedente, tornou-se definitivamente inadimplente em relação a essa obrigação descumprida” (Títulos de Crédito, 2ª ed., Rio, Forense, 1977, pág. 301).

Frise-se ainda que o voto do eminente relator é no sentido de se retirar o nome da agravante do Serasa e não os títulos protestados para discutir em ação de revisão o contrato, o que, a toda evidência, data venia, não pode prosperar, porquanto a empresa agravante não efetuou o depósito da parte incontroversa e sequer prestou caução.

Nesse sentido a jurisprudência:

“Agravamento de instrumento — Serviço de Proteção ao Crédito — Serasa

— Inscrição — Exercício lícito de um direito.

“Não há como se entrever qualquer prática ilegal ou abusiva na remessa de informes acerca de devedores inadimplentes nos cadastros dos órgãos controladores, a exemplo do Serasa, que, desenvolvendo atividades tendentes à proteção e segurança do sistema creditício, atividades essas que gozam de autorização legal, inclusive do Código de Defesa do Consumidor (art. 43). Mesmo que tenham os inadimplentes ajuizado ação revisória do contrato inadimplido, a anotação de seus nomes nos cadastros dos organismos de proteção ao crédito não é ato reprovável, quando o devedor, reconhecidamente em mora, não promove qualquer depósito ou oferece qualquer garantia, que assegure a eventual satisfação da obrigação, na hipótese de insucesso da demanda declaratória, optando por, simplesmente, aguardar o julgamento da lide’ (AI n. 98.009036-9, Des. Trindade dos Santos)” (Agravamento de Instrumento n. 98.014733-6, de Descanso, rel. Des. Newton Trisotto).

Finalmente, vale dizer que não se pode obstar o direito de acesso ao Judiciário, porquanto “o poder geral de cautela do Juiz não é ilimitado ao ponto de impedir o exercício de um direito genericamente assegurado pela Constituição e especialmente previsto no ordenamento jurídico, possibilitando ao credor de título líquido, certo e exigível o ajuizamento da respectiva ação de execução” (STJ, REsp n. 2.795, rel. Min. Cláudio Santos).

A abstenção de se proceder a protesto de qualquer título de crédito, cobrança judicial e outras providências

coercitivas incompatibiliza com o sistema jurídico e norma constitucional, diante do que dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (de executar seu crédito ou tentar protestar o título que o representa), facultando-se ampla resposta para impugnação à pretensão, se ilegal.

Diante de tal contexto, desprovejo o recurso.

É o voto.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu.

Florianópolis, 14 de setembro de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente e relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu:

Divergi da doutra maioria por entender que o protesto não constitui pressuposto ou condição para o exercício do direito de ação, e que havendo discussão razoável da dívida, apresenta-se o protesto — bem como a inscrição nos cadastros de proteção ao crédito —, como medida de exceção, voltada a expor e constringer o devedor.

Diante dessa orientação é que votei pela procedência do agravo.

Cesar Abreu.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.005916-2, DE BLUMENAU

Relator: Des. Gaspar Rubik

Ação de indenização com pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Possibilidade em casos especialíssimos. Tratamento médico-hospitalar de criança vítima de desabamento de muro em colégio estadual. Estado de saúde extremamente debilitado, decorrente de traumatismo craniano, inclusive com perda da visão, a necessitar de especiais cuidados maternos. Pessoa de poucos recursos e temporariamente impossibilitada de trabalhar. Pensão alimentícia destinada à sua subsistência, abrangendo despesas com deslocamento do infante ao hospital. Obrigação do Estado. Inteligência dos arts. 5º, 6º e 196 da Constituição Federal e 153, II, da Constituição Estadual. Decisão que antecipou a tutela confirmada. Agravo desprovido.

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), 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: o respeito indeclinável à vida” (STF, Min. Celso de Mello).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.005916-2, da comarca de Blumenau (3ª Vara Cível), em que é agravante o Estado de Santa Catarina, sendo agravado J. R. M., representado por sua mãe, M. de L. M.:

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

Custas legais.

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, desferido contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Blumenau que antecipou a tutela pleiteada por J.R.M., representado por sua genitora, M. de L. M., na ação de indenização com pedido de tutela antecipada que promove contra o Estado de Santa Catarina, determinando que este lhe fornecesse, provisoriamente, tratamento médico-hospitalar, além de transporte necessário ao seu deslocamento e pensão alimentícia de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), até que possa ficar em casa sozinho, sem necessitar dos cuidados especiais de sua mãe, possibilitando a ela então o retorno ao trabalho.

Na pugna pela reforma do decisório combatido, aduziu, em síntese, que a Lei n. 8.437/92 veda a concessão de liminares de cunho satisfativo contra a Fazenda Pública. Salientou, ainda, que todas as suas despesas, inclusive as judiciais, devem ser incluí-

das em lei orçamentária anual. Por fim, alegou que a decisão objurgada afrontou os arts. 100 e 165, § 5º, todos da Constituição Federal, bem como o efeito vinculante da liminar concedida pelo Excelso Pretório na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4.

Deferida a pretendida suspensão e prestadas as informações solicitadas, o agravado, devidamente intimado por meio de seu patrono, pugnou pela reconsideração da decisão e apresentou contraminuta, clamando pela manutenção do despacho verberado.

Instada a manifestar-se, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira, opinou no sentido do desprovimento do agravo.

É o sucinto relatório.

Desprovê-se o inconformismo recursal manifestado.

Com efeito, pois ainda que se reconheça que a antecipação de tutela, em geral, não é devida contra a Fazenda Pública, não é possível ignorar-se a disposição constitucional preconizada no art. 196 da Constituição Federal, segundo a qual “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”.

A Constituição do Estado também é imperativa ao estabelecer no

seu art. 153, inciso II, que é dever do Estado e direito de todos “informação sobre o risco de doença e morte, bem como a promoção e recuperação da saúde”.

De fato, o pedido do agravado, uma criança de apenas 11 (onze) anos de idade, é um pedido de socorro formulado ao Poder Público, diante do iminente perigo de perecimento de um direito que é o primeiro e maior do ser humano — a vida, em decorrência das lesões que sofreu — hematoma regial vular e nasal, sangramento digestivo, fratura de face, contusão cerebral, fratura exposta de fíbula e tíbia (fl. 31) —, e a perda total da visão do olho direito, que demandam tratamento médico-hospitalar, tratamento que ele, por ser de família de poucos recursos, não tem condições de custear. Além disso, sua genitora está impossibilitada, temporariamente, de trabalhar, porquanto dedica integralmente seu tempo aos cuidados especialíssimos de que ele necessita. Diante desse apelo extremo, não têm maior relevância as premissas pontuadas no campo jurídico-formal, em relação à satisfatividade da pretensão deduzida.

Vale lembrar que a sua situação é especialíssima, pois luta por um direito impostergável à preservação da sua vida, direito natural que não tem preço, mesmo para uma sociedade que transparece estar perdendo o sentido da solidariedade humana.

É da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Processual civil. Antecipação de tutela. Fazenda Pública. Legitimidade para figurar no pólo passivo da relação. Arts. 273 e 475, II, do CPC.

“Os comandos dos arts. 273 e 475, II, do CPC, não afastam a possibilidade de concessão de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública.

“Recurso não conhecido” (REsp n. 171258/SP, rel. Min. Anselmo Santiago, j. em 10/11/98, DJ de 18/12/98, pág. 425).

Neste ponto preciso parecer do culto Procurador de Justiça Dr. Luiz César Medeiros, no Agravo de Instrumento n. 97.002948-9, que trata de situação semelhante à dos autos:

“O agravante diz que a concessão da liminar nos termos em que foi proferida equivale a uma verdadeira antecipação de tutela. Não é assim. Mas ainda que fosse, preferível antecipar-se a esperança da vida do que abreviar o caminho da morte.

“Será possível que o Mandatário Estadual não perceba isso. Não se está diante de um perigo em tese, como o caso da miséria, da fome que mata, da mortalidade infantil, e tantos outros males que assolam nosso País. Esses, embora gravíssimos, infelizmente não podem ser solucionados através de um decreto judicial, como referem os julgados trazidos à colação. Uma pena, porque se isso fosse possível, se todos nós que militamos na Justiça pudéssemos tornar imperativas as normas constitucionais que guarnecem a vida dos cidadãos, rotuladas de meramente programáticas, certamente teríamos hoje uma situação bastante diferente.

“Como se disse antes, não se está diante de um perigo em tese e sim de um perigo concreto em que o tratamento com o medicamento indicado representa hoje a única esperança de vida do agravado. Nunca se viu

um periculum in mora tão candente: a própria morte da autora”.

Em situação análoga, defrontando-se com as mesmas perquirições e ansiedades, quando ante a defesa da vida era invocado o bem coletivo a ser preservado, pretensamente prevalente sobre o interesse individual em disputa, o eminente Ministro Celso de Mello, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, apreciando pedido de suspensão de liminar formulado pelo Estado de Santa Catarina, em petição n. 1.246-1, num histórico caso de mal de Duchene, amplamente noticiado pela imprensa, ao indeferir a pretensão, acentuou a defesa da vida e o imperativo de solidariedade humana como valores ético-jurídicos que se sobrepõem a outros interesses, ainda que relevantes, a recomendar ao julgador a única opção possível — o respeito indeclinável à vida.

Colhe-se do douto despacho, exarado em 31/1/97 (DJU 13/2/97), verbis:

“A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º

c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina”.

E prossegue:

“O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida”.

E conclui:

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), 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: o respeito indeclinável à vida.

“Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense — longe de caracterizar ameaça da ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo Estadual (...) — traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente à família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável”.

Nessa mesma linha, esta Corte de Justiça, em aresto da lavra do emi-

nente Des. Xavier Vieira, no Agravo de Instrumento n. 97.007117-5, da Capital, proclamou:

“Com efeito, a concessão de cautela preambular depende de dois pressupostos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Reconhecidos esses requisitos, inexistente ilegalidade no deferimento da liminar que determina o pagamento de tratamento em caso inadiável.

“Por outro lado, se a medida cautelar de caráter satisfativo poderá trazer prejuízos de ordem patrimonial ao agravante, não menos preocupante é a situação do menor que pode ver agravado seu estado de saúde no decorrer do processo.

“Em caso análogo (AI n. 8.973, de Blumenau, relator o signatário), já foi dito que não é lícito ao juiz antecipar a pretensão de direito material mas em casos excepcionais e urgentes o Judiciário há de buscar nos princípios constitucionais e em nome deles meios eficazes de atender prontamente legítimos direitos em perigo, ainda que, para tanto, seja impedido a desprezar a dogmática processual estabelecida em legislação de inferior hierarquia. Também não deve prosperar a alegação da falta do requisito do *fumus boni iuris*, sob o argumento de que as normas constitucionais possuem caráter programático e que estão sendo destinadas ao interesse de particulares ao invés de tutelar o interesse geral da coletividade”.

Aliás, na espécie, a presença do *fumus boni iuris* é incontestável, eis que o pedido está fundado em normas constitucionais aplicáveis ao caso e em normas infraconstitucionais.

De outra parte, a alegação do Estado, intransigente no respeito à previsão orçamentária elaborada pela Casa Legislativa, de que não possui verbas para custear as despesas reclamadas, carece de fundamento.

Note-se que a liminar concedida não traz irrecuperável prejuízo financeiro ao erário, mormente quando a previsão orçamentária, ao contrário do que afirma o agravante, é passível de alterações.

Tal questão também foi muito bem analisada pelo eminente Presidente desta Corte, à época seu Vice-Presidente, Des. Xavier Vieira, no Pedido de Suspensão de Liminar n. 96.009529-2, da comarca de Criciúma, ao citar a obra “Contabilidade Pública”, de João Angélico:

“Para João Angélico, in *Contabilidade Pública*, Ed. Atlas, pág. 35, ‘Durante a execução orçamentária, o Poder Executivo pode solicitar ao Legislativo, e este conceder, novos créditos orçamentários. Eles serão adicionados aos créditos que integram o orçamento em vigor. Por essa razão, denominam-se créditos adicionais.

‘Os créditos adicionais aumentam a despesa pública do exercício, já fixada no orçamento.

‘A fim de não prejudicar o equilíbrio do orçamento em execução, a lei determina que cada solicitação de crédito adicional será acompanhada da indicação de recursos hábeis (art. 43).

‘São considerados recursos hábeis: (...) III — os resultantes de anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais, autorizados em lei; (...) (art. 43)’.

“A Lei n. 4.320, de 17/3/64 (Lei Orçamentária), em seu título V, regula os créditos adicionais, classificando-os em suplementares, especiais e extraordinários (incisos I, II, III, do art. 41).

“No caso presente, trata-se de crédito pessoal, eis que os créditos especiais destinam-se a amparar programas novos que não figuram no orçamento”.

Sobre o tema, já decidiu esta Corte:

“Sendo a saúde direito e dever do Estado (CF, art. 196, CE, art. 153), torna-se o cidadão credor desse benefício, ainda que não haja serviço oficial ou particular no País para o tratamento reclamado. A existência de previsão orçamentária própria é irrelevante, não servindo tal pretexto como escusa, uma vez que o executivo pode socorrer-se de créditos adicionais.

“A vida, dom maior, não tem preço, mesmo para uma sociedade que perdeu o sentido da solidariedade, num mundo marcado pelo egoísmo, hedonista e insensível. Contudo, o reconhecimento do direito à sua manutenção (...) não tem balizamento caritativo, posto que carrega em si mesmo o selo da legitimidade constitucional e está ancorado em legislação obediente àquele comando.

“Por tais razões, indefiro a pretendida suspensão do ato jurídico oburgado” (Agravado de Instrumento n. 96.012721-6, de Araranguá, rel. Des. Xavier Vieira).

É oportuno ressaltar que a liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucio-

nalidade n. 4 sustou, temporariamente, tão-somente os efeitos do art. 1º da Lei n. 9.494, de 10/9/97, o qual dispõe que “Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei n. 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei n. 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992”, que dizem respeito, respectivamente, à concessão de medida liminar visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão ou aumento de vantagens; à proibição de medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias; e, por fim, à proibição de concessão de liminar em procedimentos cautelares ou de natureza preventiva contra a Fazenda Pública, hipóteses essas que, obviamente, não dizem respeito ao caso sob cinco.

Em face do exposto, o recurso é conhecido e desprovido, mantendo-se incólume o despacho verberado.

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. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 25 de maio de 2000.

João Martins,
Presidente com voto;
Gaspar Rubik,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.018982-1, DA CAPITAL**Relator: Des. Gaspar Rubik**

Alimentos provisórios. Fixação liminar em valor igual ao estabelecido por alimentante/alimentária em acordo extrajudicial, preservativo, presuntivamente, do binômio necessidade de uma/capacidade de outro, que é critério legal a ser observado (art. 400, CC). Elementos de prova desmistificadores, ademais, da afirmação de pobreza legal do devedor. Manutenção da decisão também indeferitória do pedido de assistência judiciária. Agravo desprovido.

“Os alimentos provisórios ou definitivos devem ser fixados segundo as necessidades e a condição social do alimentário, na medida das posses do alimentante. O insurgimento contra o quantum fixado provisoriamente, a título de alimentos, na ação de separação judicial, deve estar alicerçado em elementos probatórios aptos a demonstrar o desacerto da cautela, porquanto, nesta fase, é de presumir-se que o juiz, atento às realidades locais, se houve com prudente arbútrio ao estabelecer o valor” (Agravo de Instrumento n. 9.024, de São Bento do Sul, rel. Des. Eder Graf).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.018982-1, da comarca da Capital (1ª Vara da Família), em que é agravante R. B. G., sendo agravada K. R. G.:

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

Custas legais.

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedidos de efeitos suspensivo e ativo, interposto por R. B. G. contra decisões proferidas pelo Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões da comarca da Capital nos autos da medida cautelar inominada promovida por K. R. G., deferitórias, respectivamente, dos pedidos de separação de corpos, de guar-

da do filho menor do casal, de alimentos no valor de 8 (oito) salários mínimos e, ainda, indeferitória do benefício de assistência judiciária gratuita formulado pelo recorrente, que limita sua insurgência em relação às duas últimas.

Na pugna pela reforma do interlocutório objurgado alegou, em suma, que está impossibilitado de pagar os alimentos provisórios pactuados no acordo extrajudicial, por encontrar-se desempregado, e que, de outra parte, basta, segundo exige a lei, a afirmação de pobreza que fez, ou seja, de que não tem condições de arcar com as despesas processuais sem prejuízo de seu próprio sustento ou de sua família, para que lhe seja deferido o benefício da gratuidade de justiça.

Prestadas, pelo Juízo agravado, as informações solicitadas, dene-

gou-se o pedido de efeito suspensivo. A agravada, regularmente intimada em seguida, deixou de apresentar contraminuta.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Joel Rogério Furtado, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o breve relatório.

A irrisignação, com efeito, não procede.

Consoante a norma ínsita no art. 400 do Código Civil, “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”, o que significa dizer que dois fatores devem ser imperiosamente analisados: a possibilidade daquele que paga e a necessidade daquele que recebe.

A respeito leciona a acatada Maria Helena Diniz:

“Imprescindível será que haja proporcionalidade na fixação dos alimentos entre as necessidades do alimentando e os recursos econômico-financeiros do alimentante, sendo que a equação desses dois fatores deverá ser feita, em cada caso concreto, levando-se em conta que a pensão alimentícia será concedida sempre ad necessitatem”.

Emite o mesmo som o diapação do não menos respeitado Yussef Said Cahali, verbis:

“Assim, na determinação do quantum, há de se ter em conta as condições sociais da pessoa que tem direito aos alimentos, a sua idade, saúde e outras circunstâncias particulares de tempo e de lugar, que influem na própria medida; tratando-se de des-

cedente, as atitudes, preparação e escolha de uma profissão, atendendo-se ainda que a obrigação de sustentar a prole compete a ambos os genitores. (...) a obrigação alimentar não se presta somente aos casos de necessidade, devendo-se considerar a condição social do alimentado, ter-se-á em conta, porém, que é imprescindível a observância da capacidade financeira do alimentante, para que não haja desfalque do necessário ao seu próprio sustento” (Dos Alimentos, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pág. 557).

Na espécie, pelo que se apreende das peças do conjunto probatório que, por cópia, instrumentalizam o reclamo, a fixação provisória da verba alimentar em 8 (oito) salários mínimos ao raiar da ação atendeu os requisitos desse binômio indissociável possibilidade/necessidade, porquanto ateuve-se rigorosamente ao valor que o próprio recorrente propôs pagar em acordo extrajudicial celebrado com sua anterior companheira, ora agravada, que, por seu turno, aceitou-o, certamente por atender suas necessidades.

Ressalte-se, por oportuno, que não aproveita ao agravante o fato de ter demonstrado, por sua carteira de trabalho, que está desempregado, porquanto, como bem enfatizado pelo douto prolator do decisum fustigado, mesmo após a sua demissão assinou o acordo de fls. 19/21, o que induvidosamente justifica e traduz, de certa forma, como verazes as afirmações da agravada de que presta ele serviços a diversas empresas de computação, na condição de autônomo, e percebe em torno de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) mensais. Aliás,

nem poderia ser diferente, porquanto não é crível que tenha sido tão irresponsável a ponto de firmar um acordo prontificando-se a pagar pensão correspondente a 8 (oito) salários mínimos, se soubesse de antemão que não teria condições de honrar o compromisso.

Nesse contexto, obviamente só se pode concluir que referido pacto era norte seguro a guiar o magistrado na fixação da verba alimentar, até porque prova outra melhor a derruir a presunção de sua capacidade financeira, e que era de seu encargo, não produziu ele. Antes pelo contrário, pois alguns dos documentos encartados nos autos, precipuamente os de fls. 60 e 63/65, estão justamente a confortar aquelas assertivas da agravada.

Ora, como tem decidido esta Corte:

“A simples alegação de que não possui recursos suficientes para acudir ao encargo alimentar provisório imposto judicialmente e desacompanhada de qualquer prova dessa pretensa impossibilidade não merece acolhimento” (AI n. 96.010889-0, da Capital, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. em 6/6/97).

Quanto ao pedido de assistência judiciária, embora se reconheça razão ao agravante quando assevera que para a concessão do benefício basta, porque assim exige a lei, unicamente a declaração de pobreza legal do próprio pretendente, não há olvidar, contudo, que tal afirmação gera apenas presunção *iuris tantum* de incapacidade custeadora, que prevalece até prova em contrário, se porven-

tura os elementos existentes nos autos, inclusive indiciários e circunstanciais, já não estiverem a infirmá-la.

Na hipótese, como se observa, esses elementos antes referidos, e que já estão nos autos, eram e são mais que suficientes para afastar essa afirmação de hipossuficiência, a ponto de não poder suportar as custas do processo.

Sobre o assunto, em situação assemelhada, também já decidiu este Tribunal:

“Assistência judiciária. Declaração de pobreza feita pela requerente. Indeferimento. Presunção *iuris tantum*. Recurso que a discute. Apresentação, pela parte adversa, de documentos que a afastam. Ausência de provas capazes de infirmá-los. Recurso desprovido” (Agravado de Instrumento n. 98.003252-0, de Ituporanga, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 18/6/98).

À vista do exposto, só se pode concluir, evidentemente, pelo acerto do decisório agravado que, por consequência, não está a padecer de algum reparo.

E por tais razões, pois, desprové-se o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 1º de junho de 2000.

João Martins,
Presidente com voto;
Gaspar Rubik,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.020110-4, DE CANOINHAS**Relator: Des. Gaspar Rubik**

Antecipação de tutela. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais decorrentes de acidente de trânsito. Requisitos presentes. Verossimilhança e risco de dano comprovados. Manutenção da decisão que determinou a antecipação do pagamento de despesas médico-hospitalares e de pensão mensal. Agravo desprovido.

“A alta plausibilidade jurídica do pleito formulado na inicial, aliada à prova inequívoca dos fatos alegados e à inexistência de perigo de irreversibilidade da medida, emprestam à decisão antecipatória da tutela a legalidade necessária à sua manutenção, se do contrário possa resultar dano irreparável ou de difícil reparação àqueles que a postulam” (Agravo de Instrumento n. 96.011640-0, de Biguaçu, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. em 5/5/98).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.020110-4, da comarca de Canoinhas (2ª Vara da Fazenda Pública), em que é agravante Expresso Santa Catarina Ltda., sendo agravada Miriam Becker Castro:

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

Custas legais.

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, desferido contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca de Canoinhas, antecipatória dos efeitos da tutela perseguida por Miriam Becker Castro nos autos da ação de indenização que promove contra Expresso Santa Catarina Ltda.

Na pugna pela reforma da decisão objurgada, alegou o demandado, em suma, que para que seja antecipada a tutela é necessário que não haja

qualquer dúvida sobre a causa em análise. Aduziu, ainda, que o douto Magistrado equivocou-se ao relatar que teria ocorrido colisão entre os veículos, eis que somente a agravada, ao cair da moto, chocou-se com o caminhão. Sustentou, também, que houve omissão no despacho agravado no que tange à realização de perícia no tacógrafo do caminhão, comprobatória da redução de 80Km/h para 0Km/h no momento do sinistro. Por fim, ressaltou que a moto trafegava com os faróis apagados, infringindo norma insculpida no dispositivo do art. 40 do CTB.

Deferido o pedido de efeito suspensivo e não prestadas as informações solicitadas, a agravada, devidamente intimada por meio de seu patrono, apresentou contraminuta, na qual pleiteou a manutenção do interlocutório hostilizado.

É, na síntese do essencial, o relatório.

Improcede o inconformismo recursal manifestado, pois, não obstante tenha sido deferido o pedido de efeito suspensivo, a agravada trouxe novas provas aos autos que demonstraram, de forma inequívoca, os fatos mencionados na inicial da ação principal, de maneira a possibilitar a formação de um juízo de verossimilhança em torno de suas alegações, e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Com efeito, pois o art. 273 do Código de Processo Civil dispõe que “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I — haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; (...)”.

Prova inequívoca, segundo Humberto Theodoro Júnior, é aquela “que, por sua clareza e precisão, autorizaria, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor (mérito), se o litígio, hipoteticamente, devesse ser julgado naquele instante. Não a elide a possibilidade, também hipotética, de que contraprova futura possa eventualmente desmerecê-la. No momento, porém, da concessão da medida provisória, a prova disponível não deve ensejar dúvida na convicção do julgador” (Curso de Direito Processual Civil, 18ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1996, pág. 367).

Na hipótese em tela, o boletim de ocorrência apresenta duas versões sobre o sinistro: uma do condutor do caminhão, que afirmou que “parou seu veículo sobre a pista para aden-

trar a esquerda, em uma bifurcação ali existente, e avistou a longa distância o V—III, e quando efetuava a manobra observou que o V—III perdeu o controle vindo a cair sobre a pista de rolamento”; outra, do motorista do motociclo, que relatou que “transitava pela rodovia SC—303, sentido Canoinhas—Três Barras quando na altura do KM 7, o V—I e V—II cortou a sua trajetória, sendo que o mesmo veio a acionar o sistema de freio, vindo com isto a cair sobre a pista de rolamento”.

Tal prova elaborada pela autoridade policial possui presunção juris tantum de veracidade, podendo, pois, ser ilidida por melhor prova em contrário, inexistente na hipótese.

Da jurisprudência deste Tribunal:

“Apelação cível. Ação de reparação de danos. Laudo de acidente de trânsito conclusivo. Prova testemunhal conflitante. Prevalência da conclusão do laudo pelo princípio de presunção de veracidade, se não enfrentado por prova escorreita, firme e robusta. Indenização devida. Sentença confirmada.

“Em ação de indenização, proveniente de acidente de trânsito, o laudo policial, quando conclusivo e não destruído por prova firme e robusta, tem prevalência ante o princípio de presunção de veracidade e de credibilidade” (Apelação Cível n. 88.027674-9 (28.601), Xaxim, rel. Des. Solon d’Eça Neves, j. em 3/3/99).

In casu, analisando-a conjuntamente com a prova testemunhal coligida denota-se, em princípio, a responsabilidade do preposto da recorrente pelo evento danoso.

A respeito, a testemunha Patrícia Santos Ricardo consignou que “quando dos fatos tinha sua atenção voltada para o referido cruzamento; que observou quando o veículo ‘carreta’ indicado na inicial se dirigia ao trevo pela BR—280 no sentido da SC—303, sendo que referido veículo não reduziu a marcha e muito menos parou para adentrar a referida rodovia SC—303, momento em que também observou que uma motocicleta transitava pela SC—303, no sentido Canoinhas—Três Barras, a qual acabou por colidir com o rodado traseiro esquerdo do veículo caminhão; que após o impacto a moto permaneceu caída e o caminhão seguiu, inicialmente fazendo menção de parar no acostamento, que não foi feito, muito embora tenha o condutor do motociclo acionado para que o motorista daquele veículo assim o fizesse” (fl. 27).

Nesse contexto, chega-se à conclusão de que o motorista do caminhão agiu com culpa ao atravessar a rodovia sem obrar com as cautelas necessárias para tal manobra, eis que, como estabelece o art. 34 do Código de Trânsito Brasileiro, “O condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade”.

Irrelevante para afastar essa culpabilidade o fato de o condutor da motocicleta estar transitando sem a devida sinalização, pois, como consignou o motorista da agravante, ao parar seu veículo no trevo, avistou, a longa distância, a moto aproximando-se.

Assim, tal distribuição de ônus não implica em afastar o dever do recorrente de indenizar a agravada, que ficou tetraplégica.

Neste sentido tem decidido esta Corte:

“Agravado de instrumento. Ação de indenização por ato ilícito causado em acidente de veículos c/c pedido de tutela antecipada. Liminar concedida. Art. 273 do CPC, com nova redação dada pela Lei n. 8.952/94. Requisitos presentes. Manutenção da medida. Apelo improvido.

“A alta plausibilidade jurídica do pleito formulado na inicial, aliada à prova inequívoca dos fatos alegados e à inexistência de perigo de irreversibilidade da medida, emprestam à decisão antecipatória da tutela a legalidade necessária à sua manutenção, se do contrário possa resultar dano irreparável ou de difícil reparação àqueles que a postulam” (Agravado de Instrumento n. 96.011640-0, de Biguaçu, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. em 5/5/98).

Ainda:

“Antecipação de tutela. Ação de indenização por ato ilícito, decorrente de acidente de trânsito. Estabelecimento, desde logo, de pensão decorrente da morte da vítima em favor da viúva. Constituição de capital sobre o veículo de propriedade do réu, causador do acidente. Prova documental a demonstrar, de pronto, a verossimilhança do direito invocado e o periculum in mora, de modo a justificar a antecipação dos efeitos da futura sentença de procedência. Alegação de irreversibilidade da prestação. Irrelevância. Provimento parcial do recurso, para desconstituir a garantia inci-

dente sobre o veículo. Inteligência do art. 602 do CPC” (Agravo de Instrumento n. 97.015491-7, de Sombrio, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 26/3/98).

Ademais, conforme ensina o jurista Luiz Guilherme Marinoni, “sabe-se que para a concessão dos efeitos da tutela antecipatória, o julgador não necessita de prova suficiente para declarar a existência do direito da parte (o que só ocorrerá com a sentença de mérito), mas deverá apontar os elementos de prova suficientes para o surgimento de um convencimento do verossímil, até porque a relevância do fundamento da demanda é a relevância do *fumus boni iuris* e esta, a verossimilhança suficiente para a concessão da tutela” (ob. cit., págs. 67 e 69).

Mais adiante acrescenta o mestre:

“A vítima de acidente automobilístico que, em virtude de ato ilícito, fica impossibilitada de manter o seu próprio sustento, pode ter irreversivelmente prejudicados direitos fundamentais, como os direitos à saúde e à educação” (ob. cit., pág. 127).

Por tais razões, o agravo é desprovido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 8 de junho de 2000.

João Martins,
Presidente com voto;
Gaspar Rubik,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.021026-0, DE CONCÓRDIA

Relator: Des. Gaspar Rubik

Concurso particular de preferência. Crédito trabalhista e crédito com garantia real (cédula comercial). Execuções aparelhadas, com penhora sobre o mesmo bem. Solicitação pela Justiça Laboral de repasse de parte do valor da arrematação ocorrida no juízo comum. Desnecessidade da instauração de concurso, por deter o crédito trabalhista natureza especialíssima, com privilégio preferencial, inclusive sobre os créditos das fazendas públicas e os com garantia real. Circunscrição do juízo estadual, no exercício de atividade meramente administrativa processual, por incompetência para proferir qualquer decisão a respeito, a simplesmente ordenar a transferência do numerário requerido (STJ, CC 27454/SP, DJU de 24/4/2000, pág. 28). Despacho mantido. Nulidade por falta de fundamentação afastada. Agravo desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.021026-0, da comarca de Concórdia (2ª Vara Cível), em que é agravante Banco Meridional do Brasil S.A., sendo agravados Divecol Distribuidora de Veículos Concórdia Ltda. e outros:

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

Custas legais.

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, desferido contra decisões do Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Concórdia, que determinou a expedição de alvarás à Junta de Conciliação e Julgamento daquela Cidade, repassando-lhe, respectivamente, os valores de R\$ 66.088,20 e R\$ 21.597,75, obtidos na arrematação realizada nos autos da execução que o Banco Meridional do Brasil S.A. promove contra Divecol Distribuidora de Veículos Concórdia Ltda., Aires José Bortolini e Nelso Parizenti, não obstante a inexistência de penhora nas ações trabalhistas sobre o mesmo bem.

Na pugna pela reforma do interlocutório recorrido, argüiu, preliminarmente, a nulidade das decisões, por falta de fundamentação. No mérito, salientou a inexistência, no ordenamento jurídico pátrio, de levantamento liminar de quantia em favor de terceiro, mediante solicitação de outro juízo. Aduziu que em se tratando de execução contra devedores solventes é de aplicar-se a norma insculpida no art. 612 do Cânone Processual Civil.

Enfatizou que, mesmo estabelecido o concurso de credores, o vencedor deve receber diretamente do juízo onde se processou a arrematação e sob cuja jurisdição encontra-se o produto desta. Alegou a inexistência de concurso entre o seu crédito e os trabalhadores, haja vista que nas reclamações respectivas não foi promovida a penhora do imóvel arrematado. Por fim, sustentou que o título exequendo — cédula de crédito comercial —, por ter garantia hipotecária, goza do direito de preferência, oponível, inclusive, sobre outros créditos, ainda que privilegiados.

Após deferida a pretendida suspensividade, solicitaram-se informações ao douto Juízo a quo, que as prestou, tendo os agravados, no entanto, apesar de devidamente intimados, deixado transcorrer in albis o prazo para a oferta de contraminuta.

É o relatório.

Não procede, e por isso rejeita-se a argüida nulidade da decisão impugnada por falta de fundamentação, ao mesmo tempo em que se desprovê o reclamo recursal, porque em exame mais cuidadoso a que se submeteu a documentação que o instrumentaliza chega-se à inarredável conclusão de que não empresta ela o necessário substrato jurídico para suportar a argumentação estrutural em que está ele embasado.

Com efeito, pois analisando-se o documento de fl. 54, encaminhado pela Juíza Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Concórdia, verifica-se que, ao contrário do sustentado na petição de recurso, houve penhora sobre o mesmo bem também pelos credores trabalhistas e

não apenas pelo ora agravante, fato que ensejou, inclusive, o ajuizamento de embargos de terceiro por este, de sorte a aplicar-se à espécie a lição do renomado processualista Ernane Fidélis dos Santos, segundo a qual, “nos casos de privilégio extraordinário, como nas hipóteses do crédito trabalhista e do crédito fiscal, a preferência é ampla e incide sobre todos os outros créditos, inclusive os de garantia de direito real. Mas, em se tratando de privilégio e não de direito real, a participação preferencial do crédito só ocorre se, até o momento do pagamento, o bem ou o produto, estiver também penhorado. O mesmo ocorre com as outras espécies de créditos privilegiados. Só participam do concurso de preferências, caso tenham sido executados, com os mesmos bens penhorados” (Manual de Direito Processual, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1993, pág. 201).

Diante disso, a preferência é, inequivocamente, do crédito trabalhista, sendo irrelevante perquirir sobre a anterioridade ou não da penhora realizada na Justiça comum, ou, até mesmo, sobre o fato de o agravante gozar de crédito com garantia de direito real. E, em assim sendo, ante a solicitação do Juízo trabalhista de repasse de parte do numerário arrecadado com a arrematação realizada no Juízo comum, da qual tomou conhecimento, não cabia ao magistrado estadual outra providência que não a de, no simples exercício de sua atividade administrativa processual de que se serviu, determinar pura e simplesmente o repasse solicitado, sem qualquer decisão a respeito, por faltar-lhe competência para tanto, como, aliás, já pontificou a egrégia Corte Superior de Justiça, *in verbis* :

“Processual civil. Conflito de competência. Juiz estadual versus juiz trabalhista.

“1 — O crédito trabalhista tem preferência privilegiada, assumindo posição hierárquica superior ao da Fazenda Nacional.

“2 — Penhora de quantias provenientes de leilão em executivos fiscais que foram feitos por juízo trabalhista, tudo procedido no rosto dos autos.

“3 — Execução definitiva da reclamação trabalhista.

“4 — Competência exclusiva do juiz trabalhista para determinar a transferência dos valores penhorados para conta judicial sob seu controle, a fim de proceder à liquidação da sentença, pagando as quantias a que os reclamantes têm direito.

“5 — Conflito de competência conhecido, reconhecendo-se a incompetência do juiz estadual para proferir qualquer decisão a respeito, cabendo-lhe, apenas, no exercício de atividade administrativa processual, ordenar a transferência do numerário” (1ª Seção, CC 27454/SP, rel. Min. José Delgado, DJ de 24/4/2000, pág. 28).

Já anteriormente, embora não tão incisivamente, apesar de apontar para o mesmo norte, assim vinha pronunciando-se reiteradamente aquele colendo Areópago:

“Execução fiscal. Concurso de credores. Bem gravado por cédula de crédito. Penhora. Possibilidade.

“A Fazenda Pública, na cobrança judicial da dívida ativa, não está sujeita a concurso de credores. O crédito tributário prefere a qualquer outro,

ressalvados, apenas, os decorrentes de legislação trabalhista.

“Os bens gravados com hipoteca oriunda de cédula de crédito podem ser penhorados para satisfazer o débito fiscal.

“Recurso improvido” (1ª Turma, REsp n. 222142/SP, rel. Min. Garcia Vieira, j. em 29/11/99).

“Conflito de competência. Execuções concorrentes. Preferência.

“I — Recaindo sobre o mesmo bem do devedor penhoras em execuções trabalhistas e fiscal, a preferência é do crédito trabalhista. Havendo saldo na liquidação, este reservar-se-á em favor do credor fiscal.

“II — Conflito conhecido. Competência do juízo suscitado” (RSTJ 13/67).

Este Tribunal igualmente já decidiu sobre a matéria:

“Agravado de instrumento. Execução fiscal. Penhora e alienação de bens. Titulares de créditos trabalhistas que se habilitam ao recebimento do produto da arrematação, porque no processo instaurado na justiça especializada não foram encontrados bens do

devedor. Admissibilidade de tal habilitação e seu deferimento dada a preferência do crédito trabalhista sobre qualquer outro, em razão do seu caráter social” (Agravado de Instrumento n. 3643, de Xaxim, rel. Des. Norberto Ungaretti).

Deflui, portanto, do exposto que a carência de fundamentação do despacho não o enodou de nulidade na hipótese, pois cumpria ao Magistrado limitar-se a determinar atendimento à solicitação que lhe fora feita, sem qualquer discussão, eis que, em assim o fazendo, estava agindo com inteiro acerto, consoante a orientação transcrita.

E é por essas razões, pois, que se mantém o despacho atacado, desprovendo-se, conseqüentemente, o inconformismo recursal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 1º de junho de 2000.

João Martins,
Presidente com voto;
Gaspar Rubik,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.004757-0, DE TUBARÃO

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Processual civil. Valor da causa. Possibilidade de fixação, de ofício. Consignação em pagamento. Contrato em dólar. Pretendida fixação do valor pela cotação do dólar do dia do contrato.

Por se tratar de questão de ordem pública, o valor da causa pode ser alterado pelo magistrado ex officio, mormente em razão das conseqüências que advirão, tais como a fixação da competência e o valor dos honorários.

O valor da causa deve corresponder ao benefício que busca o autor pela prestação jurisdicional. Discutindo-se todo o negócio jurídico, v. g., em ação de rescisão contratual, o valor da ação é o valor do negócio. Entretanto, quando o litígio versar apenas sobre parte do negócio, tal fração revelará o valor da causa.

Valor da demanda “não é o valor do objeto mediato da demanda, nem da causa petendi isoladamente considerados, mas da combinação dos dois elementos, ou seja, é o valor daquilo que se pede, considerado em atenção à causa petendi, isto é, a relação jurídica baseada na qual se pede; é o valor da relação jurídica, nos limites, porém, do petitum” (Giuseppe Chiovenda).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.004757-0, da comarca de Tubarão, em que é agravante Clínica Ortopédica Tubarão, sendo agravado Picker International Inc.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso, alterando o valor da causa, de ofício.

Custas da lei.

1. Clínica Ortopédica Tubarão Ltda. interpôs agravo de instrumento da decisão que, em incidente de impugnação ao valor da causa em ação consignatória que lhe move Picker International Inc., determinou a retificação da petição inicial, fixando como valor da causa o valor integral do contrato.

Alega a agravante, em sua insurgência, que o valor da causa na ação de consignação em pagamento deva ser o correspondente ao valor de uma prestação anual.

Denegado o efeito suspensivo, na contraminuta, a agravada pugnou pelo desprovimento do recurso, enfatizando que a ação originária versa

sobre a revisional do contrato. Nesse caso, deve ser observado o preceituado no art. 259, V, do CPC, sendo o valor da causa equivalente ao valor do contrato.

2. Nega-se provimento ao recurso. Contudo, altera-se o valor da causa, de ofício.

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento contra decisão que, em sede de incidente de impugnação ao valor da causa, interpretou que o valor da ação seria o valor do contrato.

Sustenta o agravante que, por se tratar de pleito consignatório com intuito revisional, o valor da lide deve corresponder ao valor de uma prestação anual.

Sem razão o agravante, porque, examinando-se a exordial da ação consignatória, apesar de restar evidente a natureza revisional da ação, não se requer a revisão de todo o contrato. Isso porque o que lá se pretende é a nulidade das cláusulas contratuais que determinaram o pagamento em dólar americano, com a consignação do montante que entende devido.

Consoante lição de Luiz Rodrigues Wambier:

“Na petição inicial, a causa de pedir é elemento identificador da ação, mostrando-se como indispensável delimitador da atividade jurisdicional que se seguirá. Inobstante seja sabido que é o pedido que delimita a parte decisória da sentença, não se olvide que aquele decorre da exposição fática e da argumentação jurídica subsequente. Portanto, tanto o pedido quanto seu suporte fático é que se mostram como delineadores da abrangência do provimento jurisdicional a porvir” (grifou-se) (Curso Avançado de Processo Civil, 2ª ed., São Paulo, RT, 1997, vol. 1, pág. 295).

Dessarte, apesar de nominada como “ação de consignação em pagamento”, resta evidente o caráter revisional da actio.

É inadmissível a mudança pretendida, todavia, modifica-se o valor da causa, de ofício.

Veja-se, *prima facie*, a possibilidade de o magistrado alterar o valor da causa, ajustando-o aos ditames legais, por se tratar de questão de ordem pública, visto que daí decorrem conseqüências como a fixação da competência, por exemplo. A doutrina e a jurisprudência mais abalizadas pronunciaram-se nesse sentido, sem embargo de eventual divergência:

“Não havendo impugnação, presume-se aceito o valor atribuído à causa na inicial, mas pode o juiz mandar retificá-lo de ofício quando evidentemente fixado em desacordo com a lei, uma vez que ao juiz compete velar pela regularidade procedimental” (Greco Fº, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, vol. 2, pág. 97).

“Se se tratar de causa cujo valor é taxativamente determinado na lei, a infra-

ção tanto pode ser alvo de imediata corrigenda do juiz, de ofício, como de impugnação do réu. No caso, porém, de ambos silenciarem, deixando passar a ocasião, nem por isso o valor se tornar definitivo, salvo quanto aos atos passados, podendo vir a ser retificado mais tarde, uma vez que não se opera, em tais casos, a preclusão” (2º TACivSP, 2ª Câmara, AI n. 178.765, rel. Juiz Pércio Mancebo, j. em 25/2/1985).

“Se a lei estabelece o valor da causa, pode o juiz alterá-lo se o autor estimar-lhe arbitrariamente ou erradamente? Não há dúvida, pois é pacífico na doutrina e na jurisprudência prevalecer sempre o valor legal, mesmo que não tenha havido impugnação da outra parte (in RT 372/237, 391/169, 429/206). A propósito, o TASP já decidiu certa vez que, ‘tratando-se de causa para a qual a lei estabelece valor certo, não tem o autor a faculdade de estimá-lo arbitrariamente, pouco importando que não tenha havido impugnação da outra parte’” (RT 394/213).

E ainda:

“Caberá sempre ao juiz analisar e decidir se mantém ou altera o valor da causa, independentemente de contestação. A preclusão ocorre somente para a parte e não para o juiz.

“Nada obsta que o impugnado aceite ou reconheça o valor estimado na impugnação, mas o juiz não está a isso vinculado e nada impede que ele decida de forma diferente, já que a matéria é de direito público e não fica sujeita ao livre arbítrio e ao conluio entre as partes” (Souza, Gelson Amaro de. Do Valor da Causa, págs. 124/125).

Nessa senda, cumpre examinar o correto valor da causa, tendo em vista os preceitos legais vigentes.

Ensina Chioyenda que o valor da causa deve sempre ser o valor da demanda, explicitando que esse, por sua vez, "não é o valor do objeto mediato da demanda, nem da causa petendi isoladamente considerados, mas da combinação dos dois elementos, ou seja, é o valor daquilo que se pede, considerado em atenção à causa petendi, isto é, a relação jurídica baseada na qual se pede; é o valor da relação jurídica, nos limites, porém, do petitum por exemplo, posso pedir em juízo a entrega de um imóvel a título de locação ou a título de propriedade; o objeto da prestação é o mesmo, mas a causa petendi não o é; muito diverso é o valor das duas lides" (Chioyenda, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, vol. 2, págs. 161/162).

Dessarte, o valor da causa deve corresponder à estimativa do benefício a ser alcançado. Em outras palavras, valor da causa é o ganho econômico que se persegue com a ação.

Daí por que se equivoca o agravante ao pretender que tal valor seja fixado em razão de uma prestação anual ou semestral, porquanto, para que seja reconhecido esse direito, faz-se mister a anulação da cláusula contratual que convencionou o pagamento em moeda norte-americana. Dito de outro modo, o autor não pretende apenas consignar os valores que entende devidos; quer mais, deseja que o contrato, outrora fixado em dólar, tenha seu valor corrigido para a moeda nacional. Vale dizer: o valor das prestações diminuirá.

Assim, não se pode crer que o benefício econômico que perceberá o agravante seja apenas o equivalente a uma prestação anual.

Uma vez declarada a nulidade da cláusula de câmbio, inelutavelmente advirá benefício econômico à parte com a redução do valor monetário das prestações devidas.

Por tais motivos, o valor da causa não há de ser o valor integral do contrato como quer fazer crer o agravado, lastreado no art. 259, V, do CPC, vez que não se pede a desconstituição total do pacto. A expressão "valor do contrato" de referido artigo deve ser entendida cum grano salis, pois se foi requerida a diminuição do valor das prestações, pela incidência de cotação antiga da moeda estrangeira, o valor da causa deve ser o valor da diminuição pretendida.

Ademais, o Projeto de Reforma do Código de Processo Civil já deu nova redação ao art. 259, V, assegurando que na ação de consignação em pagamento o valor da causa será o correspondente ao débito do qual se quer liberar o autor. Nesse sentido, Moniz de Aragão leciona elucidativamente:

"Suponha-se que, nos termos do art. 1.105 do Código Civil, o comprador 'em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato', ou, na conformidade do art. 1.136, não querendo 'reclamar a rescisão do contrato', se contente unicamente com o 'abatimento do preço'; em tais casos, o valor da causa só poderá ser o da parte do preço cujo abatimento é pedido.

"A não fazer tal distinção, chegar-se-ia ao absurdo de identificar duas hipóteses que a lei distingue nitidamente: uma, em que o comprador pede a rescisão do contrato, causa cujo valor só poderá ser o do contrato; outra, em que o pedido se restringe a uma diminuição da quantia paga e consequen-

te devolução da importância, cujo valor só poderá ser o do reembolso pedido” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 322).

Portanto, se o valor global do contrato, conforme se depreende da peça de fl. 8 e segs., é de US\$ 1.877.000,00, o valor a que, a priori, estaria obrigado a agravante seria de R\$ 3.204.977,50, de acordo com a cotação do dólar na data da propositura da ação (R\$ 1,707,50).

Desse modo, pretendendo seja o valor do contrato estipulado em função da cotação do dólar da data da celebração do contrato (R\$ 1,067,70), o valor da obrigação reduzir-se-ia para R\$ 2.004.072,90. Em outras palavras, haveria uma diminuição de R\$ 1.200.904,60, que, por ser a pretensão econômica visada pelo agravante, deve ser estipulada como valor da ação.

Tendo em mente que a sentença que julgar a consignatória terá, certamente, grande carga declaratória, colhem-se os seguintes excertos:

“O valor da causa só corresponde ao valor do contrato nos termos do inciso V do art. 259 do Código de Processo Civil, quando o litígio versa sobre a integralidade da avença, e não quando a controvérsia gira apenas em torno de uma de suas cláusulas” (JB 33:108).

“Em ação declaratória em que se discute cláusula contratual, não há que falar da coincidência do valor total

do contrato com o da causa. Na ação ordinária interposta pelos agravados, o que se discute é, apenas, a cláusula relativa ao reajuste das parcelas do total financiado. Se parte do contrato já se acha satisfeita, com as parcelas já efetivamente pagas, seria incoerência dar-se ao valor da causa o do contrato” (Arruda Alvim. Jurisprudência, vol. 21, pág. 189, apud Machado, Antônio Cláudio da Costa. Manual do Valor da Causa, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 41).

“Se a ação revisional não envolve o contrato de arrendamento mercantil por inteiro, referindo-se apenas a determinadas cláusulas, dentre outras estipuladas, deve-se estabelecer o valor da causa sobre o montante correspondente a essa obrigação” (RT 768/281).

3. Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso, fixando, de ofício, o valor da causa em R\$ 1.200.904,60 (um milhão, duzentos mil, novecentos e quatro reais e sessenta centavos).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Solon d’Eça Neves.

Florianópolis, 17 de agosto de 2000.

Alcides Aguiar,
Presidente para o acórdão;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.015123-8, DE BLUMENAU**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

Processo civil. Indenização por danos morais e materiais. Causa decorrente de contrato de trabalho. Competência da Justiça do Trabalho.

Sendo o sistema jurídico contemporâneo um sistema de direito e não de ações, relega-se a segundo plano o aspecto formal da ação, privilegiando o caráter da relação jurídica que lhe ensejou. Vale dizer, apesar de no aspecto formal a relação ser civil, deve o julgador privilegiar o fato de que esta relação é oriunda de contrato trabalhista.

“Deve ser processado e julgado pela Justiça do Trabalho todo litígio envolvendo empregadores e empregados, enquanto atuam nessa condição, bem como lides envolvendo outros tipos de sujeito, na forma da lei” (Pamplona Fº, Rodolfo. O dano moral na relação de emprego, São Paulo, LTr, 1998, pág. 99).

“É da Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar ação de indenização promovida pelo empregado contra o empregador por fato decorrente da relação do trabalho. Precedente do eg. STF” (CC n. 23.220—SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.015123-8, da comarca de Blumenau, em que é agravante Dionísio Gino Zonta, sendo agravado Prayon Metaloplastica Ltda.:

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

Custas da lei.

1. Dionísio Gino Zonta interpôs agravo de instrumento em face de decisão que, em ação ordinária de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho, declinou da competência, remetendo os autos à Justiça do Trabalho.

Sustentou que em virtude do art. 643, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho as questões referentes a acidentes de trabalho ficam sujeitas à justiça ordinária.

Atribuído efeito suspensivo ao recurso, sobreveio contraminuta na qual o agravado sustentou a mudança do entendimento dominante nos tribunais brasileiros, após o julgamento do Recurso Extraordinário n. 238.737—SP, no qual a Primeira Turma do STF considerou competente a Justiça do Trabalho.

2. Nega-se provimento ao recurso.

O art. 114 da Constituição Federal dispõe:

“Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas” (grifei).

Como ensina Amauri Mascaro Nascimento, citado por Rodolfo Pamplona Filho, são três as regras constitucionais de competência material da Justiça do Trabalho previstas no art. 114.

A regra da competência decorrente, que é a que interessa no caso sub examine, advém do texto constitucional, no qual se lê que “compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar (...) outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”.

Ora, de acordo com Rodolfo Pamplona Filho, “isso quer dizer que não só é incorreto supor que a Justiça do Trabalho não possa apreciar lides entre outros sujeitos como, também, será inadequado afirmar que toda e qualquer controvérsia oriunda de relações de trabalho pode ser decidida pelo Judiciário Trabalhista” (O dano moral na relação de emprego, São Paulo, LTr, 1998, pág. 99).

Exemplificando, ressalta que “deve ser processado e julgado pela Justiça do Trabalho todo litígio envolvendo empregadores e empregados, enquanto atuam nessa condição, bem como lides envolvendo outros tipos de sujeito, na forma da lei” (ob. cit., pág. 99).

Em outras palavras, só será da competência da Justiça laboral a causa na qual empregador e empregado atuarem, nessa condição, ou seja, enquanto em decorrência do vínculo de trabalho, uma das partes necessitar provocar o Judiciário.

A justificativa, conforme ensina Jorge Pinheiro Castelo, é que “o sistema jurídico contemporâneo é um sistema de direito e não de ações. No sistema jurídico contemporâneo a garantia constitucional da ação é vista como uma cobertura integral do mundo jurídico substancial. O direito moderno não é mais um sistema de ações típicas, mas, um sistema integrado por direitos que ficam cobertos integralmente pela garantia da ação” (apud Pamplona F^o, op. cit., pág. 100).

No entanto a jurisprudência pátria ainda não assentou entendimento quanto à competência das ações relativas a vínculo trabalhista.

Apesar disso, cumpre salientar que após o julgamento do Recurso Extraordinário n. 238.737—SP, do qual foi relator o eminente Min. Sepúlveda Pertence, o Superior Tribunal de Justiça modificou seu entendimento, como se pode notar:

“Ocorre que o eg. STF decidiu ser da competência da Justiça do Trabalho o julgamento de ação de indenização, por danos materiais e morais, movida pelo empregado contra seu empregador, fundada em fato decorrente da relação do trabalho (RE 328.737, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 17/11/98)” (CC n. 23.220—SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Conforme o voto do Min. Sepúlveda Pertence, “o fundamental é que a relação jurídica alegada como suporte

do pedido esteja vinculada, como o efeito, à sua causa, à relação empregatícia, como parece inquestionável que se passa aqui, não obstante o seu conteúdo específico seja o de uma promessa de venda, instituto de direito civil”.

Isso porque o sistema pátrio adotou a teoria da substanciação, ou seja, a relação jurídica emerge dos fatos, não devendo o julgador pautar-se pela relação em si mesma. Vale dizer, apesar de a lide apontar para uma relação jurídica de direito civil, são os fatos que delimitarão o verdadeiro cerne da questão. Daí resulta que, sendo o vínculo empregatício (fato) delimitador da matéria posta a julgamento, a competência é da Justiça do Trabalho.

Uma vez que a pretensão do empregado é o ressarcimento dos danos patrimoniais e morais causados pelo empregador, em estando evidente o nexo entre o pedido e o vínculo de emprego, falece competência à Justiça Comum.

Nesse sentido, colhe-se:

“Conflito de competência. Danos materiais e morais. Empregado.

“É da Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar ação de indenização promovida pelo empregado contra o empregador por fato decorrente da relação do trabalho. Precedente do

eg. STF” (CC n. 23.220—SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

“À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho” (RTJ 134/96, rel. Min. Moreira Alves).

Dessarte, por se tratar de conflito entre trabalhador e empregador, decorrente de relação de trabalho, conforme o art. 114 da Constituição Federal, a competência é da Justiça do Trabalho.

3. Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Solon d’Eça Neves.

Florianópolis, 19 de outubro de 2000.

Alcides Aguiar,
Presidente para o acórdão;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.

AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.019558-8, DE BLUMENAU

Relator: Des. Cesar Abreu

Agravo interno. Inteligência do art. 557, § 1º, do CPC. Exceção de incompetência. Acidente aéreo. Choque de aeronaves. Expressão acidente de veículos que abrange automóveis, ônibus, caminhão, motocicletas, trens, aeronaves, embarcações etc. Opção pelo foro deferido às vítimas ou seus beneficiários. Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 00.019558-8, da comarca de Blumenau, em que é agravante Kablin Fabricadora de Papel e Celulose S.A., sendo agravada Emília Bittencourt dos Santos:

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

Custas legais.

I — Relatório

Trata-se de agravo interno (CPC, art. 557, § 1º) contra decisão singular do Relator que negou seguimento a agravo de instrumento manejado por Kablin Fabricadora de Papel e Celulose S.A., em que é agravante Emília Bittencourt dos Santos.

Sustenta a agravante incidir as disposições do art. 100, IV, a, do CPC, em se tratando de acidente envolvendo aeronaves. E mais, que o foro da comarca de Lages, local do acidente, é mais apropriado por facilitar a coleta da prova.

II — Voto

O despacho impugnado está assim redigido:

"Trata-se de agravo de instrumento interposto por Kablin Fabricadora de Papel Celulose S.A. contra decisão confirmatória da competência do Juízo da comarca de Blumenau, em ação de reparação de dano proposta por Emília Bittencourt dos Santos, onde postula indenização decorrente de acidente aéreo.

"A norma aplicável no caso em tela é a insculpida no art. 100, parágrafo único, do CPC, norma específica reguladora da competência nas ações reparatórias decorrentes de acidente de veículo, em sentido amplo.

"Acertadamente afirmou o Magistrado a quo, valendo-se do ensinamento de Nelson Nery Júnior: 'Veículo aqui está em sentido amplíssimo, compreendidos na expressão: automóveis, ônibus, caminhão, motocicletas, trens, aeronaves, embarcações etc.' (pág. 16).

"Em caso que guarda semelhança, consignou o STJ:

‘Processo civil. Competência. Reparação de dano. Delito. A norma do parágrafo único do art. 100 do CPC refere-se aos delitos de modo geral, abrangendo tanto os de natureza penal como civil. Recurso não conhecido’.

“E extrai-se do corpo do acórdão:

‘Tem razão a agravante. A jurisprudência, observando a regra contida no parágrafo único do art. 100 do CPC, já firmou entendimento no sentido de que as vítimas de delito ou acidentes de veículo podem optar pelo foro do seu domicílio ou o do local do fato para reclamar a reparação dos danos sofridos’.

‘A agravante reside nesta cidade e foi vítima de uma explosão de que decorreu um incêndio, tudo causado por culpa do réu. Pretende a reparação dos danos físicos que sofreu, lucros cessantes e dano moral. Tem, portanto, o direito de promover a ação no juízo do seu domicílio.

‘A disposição, como anota a jurisprudência de modo geral, visa beneficiar a vítima do dano pois, como observa Helio Tornaghi: ‘Não seria razoável que, ademais de lesado, a vítima, ainda houvesse de deslocar-se para o domicílio do réu ou para qualquer outro foro, agravando-se-lhe o prejuízo’ (Comentários, vol. I, pág. 340)’.

“Escorreita a fundamentação do acórdão. Tratando-se de delito, incide a norma do parágrafo único do art. 100 do Código de Processo Civil, que se refere ao delitos de modo geral, abrangendo tanto os de natureza penal como civil. Nem se diga que tal regra de competência alude especifi-

camente aos delitos de trânsito. A expressão acidentes de trânsito já seria de suficiente abrangência fazendo dispensável se mencionarem também delitos, como acentuou o eminente Ministro Eduardo Ribeiro no voto condutor do acórdão desta Turma no REsp n. 14.731—RJ.

“É, aliás, também o que pensa Ovídio A. Baptista da Silva (Comentários ao CPC, vol. I, RT 2000, pág. 441):

‘A natureza especial dos danos causados por acidente de trânsito recomenda que se dê à vítima a faculdade de propor a ação, segundo a conveniência, tanto no local do fato, quanto no foro de seu domicílio, dado que o veículo causador do acidente poderá pertencer a alguém domiciliado em comarca distante do local em que ocorrera o fato, não sendo aconselhável impor à vítima o ônus de descobrir o domicílio do responsável para promover aí a ação de indenização’.

“Adotando-se esse entendimento, cabe ao ora agravado optar pelo ajuizamento da ação no foro de seu domicílio ou no lugar do fato, ou ainda, se renunciar a prerrogativa de foro, propor a ação no domicílio do réu.

“In casu, a autora ajuizou a ação na comarca de Blumenau, fixando a competência para a ação.

“Diante do exposto, nego seguimento ao recurso, com fulcro no art. 557 do CPC, porque manifestamente improcedente”.

A manifesta improcedência do recurso, reconhecida na decisão vergastada, decorre da orientação adotada quanto à competência em matéria de acidente envolvendo aeronaves,

consideradas veículos em sentido amplo, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

O recurso ofertado não procurou desconstituir essa assertiva, invocando as disposições dos arts. 94 e 100, IV, a, do CPC e apelando para o princípio da celeridade processual, por ter o acidente ocorrido na comarca de Lages, onde mais facilmente poder-se-á colher a prova.

Ocorre, entretanto, que a previsão da competência foi instituída privilegiando a vítima, em casos de acidente, incumbindo a esta a opção ou renúncia do benefício legal.

A opção foi exercida, não havendo lugar à insatisfação do agravante.

III — Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Wilson A. do Nascimento e Sérgio Roberto Basch Luz.

Florianópolis, 7 de dezembro de 2000.

Alcides Aguiar;

Presidente para o acórdão;

Cesar Abreu,

Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.022115-5, DE TUBARÃO

Relator: Des. Cesar Abreu

Agravo interno. Inteligência do art. 557, § 1º, do CPC. Ação de indenização movida contra o ente público municipal. Denúnciação da lide do empregado. Aplicação do art. 70, III, do CPC. Insurgência do denunciado. Legitimidade atribuída com exclusividade ao autor da lide principal. Interesse recursal centrado na possibilidade de cerceamento de defesa. Garantias do contraditório e da ampla defesa inabaláveis. Agravo de instrumento manifestamente improcedente. Recurso interno improvido. ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 00.022115-5, da comarca de Tubarão, em que é agravante Márcio Bittencourt, sendo agravada Giovana Cardoso da Silva:

Custas legais.

I — Relatório

Trata-se de agravo interno (CPC, art. 557, § 1º) contra decisão singular do Relator que negou seguimento ao agravo de instrumento manejado por Giovana Cardoso da Silva, em que é agravante Márcio Bittencourt.

Sustenta o agravante — denunciado à lide pelo Município, na condição de empregado (dentista), em ação de indenização movida por Giovana Cardoso da Silva — que o despacho singular do Relator, que negou seguimento ao agravo de instrumento, reconhecida a ausência de legitimidade e interesse recursais, é fruto de equívoco, dada a existência de prejuízo evidente, pela impossibilidade de produzir prova com o objetivo de afastar a culpa ou dolo na atividade profissional desenvolvida, diante da responsabilidade objetiva do ente estatal, que assim alcançaria o ora recorrente.

II — Voto

Colhe-se da decisão atacada, in verbis:

“É consabido que os males decorrentes da denúncia à lide — e o principal deles é a lentidão que causa ao processo —, atingem diretamente ao autor da ação ordinária, sendo ele, portanto, a parte legitimamente interessada na proposição de agravo contra decisão que denuncia terceiro à lide.

“Ocorre que, no caso em tela, quem agrava é o denunciado, o qual não pode comprovar o prejuízo que sofrerá em decorrência da denúncia, uma vez que o instituto apenas o

traz à relação mais cedo de forma a garantir regresso que seria posteriormente buscado por outra ação.

“Além disso, a denúncia de funcionário público, pela Administração, não está, de maneira alguma, proibida pela legislação nacional, havendo apenas um entendimento de que ela não é aconselhável por implicar em discussão de matéria irrelevante para a lide primária, qual seja, o questionamento acerca da existência ou não de culpa do funcionário”.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já decidiu:

“Responsabilidade civil. Pessoa jurídica de direito público. Danos causados pelos seus agentes a terceiros. Denúnciação da lide. Desnecessidade de demonstrar, desde logo, a culpa.

“Na ação reparatória, pode a entidade pública promover a denúncia da lide ao seu preposto, sem necessidade de atribuir-lhe, desde logo, a culpa pela ocorrência” (REsp n. 44.503/SP, rel. Min. Hélio Mosimann, j. em 5/2/1998).

“Responsabilidade civil. Servidor público. Denúnciação à lide. Artigo 70, III, do CPC. Nada impede que a Administração Pública denuncie à lide na qualidade de terceiro o seu funcionário na forma estabelecida no art. 70, inciso III, do CPC. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 15.614-0/SP, rel. Min. José de Jesus Filho, j. em 6/12/1993).

Pois bem. Se não há impedimento legal — e aí o direito é próprio, decorrente do princípio da disponibilidade da ação [a denúncia é uma ação secundária, ajuizada no curso de outra ação condenatória principal

(Sanches, RP 34/50)] — para que a Administração Pública denuncie à lide o seu empregado na forma estabelecida no art. 70, III, do CPC, não há legitimidade nem interesse recursal do terceiro denunciado, posto na condição de réu na lide secundária.

O fato de a Administração Pública ser demandada por responsabilidade objetiva não afasta a possibilidade — excepcional, não havendo impugnação do autor da lide primária — da denúncia do servidor/empregado, nem exclui o consagrado direito à ampla defesa. Por implicar a denúncia em introdução de fundamento novo, dolo ou culpa, a prova da lide secundária deverá ser ampla, na medida da defesa possível do empregado.

Ora, admitir-se, como sustentado neste recurso, possa o denunciado ser processado sem ampla defesa seria contrariar o princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). A eventual frustração do autor da demanda primária, pela possibilidade de ver retardado o julgamento da lide, insere-se no contexto do seu silêncio quanto à denúncia deferida: *Dormientibus non succurrit jus* (O direito não socorre a quem dorme).

Ademais, “Na ação de reparação de danos fundada em responsabilidade objetiva o Estado pode denunciar à lide o preposto sem necessidade de atribuir-lhe desde logo a culpa pelo acidente; a exigência de que faça isso expressamente, sob pena de inépcia da respectiva petição, desnatura o instituto da denúncia da lide, inspirado pelo princípio da eventualidade” (REsp n. 45.033/SP, rel. Min. Ari Paragendler).

III — Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Wilson A. do Nascimento e Sérgio Roberto Baasch Luz, e funcionou como Procurador de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 7 de dezembro de 2000.

Alcides Aguiar,
Presidente para o acórdão;
Cesar Abreu,
Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.002607-0, DE BLUMENAU

Relator: Des. Cesar Abreu

Agravo interno. Inteligência do art. 557, § 1º, do CPC. Agravo de instrumento. Interposição por fac-símile (Lei Federal n. 9.800/99). Ausência de peças obrigatórias e necessárias. Instrução deficiente. Apresentação, dentro do prazo recursal, dos originais e das peças faltantes. Inadmissibilidade. Preclusão consumativa. Re-

conhecimento. Recurso improvido.

Interposto o agravo por fac-símile não mais será admitida a prática de qualquer outro ato relativo à interposição, ainda que dentro do prazo recursal — a não ser o da entrega dos originais (art. 2º da Lei n. 9.800/99) —, em decorrência da preclusão consumativa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2001.002607-0, da comarca de Blumenau, em que é agravante Adilson Romalino Batista — ME, sendo agravada Confecções Premícia Ltda. — ME:

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

Custas ex lege.

I — Relatório

Trata-se de agravo interno (CPC, art. 557, § 1º) contra decisão singular do Relator que negou seguimento a agravo de instrumento manejado por Adilson Romalino Batista — ME, em que é agravada Confecções Premícia Ltda. — ME.

Sustenta a agravante que, embora interposto o recurso via fac-símile, dentro do prazo recursal, apresentou as peças obrigatórias e as necessárias ao conhecimento do reclamo.

II — Voto

O eminente Desembargador Torres Marques ao negar seguimento ao agravo consignou que o conhecimento do recurso estava prejudicado diante da ausência de cópia da decisão agravada, da certidão de intima-

ção e da procuração outorgada pelo agravante ao subscritor do recurso.

Pois bem. A Lei Federal n. 9.800 de 26/5/1999 permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais.

Utilizando-se desse expediente legal, a agravante ofereceu recurso de agravo contra decisão do primeiro grau que indeferiu pedido de assistência judiciária. Entretanto, não instruiu adequadamente o recurso, deixando de juntar as peças obrigatórias e também as necessárias ao exato conhecimento da controvérsia, só o fazendo por ocasião da remessa dos originais.

A lei é clara, não comportando maiores digressões, exigindo a entrega dos originais correspondentes aos documentos efetivamente transmitidos. Aliás, por força do art. 4º, “Quem fizer uso de sistema de transmissão torna-se responsável pela qualidade e fidelidade do material transmitido, e por sua entrega ao órgão jurisdicional”, respondendo por litigância de má-fé (parágrafo único) “se não houver perfeita concordância entre o original remetido pelo fac-símile e o original entregue em Juízo”.

Não há, a toda evidência, possibilidade de apresentação de novos documentos, pois o exame do Relator deve ser procedido à vista daqueles transmitidos, sob pena de se estar

ampliando o prazo recursal previsto no art. 522 do CPC.

Aliás, com a interposição do recurso ocorre a preclusão consumativa, entendendo-se que o recorrente desistiu do restante do prazo (RT 740/314), não podendo, assim, praticar mais nenhum ato complementar, muito menos juntar documentos, mesmo dentro dos 10 dias previstos na lei processual para interposição do agravo.

O art. 2º da Lei n. 9.800/1999 é expresso, assinalando que a utilização do sistema não prejudica (não altera: não amplia nem reduz) o cumprimento dos prazos previstos para a prática dos atos processuais, autorizando apenas que a confirmação da petição e documentos transmitidos se efetive, com a entrega dos originais, nos 5 (cinco) dias subseqüentes.

Assim, em resumo, interposto o agravo não mais será admissível a prática de qualquer ato relativo à interposição, ainda que dentro do prazo recursal, em decorrência do princípio consumativo.

Colhe-se da doutrina:

1. Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 768):

“Falta de peças obrigatórias. Se do instrumento faltar peça essencial, o tribunal não mais poderá converter o julgamento em diligência para completá-lo. Na hipótese de não se poder extrair perfeita compreensão do caso concreto, pela falha na documentação constante do instrumento, o tribunal deverá decidir em desfavor do agravante.

“(…).

“Preclusão consumativa. Ainda que o agravante tenha interposto o recurso no primeiro dia do prazo, deve juntar as razões do inconformismo, os documentos obrigatórios e facultativos, bem como a prova do recolhimento do preparo, com a petição de interposição do recurso. Isto porque a lei (CPC, 511) exige que os dois atos (interposição do recurso e juntada das razões e documentos) sejam praticados simultaneamente, isto é, no mesmo momento processual. Caso não ocorra essa prática simultânea, ter havido preclusão consumativa, vedado ao agravante juntar, posteriormente à interposição do agravo, razões ou documentos.

2. Tereza Arruda Alvim Wambier (O Novo Regime do Agravo, 2ª ed., São Paulo, RT 1996, pág. 171):

“O recurso, no regime atual, não pode ser conhecido se desacompanhado de razões ou das peças necessárias para a formação do instrumento, que são cópias da decisão agravada, da certidão de sua intimação (para controle da tempestividade) e das procurações outorgadas pelas partes a seus advogados, desde que, é claro, não se junte outro e novo instrumento de procuração.

“(…).

“Interposto o recurso, não mais se admitirá a juntada de peças ou razões, mesmo que se esteja, ainda, dentro do prazo. Presume-se, com a apresentação do recurso no 2º dia, por exemplo, que a parte tenha aberto mão do resto do prazo, configurando-se preclusão consumativa: o recurso já terá sido interposto, e mal interposto”.

3. J. E. Carreira Alvim (Novo Agravo, Del Rey Editora, 1995, pág. 96) comenta:

“Dispondo o art. 525, I, que a petição de agravo será instruída obrigatoriamente com as peças ali referidas, não comporta a sua juntada posterior, de modo que a instrução deficiente do agravo determina o seu não-conhecimento, por falta de um dos pressupostos de admissibilidade do agravo, nos moldes do que sucede com o agravo de instrumento no Supremo Tribunal Federal, a teor da Súmula 288.

“Aliás, esse é o entendimento desta Corte:

“Processual civil. Agravo de instrumento. Ausência de peça obrigatória. Seguimento negado. Formação do instrumento. Ônus do agravante.

“A instrução documental do agravo, de acordo com a nova disciplina instituída pela Lei n. 9.139/95, cabe ao próprio agravante, a quem incumbe o dever de vigilância quanto à correta formação do instrumento.

“A ausência de peça obrigatória (CPC, art. 525, I), quando da protocolização, acarreta inexoravelmente a negativa de seguimento do recurso, porquanto é inadmissível a sua junta posterior” (Agravo no Agravo de Instrumento n. 00.003500-9, de Turvo, relator Des. Eder Graf).

“Agravo. Art. 557 do CPC. Decisão do relator que negou seguimento a agravo de instrumento. Ausência de peça obrigatória. Formação do instrumento. Ônus do agravante. Junta posterior. Inadmissibilidade. Preclusão consumativa. Recurso provido.

“A formação do instrumento é ônus do agravante. Incumbe-lhe, no ato da interposição do recurso, juntar à petição as razões do inconformismo, os documentos obrigatórios e facultativos, bem como a prova do recolhimento do preparo. A inoportunidade de simultaneidade na prática desses atos importa na preclusão consumativa” (Agravo no Agravo de Instrumento n. 99.004341-0, de Joinville, relator Des. Sérgio Paladino).

Não é outra a orientação do STJ:

“(…).

“II — Ao interpor recurso, a parte pratica ato processual, pelo qual consome o seu direito de recorrer e antecipa o dies ad quem do prazo recursal (caso o recurso não tenha sido interposto no último dia do prazo). Por consequência, não pode, posteriormente, complementar o recurso, corrigi-lo ou aditar-lhe algo, nem apresentar o comprovante do preparo, pois já se operou a preclusão consumativa (...)” (REsp n. 140.862/RS, 2ª Turma, relator o Ministro Adhemar Maciel, DJ de 20/10/1997).

Ainda:

“(…).

“— A interposição do recurso, por ter o efeito de antecipar o termo final do prazo recursal, importa na extinção do direito de praticar o ato, encontrando-se, via de consequência, ao abrigo da preclusão consumativa a alegação alinhada no aditamento ao recurso de que o mérito da representação não escapa ao exame e controle do Judiciário” (ROMS n. 11.334/SE, 6ª Turma, relator o Ministro Vicente Leal, DJ de 14/2/2000).

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Florianópolis, 26 de abril de 2001.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Cesar Abreu,
Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.003703-3, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Cesar Abreu

Agravo interno. Inteligência do art. 557, § 1º, do CPC. Execução fiscal. Controle, pelo juiz, ex officio, da regularidade da CDA. Possibilidade. Princípio dispositivo. Interpretação voltada ao fortalecimento do juiz do processo. Necessidade do exame conjunto dos princípios da livre apreciação das provas e da persuasão racional. Legitimidade do título executivo. Presunção não absoluta. Descoberta da verdade real. Exigência do estado democrático, para administração da justiça pública, séria e imparcial. Recurso improvido.

“A prova ex officio nada mais é do que a observância do princípio da livre investigação do pedido jurídico das partes” (Benedito Hespanha).

I — Relatório

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2001.003703-3, da comarca de Balneário Camboriú, em que é agravante o município de Balneário Camboriú, sendo agravado Horst Gunter Axthelm:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão singular do Relator, que negou seguimento a Agravo de Instrumento manejado pelo município de Balneário Camboriú, sendo agravado Horst Gunter Axthelm.

Sustenta o Município, por seu procurador, em abreviada síntese, que em execução fiscal fundada em Certidão de Dívida Ativa, não é dado ao Juiz, sem provocação das partes, questionar a regularidade da constituição do crédito, requisitando a docu-

mentação comprobatória da prévia notificação do devedor tributário.

II — Voto

Usando das prerrogativas do art. 557 do CPC, recurso manifestamente improcedente, em decisão singular deste Relator, ficou consignado:

“Insurge-se o município de Balneário Camboriú, ora agravante, contra decisão proferida nos autos de execução fiscal que determinou fosse providenciada a comprovação da regular notificação do sujeito passivo da relação tributária para possibilitar a verificação da exequibilidade da certidão de dívida ativa.

“Sustenta o ente público, em síntese, o despropósito da decisão impugnada, ainda não formada a relação processual, com a citação do devedor, ausente, portanto, qualquer impugnação, e pela presunção de certeza e liquidez que emerge da Certidão da Dívida Ativa.

“Pois bem. Consoante assinala Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 16ª ed., RT, 1991, pág. 48), ‘O Brasil adotou, desde a instauração de sua primeira República (1891), o sistema da jurisdição única, ou seja, o do controle administrativo pela Justiça Comum’. Corolário desse balizamento Constitucional, que se repetiu nas Cartas posteriores [1934, 1937, 1946, 1969 e 1988 (art. 5º, XXXV)], as decisões e ações administrativas sujeitam-se à revisão judicial.

“Atentando a esse princípio, a Lei n. 6.830/80, que trata da execução fiscal, expressa em seu art. 1º que a execução para a cobrança da dívida

ativa processa-se perante o Judiciário, portanto, submete-se ao controle do Juiz do processo.

“O art. 41 da LEF estabeleceu a obrigação de conservação, pela Fazenda Pública, dos documentos que instruem o processo administrativo correspondente à inscrição de dívida ativa, os quais a qualquer instante poderão ser requisitados pelo Juiz, inclusive ex officio.

“Nesse sentido:

‘De ofício ou a requerimento da parte, de terceiros interessados ou do Ministério Público, o Juiz poderá requisitar a apresentação dos autos do procedimento administrativo para extração de cópias. Incumbe ao interessado indicar as peças cujo traslado entenda necessário. Quando a Fazenda Pública apresentar cópia integral dos autos, esta será juntada ou anexada aos autos da execução fiscal, dando-se ciência à parte contrária’.

“Ou ainda:

‘Somente o Juiz pode requerer a exibição do processo administrativo, seja de ofício, seja por provocação das partes interessadas em tal exibição’ (Iran de Lima, op. cit., pág. 190) (ob. cit., pág. 297).

“In casu, o Magistrado objetiva exatamente certificar-se quanto à regularidade do título submetido à execução, mediante a confirmação da adoção da providência precedente, concernente à notificação do devedor tributário.

“Aliás, por força do art. 618, I, do CPC, de aplicação subsidiária (art. 1º, da LEF), ‘é nula a execução se o título executivo não for líquido, certo e exigível’ (art. 586).

“Consoante a doutrina de Nelson Nery Junior (CPC Comentado, 4ª ed., RT, 1999, pág. 1.126, notas 1 e 2 ao art. 618):

‘Reconhecimento de nulidade. A nulidade do processo pode ser reconhecida ex officio, a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de argüição 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.

‘Proceder ex officio do Juiz. As hipóteses elencadas neste artigo respeitam à inexistência de condição para a ação de execução (CPC, 618, I e III) e de ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo (CPC, 618, II), todas possíveis de serem reconhecidas de ofício, como se vislumbra do CPC, 267, IV e VI combinado com o CPC, 267, § 3º.

‘É que, nos termos da lei (CPC, arts. 267, § 3º, e 301, § 4º), ao Judiciário incumbe apreciar, mesmo de ofício, os requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional perseguida: os pressupostos processuais e condições da ação.

‘No julgamento do REsp n. 3.264—PR, o STJ entendeu que:

‘A nulidade do título em que se embasa a execução pode ser argüida por simples petição, uma vez que suscetível de exame, ex officio pelo Juiz’ (RT 671/187, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

‘Sobre o assunto assinala Alcides de Mendonça Lima:

‘A execução nula é um mal para o devedor, porque o perturba inutil-

mente, embora sem vantagem final para o credor, no momento em que a nulidade for declarada. Se viciadamente movida, pode prejudicar o devedor, moral e economicamente, em seus negócios, inclusive sujeitando-o ao ônus de ter de embargar, se o Juiz, ex officio, não houver trancado o processo, indeferindo o pedido’ (Comentários ao Código de Processo Civil, t. II, VI/661, Forense, 1974, n. 1.485).

‘Resolvida a questão quanto ao controle da execução fiscal pelo Juiz, resta examinar, em seus efeitos, a presunção de certeza e liquidez que emana da certidão de inscrição da dívida ativa.

‘A certeza a que alude o art. 3º da LEF diz respeito à ausência de dúvida razoável quanto à legalidade do ato que deu origem à obrigação retratada na CDA, posta esta na condição de título executivo extrajudicial (CPC, art. 585, VI).

‘O CTN, ao tratar da presunção de certeza e liquidez (art. 204), embora ressalve ao sujeito passivo ilidi-la mediante produção de prova inequívoca, não afastou o controle judicial sobre a CDA, em resguardo ao princípio da realidade, segundo o qual deve prevalecer a verdade real e não a formal (inteligência do art. 130 do CPC).

‘Celso Bonilha, ao tratar da prova no processo tributário, assentou:

‘(...) ninguém crê mais na inversão da prova por força da presunção de legitimidade dos atos administrativos e tampouco se pensa que o tributo exonera a administração de provar os fatos que afirma’ (cf. A Prova no Processo Administrativo Tributário, LTR, 1992, pág. 92).

“Como afirma Carnelutti, ‘a verdade formal é uma não-verdade, pois a verdade não pode ser senão uma e toda limitação prévia à atividade da investigação da verdade conduz à verdade formal’ (A Nova Lei de Execução Fiscal, SP, Eud, 1992, págs. 159/160).

“O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em precedente que se ajusta, entende que ‘Ao Juiz, frente à moderna sistemática processual, incumbe analisar o conjunto probatório em sua globalidade, sem perquirir a quem competiria o onus probandi. Constando dos autos a prova, ainda que desfavorável a quem a tenha produzido, é dever do julgador tomá-la em consideração na formação do seu convencimento’ (STJ, 4ª T., REsp n. 11.468-00—RS, DJU de 11/5/92, pág. 6.437).

“Há, in casu, motivação na pretensão judicial, pois em outras execuções, aliás embargadas (doc. de fls. 124/125), constata-se o clamor dos devedores tributários quanto à irregularidade na formação da certidão de dívida ativa, sem falar na ausência de referência, na respectiva certidão, da observância desse pressuposto: da notificação.

“A legislação tributária municipal (CTM, Lei n. 223/73), ao tratar do processo fiscal, consigna em seu art. 31 que ‘Verificando-se omissão não dolosa de pagamento de tributo’ (ou qualquer infração de Lei ou regulamento, de que possa resultar evasão de receita) ‘será expedida contra o infrator, Notificação Preliminar para que, no prazo de 8 (oito) dias, regularize a situação’.

“Esse dispositivo, tratado em título específico da legislação tributária do município de Balneário Camboriú, tem abrangência ampla na medida em

que é expressão do princípio constitucional do *due process of law* (art. 5º, LIV e LV), sendo de se aplicar no processo de constituição da dívida ativa, esta tratada no título Da Dívida Ativa, arts. 270 e seguintes.

“Da legislação municipal comparada invoca-se, pela sua clareza, o art. 123 do CTM de Florianópolis, in verbis:

‘Constatada omissão de pagamento de tributos, será expedida, contra o infrator, notificação para que, no prazo de 30 (trinta) dias, regularize a situação’.

“Há, no exame comparativo permitido, a constatação de divergência apenas em relação ao prazo de defesa (8 e 30 dias), sendo obrigação da entidade pública municipal, em ambos os casos, notificar o suposto devedor para, querendo, exerça o seu direito de defesa, garantia maior do Estado Democrático de Direito.

“E por notificação regular deve-se entender aquela realizada pessoalmente e por meio de comunicação escrita, se o contribuinte elegeu domicílio fiscal ou o tem por lei, ou é conhecido e notório. Como assevera Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, 11ª ed., atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Forense, Rio, 2000, pág. 807, comentário ao art. 145 do CTN), ‘Entende-se válida a entrega da notificação a doméstico, porteiro de edifício etc., que passa o recibo. Se incerto, vale a notificação por editais no Diário Oficial (...)’.

“Vejamos:

‘Tributário. IPTU. Execução fiscal. Lançamento. Notificação. Ao ingresso do executivo fiscal deve preceder o esgotamento da via administrativa com a notificação regular e

pessoal da mesma pessoa contra quem se pretenda, posteriormente, intentar execução fiscal' (TARS, AC n. 195089222, Juiz Arno Werlang).

"Portanto, incumbe — é dever — ao Município atender a determinação judicial, sob pena de ver ruída a presunção de certeza e liquidez da dívida inscrita.

"No particular:

'Se o credor, instado pelo Magistrado, não exhibe prova da regular notificação do lançamento tributário ao sujeito passivo, não subsiste a presunção de liquidez e certeza da certidão de dívida ativa. Inviável se torna, portanto, o desenvolvimento da execução' (TARS, AC n. 196156046, Juiz Roberto Laux).

"E há pertinência e relevância nessa exigência judicial, considerada a peculiaridade da formação do título executivo da Fazenda Pública.

"Como adverte Aliomar Baleeiro (ob. cit., págs. 1.010/11 — Comentário ao art. 202 do CTN), 'Na emissão de uma nota promissória ou de uma cambial, credor e devedor realizam um acerto prévio, que afasta a incerteza, e possibilita a atuação estatal, através do Poder Judiciário. Ao aceitar a lei a figura do título executivo extrajudicial, a ordem jurídica pressupõe e aceitou o acerto do conteúdo do crédito feito pelos interessados, inclusive da sanção, acerto esse controlado a posteriori pelo Judiciário, mas suficiente para fundamentar o processo de execução'.

'Ora, algo *sui generis* se passa na formação do título executivo da Fazenda Pública, que reside no fato de o acerto ser unilateral e não consensual. O acerto unilateral guarda sua peculiaridade, assim descrita por Ronaldo Cunha Campos:

'Neste instrumento se prevê uma técnica de substituição do consenso, ou seja, da aceitação do titular do interesse subordinado (e. g., sujeito passivo da obrigação tributária). Um dos componentes desta técnica reside no procedimento de impugnação, uma das espécies do chamado processo tributário administrativo.

'Elaborado o lançamento, formula a Fazenda sua pretensão, substanciada de regra no aviso de lançamento, onde se encontra a exigência da prestação de uma conduta (o pagamento).

'Como pretensão admitirá duas alternativas: o atendimento, ou a resistência seguida de lide.

'No que concerne à pretensão fazendária surge uma terceira figura. Nesta terceira figura, ou alternativa, reside a singularidade da posição da Fazenda.

'Quando se cuida de aviso ou notificação de lançamento, temos expressa previsão legal admitindo sua impugnação (CTN, art. 145, I; 151, III).

'Ao contribuinte abre-se a oportunidade de inaugurar, no âmbito da própria administração, controvérsia quanto à pretensão formulada.

'Localizamos, portanto, neste terreno, uma terceira alternativa, que não se confunde com o atendimento de pretensão da lide.

'(...)'

'Referida regulamentação do exame das razões da resistência do contribuinte (da impugnação), que implica reexame do lançamento, gera a presunção do caráter infundado desta resistência quando repelida ao final do procedimento.

‘(...).

‘O consenso (concordância do obrigado), característica do título extrajudicial, ver-se-ia neste terreno substituído pelo mecanismo acima apontado.

‘(...).

‘A presunção da certeza e liquidez, em matéria tributária, repousaria assim em sistemática onde a obrigatória oferta da oportunidade de impugnar a pretensão fiscal (CTN, art. 145, I) assume o papel de viga mestra (cf. op. cit., págs. 61/66).

‘Portanto, inscrição em Dívida Ativa sem prévio direito à impugnação é nula de pleno direito. Movida ação com base em título nulo, pode o sujeito passivo opor exceção de pré-executividade em juízo, pois a impugnação ao lançamento ou auto de infração em sede administrativa é suporte básico na formação do título executivo extrajudicial, uma vez que substitui o consenso inexistente entre as partes’.

‘A prévia prática desse ato, ou seja, da notificação, é que configura a regular inscrição da dívida ativa, na exata exegese dos arts. 201 do CTN, e 3º da LEF.

‘Uma das peculiaridades do Direito Fiscal consiste exatamente no privilégio deferido ao Fisco de criar os seus próprios títulos e instrumentos de crédito. Nesse contexto, uma exigência é-lhe feita, qual seja, a de possibilitar a impugnação, sagrado direito de contraposição posto ao alcance do suposto devedor tributário, viga de sustentação na formação da presunção da certeza e liquidez da dívida ativa.

‘Ausente a notificação, perde a inscrição o pressuposto da exigibilidade, não servindo a certidão irregular-

mente constituída à instrumentalização da execução. Não há, igualmente, como salvar o processo, inviabilizada a substituição da certidão, porquanto a nulidade decorre da ausência de título executivo e não de vício — omissão ou erro — em relação aos requisitos formais e essenciais da inscrição (arts. 202 e 203 do CTN).

‘Aqui, discute-se a preterição de defesa (nulidade insanável), exigência prevista no art. 201 do CTN, e não mera irregularidade no ato de inscrição. Nulo o título, por preterição de formalidade essencial a sua regular constituição, não há como substituí-lo, senão reabrir a instância administrativa para sua reconstituição, oportunizada a defesa, para dela extrair-se a presunção de que fala o art. 204, caput, do mesmo Código.

‘Desta forma, para que o executivo fiscal possa prosperar, é um pressuposto, deve ele se fazer acompanhar de documento que comprove ter sido atendido o art. 31 do CTN (Capítulo: Do Processo Fiscal), que manda notificar o contribuinte, dando-lhe ciência da ocorrência do débito fiscal, concedido o prazo de 8 dias para regularização, sob pena de execução fiscal.

‘Antes de feita a notificação, e enquanto não decorrido o prazo dado, a inscrição em dívida ativa não se pode formular, inexistente, ou ineficaz o título que, à revelia de tais formalidades, venha a ser exibido, extraído e ajuizado, mesmo porque só então, a teor do art. 580, c/c os arts. 585, VI, e 586, caput, do CPC, estaria caracterizado o inadimplemento, que autoriza a exigibilidade.

“O Juiz que, ao despachar a inicial, der conta da ausência de tais circunstâncias de fato e de direito:

‘a) pode, antes de ordenar a citação, abrir prazo para o exequente comprovar o cumprimento de tais formalidades;

‘b) mas se exibidas, eventualmente, porque atendidas as formalidades após instaurada a instância judicial, nas hipóteses permitidas (art. 204 do CTN), o processo pode prosseguir, desde que substituída ou emendada a certidão de dívida ativa’ (art. 2º, § 8º, da LEF).

“Por outro lado, a teor do art. 585, VI, do CPC, são exequíveis as certidões de dívida ativa correspondentes aos créditos inscritos na forma da lei; logo, só aqueles extraídos após cumpridas todas as formalidades legais (incluída a notificação), matéria, aliás, que interessa ao direito da ampla defesa inscrito na Constituição da República (CF, art. 5º, LV).

“Quanto ao precedente invocado pelo agravante — STJ, REsp n. 8.386-0—RJ —, cumpre ressaltar que trata de matéria relativa à suspensão da execução na forma do art. 40 da LEF, que desautoriza, não encontrado o devedor ou bens penhoráveis, a extinção do processo, possibilitando o simples arquivamento, o que nada tem a ver com a hipótese versada.

“Antes de concluir, necessário uma breve inserção no que respeita à atuação do Poder Público Municipal.

“É consabido que o brasileiro não é mau pagador, seja ele rico ou pobre. Assim, é de se indagar porque campeiam tantos executivos fiscais em algumas Comarcas do Estado, como é o caso de Balneário Camboriú, onde a

pobreza não é a regra. Algum fato aqui desconhecido deve haver, a justificar a existência de 36 mil executivos num contexto de 60 mil contribuintes.

“Essa estranha realidade, vivida em outros Municípios do Estado, autoriza, por si mesma, a investigação judicial, retratada na diligência impugnada, cujo objetivo maior é o de evitar que o Poder Judiciário, que tem compromissos superiores para com a sociedade, transforme-se em mero cobrador de impostos, como se aí residisse a razão de sua existência.

“Diante do exposto, por manifestamente improcedente, nego seguimento ao presente agravo de instrumento, invocando, para tanto, as disposições do art. 557 do CPC” (fls. 141/146).

Insatisfeito com a solução alviada o município de Balneário Camboriú reforça os seus argumentos, concluindo que a participação do Juiz no processo é meramente supletiva, complementar em relação à iniciativa das partes. Em suma, a posição adotada pelo Magistrado a quo violaria o princípio dispositivo, no momento em que, substituindo a atividade dos contendores no campo probatório, determinou ex officio a comprovação da regular notificação do sujeito passivo tributário.

Ocorre, entretanto, que deve ser sepultada, definitivamente, a orientação que atribuía ao juiz uma função, dentro do processo, simplesmente secundária, embora ilustres os protagonistas dessa tendência, como é o caso de Sentis Melendo (La Prueba, Buenos Aires, EJEA, 1978), que não vê na figura do juiz um investigador de provas, cabendo-lhe, tão-somente, verificá-las e avaliá-las. Ou, ainda, Moacyr Amaral Santos (Primeiras Linhas de Direito Processual Ci-

vil, Saraiva, 3ª ed., 2º/309), para quem, na atividade probatória, exerce o juiz função meramente supletiva ou complementar.

Hodiernamente, pela concepção publicista atribuída ao processo contemporâneo, “o Juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório” (RSTJ 84/250). É a consagração da verdade real, que se sobrepõe à verdade formal, esta, para Carnelutti, uma não-verdade.

O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em sua obra Código de Processo Civil Anotado, Saraiva, 5ª ed., 1993, art. 130, afirma:

“O Código acolheu o princípio dispositivo, segundo o qual o Juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes (iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet). Mas o abrandou, permitindo a iniciativa probatória do Juiz (v. Exposição de Motivos n. 18), haja vista que a publicação do processo e a associalização do direito implicam, cada vez mais, na busca da verdade real. O Juiz, entretanto, somente deverá tomar a iniciativa probatória quando a prova se fizer necessária ao conhecimento da verdade que interessa ao melhor e mais justo julgamento da causa. Essa iniciativa reclama, no entanto, estado de perplexidade do julgador em face de provas contraditórias, confusas, incompletas ou de cuja existência o Juiz tenha conhecimento. A iniciativa probatória do Juiz pode ocorrer em qualquer fase, uma vez que a mesma não se sujeita à preclusão”.

Não se trata de abolir da lei processual o princípio dispositivo, mas de interpretá-lo de forma a fortalecer o juiz do processo. A ele não se atribuiu apenas a tarefa de julgar, mas de julgar bem. Para que possa bem decidir é mister dar-lhe certa liberdade no campo probatório.

Numa definição clássica de prova, tal como expresso por Colin e Capitant (Cours élémentaire de droit civil français, 10ª ed., por Julliot de La Morandière, n. 718): “Provar é fazer que se conheça em justiça a verdade de uma alegação pela qual se afirma um fato do qual decorrem consequências jurídicas”.

Ora, em sendo a segurança jurídica uma das vigas de sustentação do direito, para garanti-la há que se prevenir os litígios em relação aos fatos, e quando estes se apresentam facilitar-lhes a solução pelo juiz, tornando, na medida do possível, mais leve o fardo que é imposto, a uma das partes, pelo ônus da prova.

Para prova dos fatos exsurgem duas tendências, diametralmente opostas: aquela que impõe a obrigação de provar a quem alega um fato que não é notório nem presumido e aquela que exige de todos, ou seja, da parte adversa, dos terceiros e mesmo do juiz, que colaborem para o estabelecimento dos fatos.

Como lembra Chaim Perelman (Ética e Direito, Tradução Maria Ermantina Galvão, Ed. Martins Fontes, SP, 1999, pág. 594), “A evolução do processo civil impõe atualmente ao Juiz, que se quer neutro, não ficar passivo e ordenar medidas necessárias ao estabelecimento da verdade”.

O princípio dispositivo — de repartição do ônus da prova entre as partes — não impede a participação do órgão judicial, operador que é da justiça pública. Compete sim, portanto, ao juiz promover a coleta do material probante da causa, sem maior restrição, tanto que é ele obrigado a motivar seu julgamento por força do princípio da persuasão racional.

Benedito Hespanha (Tratado de Teoria do Processo, vol. 1, Forense 1986, pág. 465) diz que:

“Como o órgão jurisdicional é imparcial no plano da administração da justiça pública, o seu julgamento não pode pender, na livre apreciação da prova, para nenhuma das partes em flagrante prejuízo da outra ou, mesmo, da distribuição da justiça pública”.

Citando Pontes de Miranda, observa, ainda:

“Não se deve esquecer de que a interferência direta do juiz na produção das provas é consequência lógica do dever legal da administração da justiça pública. Embora as partes tenham o dever processual da verdade, todavia a produção da prova pode ser deficiente, precária e omissa em detrimento da distribuição da justiça pública. Neste caso, a prova ex officio nada mais é do que a observância do princípio da livre investigação do pedido jurídico das partes” (pág. 466).

E prossegue:

“Decerto, pensando no plano global da administração da justiça pública, esta foi a intenção legislativa do art. 130 do CPC, ao atribuir ao Juiz o direito de determinar provas necessárias à instrução do processo e à descoberta da verdade. Esse preceito legal é corolário lógico do princípio de denegação de justiça, pois, sob a alegação da lacuna

ou da obscuridade das provas ou da lei, o Juiz não se exime de sentenciar. A denegação de justiça por falta de provas é a própria negação da justiça pública, ou seja, da razão de ser do pedido da tutela jurídica deduzido em Juízo. Seria cortar pela raiz o interesse público do plano global que tem o Estado de dar a cada um o seu, ou seja, de fazer justiça democraticamente a todos os cidadãos”.

Mais adiante, expõe:

“(…) embora as partes disponham privativamente do thema probandum e devem conduzir-se e relacionar-se no processo, com probidade e com lealdade, a teor do que estatuem os arts. 16, 17 e 18 do CPC, disciplinando os contornos normativos do princípio da lealdade processual, no entanto ao órgão operador do Direito é lícito legalmente obter esclarecimentos e requisitar providências no campo da instrução probatória, com o fim básico de complementar a verdade dos autos, razão de ser do princípio da persuasão racional do Juiz, ao administrar a justiça pública ao caso concreto e vivido pelas partes e pelo órgão jurisdicional na realidade prática do processo, no sentido de fazer e de distribuir justiça objetiva, ou seja, dando a cada um o seu.

“De toda essa argumentação fica fácil verificar que o princípio da persuasão racional é uma garantia do próprio princípio dispositivo no fato de ligar-se diretamente ao princípio da livre apreciação das provas produzidas no processo, mesmo quando, imprimindo um colorido de princípio inquisitivo, o órgão jurisdicional seja obrigado por entendimento subjetivo exclusivamente seu a colher provas, sem, contudo, ficar isento de decidir proposi-

ções jurídicas erradas ou mal formuladas pelas partes, aplicando o princípio de *jura novit curia*" (pág. 468).

"No sistema do princípio da persuasão racional o Juiz, o órgão aplicador de grau inferior ou de grau superior, segundo a sistemática do princípio do duplo grau de jurisdição, na apreciação livre das provas, deve emitir um juízo normativo de valor. Nenhum jurista emite um juízo de valor com liberdade sem que esteja racionalmente convencido da verdade que os fatos ou que os dados da realidade social do processo historiam e demonstram. Só a razão humana autoriza a criar livremente aquela norma jurídica individual devidamente motivada na lei ou no Direito de que resulta a ação criadora do Juiz. A motivação da sentença é a resposta jurídica e não apenas legal que o Juiz dá ao princípio da livre disposição das provas pelas partes. A incidência da lei no caso concreto nada mais é do que uma orientação sistemática de que se serve o Juiz para construção jurídica da sentença e para fazer justiça. Não é sem razão jurídica que o Juiz é o sujeito principal da relação processual, colocando-se com liberdade entre as partes. Ele, além de encarnar a figura imparcial do Estado, como titular da administração pública da justiça e da entrega da prestação jurisdicional, desempenha uma função livre sem nenhuma vinculação com as partes e despida de toda a parcialidade quando elabora a regra jurídica do caso concreto" (págs. 474/475).

"Uma consequência lógica logo se tira do princípio da persuasão racional: o órgão jurisdicional não pode administrar a justiça pública com parcialidade. A liberdade da apreciação livre das provas do processo não dá direito ao Juiz de agir com parcialidade. Nesse sentido, o princípio da persuasão

racional se vincula intimamente e se identifica com o princípio da imparcialidade" (pág. 475).

Assim, "o Direito Processual vigente, através da vontade do órgão operador, determina o ajustamento dos poderes judiciais da direção do processo com as atividades dispositivas das partes na busca da verdade do processo e dentro da concepção publicista da administração da justiça. Neste sentido, o posicionamento inquisitorial do órgão aplicador mescla-se com o querer dispositivo das partes, visando à descoberta da verdade, que é a meta básica da justiça pública" (pág. 465).

O art. 128 do CPC ao estabelecer que o Juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte, expressa apenas que o Juiz decidirá nos limites do pedido e não conhecerá de questões que digam respeito ao interesse privado da parte, principalmente os direitos patrimoniais. Proíbe o texto o julgamento ultra, extra ou aquém do pedido, mas não impede que o Juiz exerça o controle da legalidade da inscrição da dívida.

Tanto o art. 128 quanto o art. 333, II, e o art. 396 (uma ampliação do comando do art. 283, voltado ao réu) não colidem com a regra do art. 130 do CPC.

Comentando o art. 130 do CPC, Edson Prata (Comentários ao CPC, Forense, 1987, pág. 419) afirma que:

"Quando o magistrado perceber a pobreza da prova produzida nos autos, gerando a perplexidade, a dúvida ou até a impossibilidade para a pro-

lação da sentença, determinará a realização das provas necessárias à instrução do processo, correndo as despesas por conta da parte”.

A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção relativa de certeza e liquidez, di-lo o art. 3º e seu parágrafo único do LEF.

A presunção é *juris tantum* e deve ser aceita. A formalização do título executivo público ocorre com a inscrição, nos padrões ditados pelo art. 2º.

É evidente que o legislador, ao estabelecer a presunção de certeza e liquidez da CDA, criou uma desigualdade entre as partes envolvidas — favorecendo necessariamente o Poder Público —, que buscou corrigir exigindo a obrigatória oferta de oportunidade de impugnar a pretensão fiscal.

Dada a relevância da inscrição, vista como ato de convalidação do débito em dívida ativa em termos jurídico-processuais, o controle de sua legalidade, pelo juiz, encontra sua razão de ser na sujeição da atividade administrativa à lei.

E o controle da legalidade da constituição da Dívida Ativa assume particular motivação quando se tem presente a prerrogativa de que goza o Fisco de autoconstituição de seu título de crédito.

Não constitui a inscrição um ato mecânico e muito menos formal, configura, isto sim, na lição Paulo Barros Carvalho, “o derradeiro controle administrativo da legalidade, na relação Fisco-Contribuinte” (Código Tributário Nacional Comentado, RT, 1999, pág. 774).

A Fazenda Pública tem o direito de formalizar seus próprios créditos, observado o contraditório administra-

tivo previsto em lei, bem assim o de constituir unilateralmente o título executivo extrajudicial para a respectiva cobrança. A ele se contrapõe a obrigação de observar fielmente a lei nesses procedimentos.

Ora, o Magistrado, entendendo — certo ou errado, pouco importa — que a certidão de dívida ativa estava incompleta por não assinalar o cumprimento de uma condição essencial à constituição do título, qual seja, a notificação, lançou dúvida quanto à observância desse pressuposto.

E dúvida razoável, pois em nota de rodapé trouxe ao conhecimento um fato concreto, retratado no julgamento da Apelação Cível n. 99.009195-3, rel. Des. Newton Trisotto, na qual ficou assentado que na comarca de Balneário Camboriú, como de resto em tantas outras, não há a observância da prévia notificação, o que torna nula a execução fiscal assim orientada.

Buscou o Togado a quo, com esse comando, o controle da legalidade da constituição da certidão que lhe foi apresentada à execução.

Aliás, a regra seria a apresentação dessa notificação por ocasião da execução, entretanto, por razões metodológicas e de economia pública, o legislador estabeleceu em relação às CDA's a presunção de liquidez e certeza e admitiu a permanência dos documentos correspondentes na repartição pública, para apresentação oportuna, quando requisitado pelo Juiz, de ofício, ou a pedido da parte interessada (arts. 6º, § 2º, e 41 da LEF).

O disposto no art. 41 da LEF, segundo Roberto Corrêa, “impede a permanência do processo administrativo, que gerou a inscrição da dívida, junto

aos autos de execução fiscal. A mensagem alega que os modernos métodos de reprodução dispensam a saída do processo administrativo da repartição competente. Data venia, os métodos são modernos, mas a falta de verba ou as dificuldades para a reprodução xerográfica são bem antigas. (...) Há a inovação do funcionário administrativo comparecer e exhibir em Juízo o processo solicitado, de tudo lavrando-se um termo" (A Nova Lei de Execução Fiscal Anotada, Ed. Saraiva, 1980, pág. 46).

A ausência de atendimento, pela Administração, do comando do despacho objurgado, não parece razoável. Bastava apresentar a prova da notificação e restaria desfeita a dúvida que assola o Juízo e se irradia nesta Corte. Preferiu a Administração o caminho mais tormentoso e dispendioso, interpondo agravo de instrumento e agravo interno. Aliás, como anuncia, já são 48 os agravos interpostos, tendo idêntico despacho do Togado a quo sido proferido em outros 3.000 executivos fiscais. E não é só, ainda pendem de ajuizamento e de constituição regular os tributos relativos aos anos de 1997 (parte), 1998, 1999 e 2000.

Não há, de sã consciência, como manter-se viva a expectativa de que a Administração pública observou o princípio da legalidade quando da constituição do crédito fiscal. A presunção está desfeita, pelo menos até que a Administração prove o contrário, ocorrendo, na hipótese, inversão do ônus, lançada pelo Juízo a suspeita sobre a regular constituição da CDA.

Finalmente, não sendo absoluta a presunção de legalidade do título fiscal, não se pode afastar do juiz o controle da execução, principalmente por força do art. 618, I, do CPC.

Diante do exposto, à unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Florianópolis, 3 de maio de 2001.

Alcides Aguiar,

Presidente com voto;

Cesar Abreu,

Relator.

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 00.010278-4, DE CAMPOS NOVOS

Relator: Des. Sérgio Paladino

Habeas corpus. Descumprimento dos deveres do falido. Prisão. Art. 35 do Decreto-Lei n. 7.661/45. Natureza administrativa.

Inaplicabilidade dos institutos de direito penal à hipótese que tal. Writ denegado.

A prisão de que trata o art. 35 da Lei de Quebras é administrativa, tendo sua decretação por escopo obrigar o falido a cumprir os deveres que lhe impõe a lei. Como não ostente caráter penal, não se lhe pode aplicar instituto próprio desse ramo do direito, a exemplo do que ocorre com a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.010278-4, da comarca de Campos Novos (2ª Vara), em que são impetrantes Luiz Sérgio Gris e Lilian de Cássia Casagrande Barazetti, sendo paciente Izair Cláudio Orlando e interessadas Agrofértil Comercial de Insumos Agrícolas, Siderúrgica Riograndense S.A. e Fitesa Fiação, Têxteis e Embalagens Plásticos S.A.:

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

Trata-se de habeas corpus impetrado por Luiz Sérgio Gris e Lilian de Cássia Casagrande Barazetti em favor de Izair Cláudio Orlando, objetivando evitar a segregação deste, decretada com fulcro no art. 35 da Lei de Quebras, em virtude de não ter, como representante legal da falida, cumprido as obrigações que lhe foram impostas.

Argumenta, em suma, que a ordem de prisão não pode prevalecer, posto que se operou a prescrição da pretensão punitiva do Estado, considerando-se que a falência foi decretada em 1989.

Denegada a medida liminar, a Dra. Juíza de Direito prestou as informações que lhe foram solicitadas.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, mediante parecer da lavra do Dr. Raul Shaefer Filho, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

Em que pesem os argumentos expendidos pelos impetrantes, a prisão infligida ao paciente é de natureza administrativa, tendo sido imposta com o intuito de obrigá-lo a cumprir os deveres a que está sujeito em face da condição de falido. Possui, portanto, natureza coercitiva e não punitiva.

A doutrina, em uníssono, consagrou esse entendimento, verbis:

“É a prisão administrativa, que não pode exceder de 60 dias, e que funciona como medida compulsória, a fim de coagir o falido ao cumprimento de suas obrigações, assegurando, assim, também, o regular movimento do processo falimentar” (Valverde, Trajano de Miranda, Comentários à Lei de Falências, vol. I, 4ª edição, 1999, Ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, pág. 257).

Descabida, portanto, a invocação da prescrição da pretensão punitiva do Estado na hipótese, tendo em vista que não ostenta caráter penal,

não se lhe podendo aplicar instituto próprio desse ramo do direito.

Nesse rumo, assentou a jurisprudência:

“Prisão administrativa — Decretação na pessoa do falido — Arts. 34, III, e 35 do Dec.-Lei n. 7.661/45 — Legalidade — Decisão fundamentada e expedida por autoridade judiciária — Inexistência de afronta ao princípio contido no art. 5º, LXVII, da CF” (RT 709/378).

Ante o exposto, denegou-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, emitindo parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 3 de agosto de 2000.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 00.014153-4, DE SÃO BENTO DO SUL

Relator: Des. Jorge Mussi

Habeas corpus — Inquérito policial — Retorno à delegacia para diligências, a pedido do Ministério Público — Segregação cautelar decretada há nove meses — Denúncia ainda não ofertada — Desobediência ao disposto no art. 46 do CPP — Evidente excesso de prazo — Constrangimento ilegal caracterizado.

Se o Ministério Público dispunha de elementos para o requerimento da prisão preventiva, não há justificar a falta deles para o oferecimento de denúncia, principalmente quando já excedido, em muito, o prazo constante do art. 46 do CPP.

Prisão preventiva decretada em razão de requerimento do Órgão Ministerial — Decisão que se limita a reproduzir as hipóteses autorizadoras previstas na lei (art. 312 do CPP) — Ausência de fundamentação — Ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal — Coação ilegal reconhecida.

“A prisão preventiva deve ser convincentemente motivada. Não basta mera repetição das palavras constantes do texto legal. É necessário que sejam declinadas as razões pelas quais, com a prisão, estaria garantida a ordem pública, ou se atenderia à conveniência da instrução criminal, ou seria assegurada a aplicação da lei penal” (HC n. 12.159, de Balneário Camboriú, rel. Des. José Roberge, DJSC de 26/7/95, pág. 5).

Ordem concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.014153-4, da comarca de São Bento do Sul (2ª Vara), em que é impetrante o Dr. Adriano Domingos Stenzoski, sendo paciente Iedo Roberto Debarba:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem por falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva e, por maioria de votos, conceder a ordem por excesso de prazo no oferecimento da denúncia.

1 — Trata-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. Adriano Domingos Stenzoski, com espeque nos arts. 5º, LXVIII, da Carta Constitucional, e 647 do Código de Processo Penal, em favor de Iedo Roberto Debarba, contra ato da Exma. Sra. Dra. Juíza de Direito da 2ª Vara da comarca de São Bento do Sul.

Informa o impetrante que o paciente e outro indiciado estão sendo investigados pela prática dos delitos descritos nos arts. 155, 168, 171 e 299, todos do Código Penal.

Sustenta que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, haja vista a expedição, pela autoridade impetrada, de mandado de prisão preventiva contra a sua pessoa sem a devida fundamentação, dessa forma, ferindo a Constituição em seu art. 93, inciso IX, que pressupõe a fundamentação de todas as decisões do Poder Judiciário, e também porque até a data da impetração ainda não havia sido oferecida a denúncia, haja vista a ausência de provas a embasá-la, tanto que o Ministério Público requereu o retorno do inquérito policial à Delegacia de Polícia, para diligências.

Alega que o paciente se ausentou do distrito da culpa com o intuito de evitar represálias e de preservar sua integridade física, pretendendo apresentar-se à autoridade judicial para esclarecimento dos fatos, argumentando, ainda, que no caso em tela não se verifica que solto poderá afetar a ordem pública, obstaculizar a instrução criminal ou tornar incerta a aplicação da lei penal, pressupostos fundamentais à expedição da segregação cautelar.

Requer, pelo exposto, a concessão da ordem, com o recolhimento do mandado de prisão preventiva contra si expedido, para que possa, assim, responder a todos os termos do processo em liberdade.

Instruem o pedido os documentos de fls. 7 a 17.

Oficiada, a autoridade impetrada apresentou suas informações, justificando a medida cautelar tomada (fls. 21/23) e juntando documentos (fls. 24/155).

Instada, a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

2 — O presente writ merece prosperar, devendo a ordem ser concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, como opinou o representante do Ministério Público ad quem, Dr. Vilmar José Loef, em seu parecer que, por bem-lançado, se transcreve e adota-se como razão de decidir, no que segue:

“O paciente e mais outro indiciado estão sendo investigados pela prática de crimes contra o patrimônio (arts. 155, 168, 171 e 299, todos do

Código Penal), de modo que foi requerido, pela Delegada de Polícia da Comarca, pedido de prisão preventiva, dos ora investigados, tendo o mesmo sido deferido pela Magistrada a quo.

“Apesar do decreto da preventiva ter saído no dia 18/11/99, este ainda não foi cumprido em virtude do paciente encontrar-se em local incerto e não sabido.

“Alega que além do despacho ser carente de fundamentação, até hoje não foi oferecida denúncia contra o impetrante, requerendo, para tanto, o salvo-conduto.

“Conforme as informações da autoridade coatora, a denúncia ainda não foi oferecida, tendo em vista a complexidade do inquérito policial que ‘já são em 4 (quatro) volumes, dado ao enorme número de documentos, cheques e representações que ainda estão chegando’ (fl. 22).

“Ocorre que desde o decreto da medida cautelar até hoje, já se passaram mais de seis meses sem que o mesmo fosse denunciado.

“É de se ter em mente que se havia condições suficientes para a decretação da prisão preventiva do paciente, não há como se dizer que não havia elementos convincentes para o oferecimento da peça inaugural. É sabido e recomendável, que em situação desta natureza, o Ministério Público ofereça a competente denúncia no prazo legal — inquérito não é imprescindível (STF, RTJ 64/343) —, ademais, segundo preceitua o artigo 46, § 2º, do Código de Processo Penal, a possibilidade de aditar a exordial é de lei.

“É o entendimento jurisprudencial:

‘Prisão preventiva. Decretação. Inquérito devolvido em seguida à Polícia para novas diligências. Inadmissibilidade. Constrangimento ilegal caracterizado. Habeas corpus concedido. Inteligência dos arts. 312 e 647 do CPP. Se há elementos nos autos para que o Ministério Público requeira a prisão preventiva do indiciado, há também elementos para o oferecimento da denúncia, sem prejuízo de diligências complementares a cargo da autoridade policial’ (RT 572/358).

“No tocante à fundamentação da preventiva, entendemos que a mesma é carente de fundamentação.

“A prisão preventiva é medida excepcional que deve ser motivada e amparada em elementos concretos de convicção e não em meras suposições. A ausência de fundamentação no despacho que decreta a prisão cautelar é passível de habeas corpus.

“A respeito do tema, Mirabete leciona:

‘A medida excepcional de decretação da prisão preventiva não pode ser adotada se ausente o fundamento legal. Deve ela apoiar-se em fatos concretos que a embasem e não apenas em hipóteses e conjecturas sem apoio nos autos’.

“E, mais adiante afirma:

‘Trata-se de medida cautelar de privação de liberdade que exige uma exposição fundada em dados concretos que motivem sua adoção, não bastando que o magistrado se refira genericamente aos autos, ou transcreva os dizeres da lei. Exige-se uma fundamentação que não diga respeito a me-

ras suposições. Caso tal ocorra, haverá constrangimento ilegal ensejador do pedido de habeas corpus...' (Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 2000, págs. 697 e 704) — (grifo nosso).

"Não se cogite aqui a hipótese de fundamentação sucinta, a qual, de acordo com a doutrina de Fernando de Almeida Pedroso, não se confunde com despacho carente de fundamento; entendo o autor que 'o despacho não necessita ser longo e atilado tal qual a análise do mérito em uma sentença condenatória. Pode ser sintético. Desde que traga, em seu âmago, a exposição sumária dos pressupostos em que se assenta o decreto de enclausuramento preventivo, deixando expressa a conveniência da custódia, atendida estará a exigência legal...' (Processo Penal: O Direito de Defesa, Repercussão, Amplitude e Limites, RT, SP, 2ª ed., 1994, págs. 103/104).

"A Corte Catarinense já decidiu:

'Habeas corpus — Falta de justa causa — Prisão preventiva — Ausência de fundamentação.

'1. (...).

'2. A prisão preventiva deve ser convincentemente motivada. Não basta mera repetição das palavras constantes do texto legal. É necessário que sejam declinadas as razões pelas quais, com a prisão, estaria garantida a ordem pública, ou se atenderia à conveniência da instrução criminal, ou seria assegurada a aplicação da lei penal...' (Habeas Corpus n. 12.159, de Balneário Camboriú, rel.

Des. José Roberge, in DJ n. 9.284, de 26/7/95, pág. 5).

"Na hipótese de prisão discricionária, colhe-se do colendo STF:

'A lei quer que o decreto de prisão preventiva seja materialmente fundamentado. Não basta que o Magistrado diga que a prisão é necessária ou conveniente. É mister que decline, objetivamente, o porquê. Pode fazê-lo concisamente, mas indicando, com precisão, em que consiste a necessidade ou a conveniência de que ela se relacione com os elementos dos autos' (RTJ 73/413, Min. Thompson Flores).

"Ainda:

'Penal. Prisão preventiva. Necessidade não justificada. Não demonstrada, suficientemente, a necessidade da prisão preventiva, merece prosperar o pedido de sua desconstituição. Recurso provido' (RSTJ 106/430)".

3 — À luz dos argumentos deduzidos, concede-se a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Torres Marques, restando vencido o primeiro quanto ao excesso de prazo no oferecimento da denúncia, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 22 de agosto de 2000.

Álvaro Wandelli,

Presidente;

Jorge Mussi,

Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.014707-9, DA CAPITAL**Relator: Des. Francisco Borges**

Habeas corpus. *Prisão preventiva. Policiais militares. CPPM, art. 255, alíneas a, c, d e e. Requisitos demonstrados.*

Justifica-se a prisão preventiva, que é medida urgente e necessária às investigações, quando os ilícitos imputados e as circunstâncias dos fatos são determinantes à caracterização de ofensa à ordem pública e aos princípios de hierarquia e disciplina, imprescindíveis à higidez de qualquer organização militar, atingidos pelo comportamento de agentes do Estado, cuja missão constitucional é a defesa da sociedade, além de causar insegurança na aplicação da lei penal militar.

Conforme a melhor doutrina “...o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa” (Mirabete).

Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.014707-9, da comarca da Capital (Auditoria da Justiça Militar), em que é impetrante Isael Marcelino Coelho, sendo pacientes Disney Jurandir Corrêa da Costa e outros:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Impetra o Dr. Isael Marcelino Coelho ordem de habeas corpus em favor de Disney Jurandir Corrêa da Costa, Ricardo Tavares, Luiz Carlos de Amorim, Edson Antônio Camacho, Edson Nascimento, Paulo Henrique de Souza, Sérgio Murilo da Conceição, Jailson Martins, Jerre Adriano de

Souza e Sérgio Valpir da Silva, relatando que os pacientes, policiais militares, encontram-se reclusos por força de prisão preventiva decretada pelo MM. Juiz Auditor da Justiça Militar do Estado de Santa Catarina, em face de requerimento do representante do Ministério Público, pois acusados de formar quadrilha que, durante aproximadamente cinco anos, teria cometido uma série de graves delitos na região, durante o serviço e também fora dele.

Sustenta, em suma, a inexistência dos pressupostos necessários à manutenção de suas custódias, ressaltando que os pacientes possuem residência fixa, conceito favorável na Polícia Militar, local certo de trabalho e são primários, afirmando que apenas

alguns dos acusados foram reconhecidos pelas vítimas e outros, inclusive, dispensados.

Afirma que as testemunhas do inquérito policial militar possuem íntima relação com o submundo das drogas e que as acusações efetuadas por estas e pela P-2 (Polícia Secreta) não possuem lastro probatório, não interferindo os pacientes na apuração dos fatos e tampouco na ordem pública, inexistindo prova de que irão furtar-se à aplicação da lei penal militar, requerendo, ao final, a revogação da medida cautelar, que já atingiu sua finalidade.

A autoridade impetrada informou que o decreto prisional foi determinado com base na vasta documentação apresentada, após intensa investigação realizada pelo Centro de Apoio a Investigações da Procuradoria-Geral de Justiça, juntamente com o serviço reservado da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina — P-2, que concluíram pela ocorrência de assaltos a agências bancárias, motéis e residências, tráfico ilícito de entorpecentes, dentre outros, cometidos pelos policiais acusados. Transcreveu, ainda, o teor das duas decisões que determinaram a segregação preventiva dos pacientes.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem, argumentando ser inviável a soltura dos pacientes, por “evidentes os pressupostos que a medida cautelar visa a assegurar, quais sejam: a aplicação da lei penal, a garantia da instrução processual e a própria vida das testemunhas, as quais estarão efetivamente em perigo, em caso de liberdade estejam os acusados” (fl. 187).

É o relatório.

Denota-se dos autos que a impetração fulcra-se basicamente na desnecessidade da segregação dos pacientes, que alega já ter cumprido seu papel, tangenciando a prova colhida no inquérito policial, cujo exame acurado escapa ao âmbito do habeas corpus.

Assinale-se que, segundo consta, a ação penal já contém mais de 2.000 páginas, portanto, muito, muito mais do que se está a analisar neste pleito.

A motivação arrolada nos requerimentos de prisão preventiva dos pacientes formulados pelo representante do Ministério Público (fls. 30/42 e 63/76) é substancial e contundente, escorada em depoimentos de pessoas que se dizem ameaçadas de sérias represálias e até de morte, caso deponham contra os acusados, transcrevendo as declarações de Iara Regina Laurindo, separada há aproximadamente dois meses do sd. Martins, e de Katia Regina Gonçalves, ex-esposa do mesmo policial, além de narrar os delitos alvo de longa investigação que culminou com a denúncia reproduzida às fls. 188/208.

Ocorre que os argumentos aduzidos pelo ilustre prolator dos decretos de prisão preventiva (fls. 43/46 e 77/81) são claros e convincentes, consignando a existência de vários crimes de alta gravidade imputados ao grupo formado pelos policiais denunciados, havendo, in casu, “evidente prova de fato delituoso e indícios claros de autoria (art. 254, alíneas a e b, do CPPM)”, ressaltando o alto “grau de periculosidade dos envolvidos, mencionando-se ainda fatos anterior-

res, queimando um veículo de um sargento e desferindo tiros contra a residência do tenente coronel Caminha, à época Comandante do 7º Batalhão da Polícia Militar, local em que servem os referidos policiais militares, tudo com intenção de intimidá-los”, a caracterizar nítida ofensa à ordem pública, causando insegurança na aplicação da lei penal militar e ofendendo os princípios de hierarquia e disciplina, base de qualquer organização militar, pressupostos previstos nos arts. 254 e 255 do Código de Processo Penal Militar para a decretação da medida extrema, como argumentou o representante ministerial em suas promoções.

Alude o douto Procurador de Justiça, em seu parecer de fls. 180/187, dentre outros aspectos, que “Basta uma pequena análise dos autos para se perceber que uma vez soltos, em risco estará a aplicação da lei processual penal e a própria vida das testemunhas e vítimas envolvidas, pois várias pessoas têm conhecimento dos fatos, mas muitos não têm coragem de se manifestar temendo represálias”. Além disso, “que os crimes em comento, no âmbito da legislação, seriam daqueles erigidos à categoria de hediondos e, consoante entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, a manutenção do seqüestro corporal encontra amparo na redação do inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, que estabelece que crimes desta natureza são insuscetíveis de liberdade provisória, com ou sem fiança”. E, mesmo sendo pacientes primários, com bons antecedentes, residência e empregos fixos, com conceito favorável na Polícia Militar, “como alegam, tais fatos não afastam a necessidade da segregação cautelar

e conforme certidão acostada às fls. 86/87, todos os acusados já tiveram passagens na Corporação em que serviam”. Por isso, entende inviável a soltura dos pacientes.

Mesmo que se argumente a inexistência de empecilho à aplicação da lei penal, ante os vínculos existentes entre os acusados e o distrito da culpa, onde residem, como em relação à Corporação, assim como o fato de, aparentemente, não estarem criando óbice à instrução criminal, a situação não se esgota neste ponto.

Ocorre que, no tocante à garantia da ordem pública, a autoridade impetrada justificou a necessidade da custódia cautelar dos pacientes consignando às fls. 43 e 44 destes autos:

“A prisão preventiva requerida pelo Ministério Público é medida urgente e necessária às investigações, além de preservar os princípios da hierarquia e disciplina, gravemente atingidos pelo comportamento de agentes do estado que têm o dever de proteger a sociedade e não agir contra ela.

“Depreende-se das provas coletadas que uma quadrilha formada por policiais militares está praticando crimes de roubo, furto, com envolvimento em tráfico de entorpecentes, descrevendo, ainda, outras infrações quando de serviço, além de constantes ameaças a policiais militares e, em especial, a Katia Regina e Iara Regina Laurindo, ex-esposas do soldado Jailson Martins.

“A medida, extraordinária, e imprescindível à coleta de outras provas da participação dos policiais militares nos delitos narrados, fundamenta-se na evidente prova de fato delituoso e indícios claros de autoria (art. 254, alí-

neas a e b, do CPPM), descritos na investigação e sintetizados pelo ilustre Promotor de Justiça (fls.).

“As ameaças e atos concretos descritos por Iara Regina Laurindo demonstram o grau de periculosidade dos envolvidos, mencionando-se ainda fatos anteriores, queimando um veículo de um sargento e desferindo tiros contra a residência do tenente coronel Caminha, à época Comandante do 7º Batalhão de Polícia, local em que servem os referidos policiais militares, tudo com intenção de intimidá-los.

“Esses atos são determinantes à caracterização de ofensa à ordem pública, causando insegurança na aplicação da lei penal militar, e, em consequência, ofendendo os princípios de hierarquia e disciplina, imprescindíveis à higidez de qualquer organização militar (art. 255, alíneas a, c, d e e, do CPPM)”.

Conclui esse decreto com citações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pertinentes ao significado de ordem pública e à primariedade dos indiciados.

Destaca-se do segundo despacho em que ordenou a prisão dos policiais Edson Camacho, Jerre Adriano de Souza e Luiz Carlos Amorim a menção relativa aos pacientes de que “os ilícitos a eles imputados são determinantes à caracterização de grave ofensa à ordem pública, salientando-se, repita-se, a circunstância de serem policiais militares, cuja missão constitucional é a defesa da sociedade. A gravidade dos fatos causa insegurança na aplicação da lei penal militar, e, em consequência, ofende os princípios de hierarquia e disciplina,

imprescindíveis à higidez de qualquer organização militar (art. 255, alíneas a, c, d e e, do CPPM)”.

E arremata:

“Não suficiente a fundamentação supra, extrai-se ainda do brilhante parecer ministerial, aduzindo-se-o como motivação da custódia:

‘O extenso rol de crimes perpetrados pela malsinada quadrilha, todos de nefasta repercussão, a forma audaciosa empregada na sua execução, com o aproveitamento das vantagens decorrentes da condição de militar, aliado ao fundado temor que provocam àqueles que presenciaram os fatos ou mesmo que deles tomaram conhecimento, inclusive com ameaças de morte, evidenciam a premente necessidade da custódia cautelar dos componentes da quadrilha, assegurando-se desta forma o normal prosseguimento das investigações, com a completa elucidação dos crimes praticados, bem como preservando-se a integridade física das inúmeras pessoas ameaçadas, garantindo-se deste modo a manutenção da ordem pública e o desenvolvimento normal da instrução criminal’ (fl. 331)” (fl. 79).

Pertinente, pois, a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia,

a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional" (Código de Processo Penal Comentado, 6ª ed., Atlas, pág. 414).

As imputações que pesam contra os pacientes são extremamente graves, como organização de grupo para a prática de violência, homicídios qualificados, ameaças, atentados violentos ao pudor, estupros, furtos e roubos qualificados, prevaricação, entre outros, causadoras de grande repercussão e indignação no meio social, a exigirem rigor na atuação judiciária e, assim, há de se ter por inegavelmente justificada a medida hostilizada.

Ao Magistrado, atento às circunstâncias que permearam os fatos e minúcias do caso, mais próximo à apuração dos aludidos eventos, há de se lhe conferir a necessária confiança para avaliá-los no seu contexto, porquanto possui melhores condições de sopesar a conveniência da medida vexatória, ao menos neste momento processual.

São precedentes deste Órgão Fracionário:

"Habeas corpus — Prisão preventiva — Prática dos crimes de lesões corporais, perigo para a vida ou saúde de outrem, seqüestro e furto — Necessidade da segregação demonstrada — Garantia da ordem pública — Princípio da confiança no juiz do processo.

"Demonstrada a necessidade da custódia cautelar como forma de garantir a ordem pública, ainda que de forma sucinta, não há falar em falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva.

"O juiz da instrução, próximo dos fatos, é quem melhor pode avaliar a necessidade da segregação antecipada" (HC n. 99.006755-6, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Paulo Gallotti, DJ de 30/6/99).

"Habeas corpus — Prisão preventiva — Estelionato e furto qualificado — Prova da materialidade e indícios suficientes de autoria — Medida decretada para a garantia da ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal — Princípio da confiança no juiz do processo.

"Primariedade, bons antecedentes, profissão definida e residência no distrito da culpa não são fatores que impeçam a decretação da prisão preventiva, se ocorrentes um dos motivos previstos no art. 312 do CPP; no conceito de ordem pública, não se visa apenas a prevenir a reprodução de atos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão.

'Não se deve perder de vista que o juiz do processo, conhecedor do meio ambiente, próximo dos fatos e das pessoas neles envolvidas, dispõe normalmente de elementos mais seguros à formação de uma convicção em torno da necessidade da medida' (RTJ 91/104)" (HC n. 98.017872-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Genésio Noll, DJ de 10/3/99).

Por esses fundamentos, denega-se a ordem.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Genésio Nollí e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nilton Macedo Machado e Nelson Schaefer Martins. Lavrou parecer, pela douta Procurado-

ria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 22 de agosto de 2000.

Francisco Borges,
Presidente para o acórdão e Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.015089-4, DE POMERODE

Relator: Des. Francisco Borges

Concussão. Cobrança indevida de serviços médicos por profissional conveniado ao SUS. Competência da Justiça Estadual.

Predominante nos tribunais o entendimento de que compete à Justiça Estadual processar e julgar os processos movidos contra médicos que, cadastrados no Sistema Único de Saúde — SUS, cobram indevidamente verbas do usuário desse serviço público, por ocasionar, em verdade, prejuízo ao particular.

Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.015089-4, da comarca de Pomerode, em que é impetrante Dr. Romeu Falconi, sendo paciente Eckart Rudolf Liesenberg:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Impetra o Dr. Romeu Falconi pedido de habeas corpus em favor de Eckart Rudolf Liesenberg, denunciado juntamente com Ilário Borchardt, por infração ao art. 316, caput, do Código Penal, alegando, em suma, a incompetência da Justiça Estadual para apreciar o feito, porquanto sendo o paciente médico cadastrado no Siste-

ma Único de Saúde — SUS, cujas verbas são provenientes da União Federal, há interesse direto desta, sendo competente a Justiça Federal para o processamento da ação penal.

Requer, ao final, o trancamento da ação penal, com a declaração de nulidade de todo o processo, inclusive da fase inquisitorial, eis que ausente a competência funcional de todos os envolvidos ou, alternativamente, a remessa dos autos à Justiça Federal.

Negada a liminar e dispensadas as informações da autoridade impetrada, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela denegação da ordem.

É o relatório.

Não assiste razão ao impetrante, porquanto a jurisprudência predominante posiciona-se no sentido da competência da Justiça Estadual para processar e julgar os processos movidos contra médicos que, cadastrados no Sistema Único de Saúde — SUS, cobram indevidamente verbas do usuário do aludido serviço público, acarretando, em verdade, prejuízo ao particular.

Nesse sentido, os julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Processual penal. Habeas corpus. Cobrança indevida de remuneração de serviços médicos por profissional conveniado ao SUS. Competência da Justiça Estadual.

— Compete à Justiça Estadual, conforme entendimento predominante nesta Corte, processar e julgar delito de concussão praticado por médico conveniado ao SUS que cobra vantagem indevida de paciente.

“Recurso provido” (RHC n. 9.589/RS, rel. Min. Félix Fischer, DJU de 19/6/00).

“Recurso ordinário em habeas corpus. Processo penal. Cobrança indevida de honorários médicos. Beneficiário do SUS. Competência da Justiça Estadual.

“A possível prática do crime de concussão (art. 316 do CP), praticado por médico do SUS, contra pacientes internados pelo SUS (cobrança indevida de taxas extras pela prestação de serviços médico-hospitalares) não se enquadra nas hipóteses de competência da Justiça Federal, previstas no art. 109, IV, da CF, porquanto ausente qualquer prejuízo a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias e empresas públicas, não se

deslocando para a Justiça Federal a competência para apreciar o inquerito.

“Recurso parcialmente provido, anulando-se o processo a partir da denúncia, inclusive” (RHC n. 8.146/RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 22/3/99).

E, por fim:

“Recurso de habeas corpus. Beneficiário do SUS. Cobrança indevida de honorários médicos. Denúncia. Competência da justiça comum para julgar o feito.

“1. Crime, em tese, de concussão, praticado por médico responsável por hospital conveniado do SUS. Cobrança indevida que acarreta prejuízos ao particular, e não à União Federal.

“2. Recurso parcialmente provido, para determinar seja o feito anulado a partir do recebimento da denúncia, com a remessa dos autos ao Juízo Comum, competente para o julgamento” (RHC n. 8.174/RS, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 22/3/99).

Extrai-se do mencionado decisor:

“A CF/88, art. 109, determinou a competência dos juízes federais para processar e julgar os ‘crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas’.

“A presente ação visa a apurar crime de concussão, praticado por médico responsável por hospital conveniado do SUS. Não se verifica, portanto, ter a cobrança indevida acarretado prejuízo à União Federal. O prejuízo, na verdade, coube ao parti-

cular, carente, que se viu obrigado a arcar com dispendioso tratamento médico.

“Esta Corte já se manifestou inúmeras vezes nesse sentido. Há que ser reconhecida a competência, em hipóteses como esta, da Justiça Comum”.

Colhe-se do excelso Pretório:

“Habeas corpus. Crime de concussão. Delito praticado por dirigente de hospital credenciado contra segurado do INSS. Competência da Justiça Estadual. Nulidade do processo.

“A prática do crime de concussão por dirigentes de hospitais privados vinculados por convênios à assistência médica da seguridade social contra segurado não faz competente a Justiça Federal, se não se encontra demonstrado que resultou prejuízo para a União Federal, suas autarquias ou empresas públicas.

“Habeas corpus deferido para anular o processo a partir da denúncia, inclusive” (HC n. 77.717-7/RS, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 12/3/99).

Por esses fundamentos, denega-se a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nilton Macedo Machado e Nelson Schaefer Martins. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 15 de agosto de 2000.

Genésio Nolli,
Presidente;
Francisco Borges,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.016502-6, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Francisco Borges

Estupro. Paciente foragido. Prisão preventiva decretada no curso do processo. Condenação. Negativa do direito de apelar em liberdade. Ordem denegada.

Persistindo os motivos ensejadores da prisão preventiva do paciente, foragido desde o início do processo, e considerando que a sentença atacada fundamentou suficientemente a necessidade da sua custódia, de acordo com os ditames da Lei n. 8.072/90, impossível acolher-se pedido para apelar em liberdade.

Novaes Luz, sendo paciente Pytter Elias dos Santos Jesuíno:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.016502-6, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é impetrante Luciano de

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Cuida-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. Luciano de Novaes Luz em favor de Pytter Elias dos Santos Jesuíno, relatando que o paciente foi representado em 16/12/96 por infração ao art. 213 do Código Penal, e, concluído o inquérito, foi decretada sua prisão preventiva e oferecida a denúncia, sendo posteriormente negado pedido de revogação da medida cautelar, por entender a Magistrada que se fazia necessária a continuidade da decisão, a fim de garantir a ordem pública e para conveniência da instrução criminal, sendo posteriormente sentenciado o feito, com a condenação do paciente.

Aduz que o paciente é estudante de engenharia, possui família e residência fixa, ficando demonstrado nos autos que não praticou o delito descrito na denúncia, ou no mínimo há dúvidas sobre tal fato.

Clama pela concessão do direito de o paciente apelar em liberdade, negado na sentença condenatória, apesar de a Magistrada apresentar motivos favoráveis à sua absolvição.

A autoridade impetrada informou que o réu foi condenado à pena de 6 anos de reclusão por infração ao art. 213, caput, do CP c/c art. 2º da Lei n. 8.072/90, a ser cumprida em regime fechado, sendo negado o direito de apelar em liberdade, encontrando-se o réu foragido até o presente momento.

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

É o relatório.

A argumentação trazida a lume pelo impetrante cinge-se a pretensa inocência do paciente no tocante aos

fatos narrados na exordial acusatória, salientando que, no mínimo, as provas colacionadas aos autos traduzem dúvida quanto à condenação, alegando possuir ele residência fixa, família e ser estudante de engenharia.

Evidentemente, tal argumentação não destrói a forte fundamentação existente no decreto de prisão preventiva (fls. 11/13) e tampouco a bem-lançada decisão constante no corpo da sentença condenatória, na qual fundamentadamente e, de acordo com a legislação pátria, a douta Magistrada sentenciante negou a possibilidade do apelo em liberdade.

Além de ser notória a impossibilidade de avaliação de provas em sede de habeas corpus, saliente-se que o impetrante não juntou ao feito qualquer demonstração de suas alegações, destituídas de qualquer solidez, colhendo-se da sentença ataca-da argumentos fortes e coerentes amparados no conjunto probatório que culminaram pela elaboração do edito condenatório.

Ademais, a reforçar a impossibilidade da revogação da medida, o fato de que o paciente se encontra foragido desde o início do processo, quando decretada sua prisão preventiva, revela estarem ainda presentes os pressupostos que embasaram a medida cautelar.

Ao decidir acerca do direito do réu apelar em liberdade, a douta Magistrada primária consignou:

“O acusado praticou o crime durante a vigência da Lei n. 8.072 de 25/7/90, ou seja, a lei dos crimes hediondos e, por isso, não poderá apelar da sentença em liberdade e o regime

de cumprimento da pena será o fechado.

“À fl. 29 esta Autoridade decretou a prisão preventiva do denunciado e até a presente data não foi preso, pois se evadiu do distrito da culpa.

“Há necessidade de custodiá-lo para garantia da aplicação da lei penal, eis que certamente se liberado para apelar não comparecerá para cumprir a pena e continuará foragido.

“Daí a decisão de que não poderá apelar em liberdade” (fls. 28/29 destes autos).

Esta Corte já decidiu que “O § 2º do art. 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, rel. Des. Álvaro Wandelli, DJ de 1º/3/96).

No mesmo sentido, cita-se desta Câmara:

“Habeas corpus — Tráfico de entorpecentes — Condenação — Apelação em liberdade — Lei n. 8.072/90, art. 2º, § 2º — Lei n. 6.368/76, art. 35 — Paciente que respondeu ao processo em liberdade — Prisão sem fundamentação de sua necessidade — Ordem concedida.

“O § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 admite que o condenado por tráfico de entorpecentes apele em liberdade, cometendo ao Juiz a tarefa

de decidir fundamentadamente a respeito. Não subsiste, portanto, a vedação absoluta do art. 35 da Lei n. 6.368/76.

“A decisão judicial deve ser fundamentada num ou noutro sentido, não estampando a melhor exegese do dispositivo o entendimento de que só é mister o capítulo pertinente a sentença condenatória apresentar-se motivado quando for o caso de reconhecer-se o direito à apelação em liberdade” (HC n. 11.279, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 30/12/93).

Todavia, tendo em conta que evidentemente ainda persistem os motivos ensejadores da edição da decisão segregatória do paciente e que a sentença atacada fundamentou suficientemente a necessidade da custódia do acusado, de acordo inclusive com os ditames da Lei n. 8.072/90, faz-se impossível a concessão da ordem.

Por esses fundamentos, denega-se a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nilton Macedo Machado e Nelson Schaefer Martins. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 12 de setembro de 2000.

Genésio Nolli,

Presidente;

Francisco Borges,

Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.013750-2, DE CRICIÚMA**Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

Habeas corpus. Roubo com incidência de duas causas especiais de aumento de pena (concurso de agentes e uso de arma de fogo). Pretendido trancamento da ação penal, em face da ausência de justa causa para a deflagração da ação penal. Indícios suficientes da participação do paciente no cometimento das ações delituosas autorizando o oferecimento da denúncia. Revogação da prisão preventiva. Presentes os pressupostos para a medida excepcional. Paciente que responde a outros processos por crimes de extorsão, homicídio qualificado e roubo. Reiteração criminosa. Impossibilidade de revogação do decreto segregatório. Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.013750-2, da comarca de Criciúma, em que é impetrante Claudio Gastão da Rosa Filho, sendo paciente Daniel Nunes Flores:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem

Na comarca de Criciúma Daniel Nunes Flores foi denunciado como infrator dos artigos 157, § 2º, incisos I e II (três vezes), e 288, parágrafo único, do Código Penal, pois segundo a inicial, embora não tenha participado diretamente das ações delituosas, prestava auxílio à sua consecução, com informações “privilegiadas sobre a data e o local onde encontrariam o dinheiro...”.

Por meio de habeas corpus, impetrado pelo Dr. Claudio Gastão da Rosa Filho, é pretendido o trancamento da ação penal, por ausência de justa causa, ante a inexistência de correlação entre o que foi afirmado na exordial e os elementos probatórios

contidos no inquérito policial. Segundo suas palavras, “Falta-lhe, porque, ao contrário de refletir alguma correspondência, mínima que seja, entre a conduta atribuída ao paciente e o contexto fático retratado pelos elementos de convicção enfeixado no caderno investigatório, revela-se como o encadeamento de exercício de pura imaginação, que se sucedem num processo de abstração mental como se a peça introdutória de uma ação penal pudesse trilhar os mesmos caminhos de um romance policial ou tópico de uma obra de ficção jurídica, confundindo o disposto no artigo 43, III, 2ª parte, c/c o art. 18 do Código de Processo Penal”. Caso contrário, pretende a revogação da prisão preventiva.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Demétrio Constantino Serratine, posicionou-se pela denegação da ordem, pois, segundo afirmado, “verificamos no caso ora analisado que a denúncia descreveu contra o paciente fato delituoso, em tese, havendo também razoável aparência de realidade e possibilidade de ocorrência que necessitam

de maior indagação jurídica na busca da verdade, não sendo permitido trançar, através da via eleita, a ação penal já iniciada, amparando o ordenamento jurídico que rege a espécie e conforme acima enfocado, denegando-se em consequência o habeas corpus impetrado”.

É o relatório.

Como ressaltado na inicial, o objetivo da impetração não é analisar o elenco probatório, medida impertinente à espécie, mas vislumbrar na hipótese aventada a existência de um mínimo que justifique a ocorrência de indícios de autoria, não havendo necessidade de prova inquestionável, pressuposto inexistente na ótica do impetrante.

Consoante nos diz Julio Fabbrini Mirabete, “Ultimamente tem-se incluído como causa de rejeição da denúncia ou da queixa por falta de condição exigida pela lei (falta de interesse de agir) a inexistência de elementos indiciários que amparem a acusação. É realmente necessário que a inicial venha acompanhada de um mínimo de prova que demonstre ser ela viável; é preciso que haja *fumus boni iuris* para que a ação penal tenha condições de viabilidade pois, do contrário, não há justa causa. Tem-se exigido, assim, que a inicial venha acompanhada de inquérito policial ou prova documental que a supra, ou seja, de um mínimo de prova sobre a materialidade e a autoria, para que opere o recebimento da denúncia ou da queixa, não bastando, por exemplo, o simples oferecimento da versão do queixoso. Evidentemente não se exige prova plena nem um exame aprofundado e valorativo dos elemen-

tos que tornam verossímil a acusação. É indispensável, porém, que haja um princípio de correspondência entre o fato imputado e o comportamento do agente retratados nos autos do inquérito ou das peças de informação para que a denúncia seja recebida. Permanece, porém, uma corrente jurisprudencial no sentido contrário, de que há justa causa para o processo se na denúncia ou queixa se descreve um crime em tese” (Processo Penal, Editora Atlas, 1998, págs. 138/139).

A denúncia aponta o paciente como partícipe das condutas delituosas, assertiva que encontra guarida no depoimento prestado por Veridiana Eme da Silva, companheira do paciente, que o apontou como autor reiterado de práticas delituosas, no que diz respeito ao tráfico ilícito de entorpecente, e especificamente, esclareceu “relativamente aos assaltos praticados, esclarece que Daniel, normalmente não participa diretamente dos mesmos, participando com empréstimo do seu veículo ou como motorista”.

Relativamente a um dos roubos perpetrados, ao que tudo indica, não constante da denúncia, esclareceu “que o produto do roubo que ficou para Daniel, um telefone e trinta relógios, os mesmos vendeu para a pessoa de Jerônimo...”.

No relatório constante à fl. 101 é ressaltada a ligação do paciente com Carlos Roberto da Silva, vulgo “Chu”, também incluído na denúncia: “Contactando com vizinhos que não quiseram se identificar, estes reconheceram por fotografia Daniel Nunes Flores, Sérgio Augusto Arruda de Souza e Adelar Machado Fraga, sen-

do o primeiro e o último como pessoas vistas com frequência na residência apontada como sendo do tal “Chu”, e o segundo como sendo morador, já há algum tempo, daquela residência”.

A respeito, duas decisões:

“Embora seja possível, através de habeas corpus, o trancamento da ação penal se esta se mostra inteiramente descabida, seja por não configurarem os fatos qualquer crime, seja pela pronta e inquestionável evidência da não participação do paciente no ilícito, é de negar-se o writ impetrado com aquele objetivo se a denúncia descreve fatos que constituem crime em tese e a inocência do denunciado somente poderá ser reconhecida após realização de provas a serem produzidas na instrução” (Supremo Tribunal Federal — RT 593/459).

“Para recebimento da denúncia é desnecessária a prova completa e taxativa da ocorrência do crime e seu autor, bastando fundada suspeita de autoria e prova da materialidade dos fatos” (TJSP — RT 671/312).

Portanto, em tema de denúncia, quando necessário, tão-somente, indícios de autoria, não há como afastar, pelo reconhecimento de falta de justa causa, o paciente da ação penal. Há um mínimo justificando o seu recebimento.

A prisão preventiva foi decretada no interesse da ordem pública, quando salientada a circunstância de serem graves os crimes cometidos (três roubos em curto lapso temporal), sendo apontado escólio de Julio Fabbrini Mirabete, de seguinte teor: “embora não se tenha firmado na jurisprudência um conceito estratificado para

a expressão ‘garantia da ordem pública’, a periculosidade do réu tem sido apontada como o fator preponderante para a custódia cautelar. O conceito de ordem pública se limita principalmente a prevenir a reprodução de fatos criminosos pelo réu, quer seja ele acentuadamente propenso às práticas delituosas, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida” (fl. 118).

A par dos crimes a que responde no processo em referência, não é possível deixar de ser apontado o conteúdo da certidão de fl. 147, embora não mencionado no despacho impugnado, dando conta de que o paciente responde a mais quatro processos, dizendo respeito aos crimes de formação de quadrilha, roubo (2), extorsão e homicídio qualificado. Portanto, cuida-se de pessoa propensa à prática de delitos violentos, impondo a reiteração delituosa a necessidade de sua segregação prévia, no interesse da ordem pública.

Em face do exposto, a ordem é denegada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 8 de agosto de 2000.

Álvaro Wandelli,

Presidente com voto;

Maurílio Moreira Leite,

Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.016056-3, DA CAPITAL**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

Ação penal — Denúncia — Concurso de agentes — Descrição genérica — Inadmissibilidade — Violação à cláusula constitucional do devido processo legal — Direito à acusação pormenorizada — Inépcia da exordial decretada — Habeas corpus concedido.

No sistema de garantias constitucionais e convencionais, mesmo em crimes societários, de autoria coletiva ou plurissubjetivos, não mais se admite denúncia com acusação genérica, porquanto tal peça deve descrever as condutas imputadas a cada agente de forma clara, precisa e individualizada, pois o fato, com todas as suas circunstâncias, é que constitui o objeto ou causa material do processo penal.

Viola a cláusula garantista do devido processo legal da qual o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a motivação das decisões e o juiz natural constituem aspectos complementares, a denúncia que, de forma genérica e contrariando o comando do art. 41 do CPP, não contém exposição detalhada do fato criminoso “com todas as suas circunstâncias” que deve ser imputado individualmente a cada um dos agentes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.016056-3, da comarca da Capital (2ª Vara Criminal), em que é impetrante o Dr. Péricles Luiz Medeiros Prade, e pacientes Sandra Gabbi Franco, João Carlos Zeferino, Afonso Celso Daufembach, Fernando Cláudio dos Santos Reinert, Joglacir Antônio de Lima e Darci Müller:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

Trata-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. Péricles Luiz Medeiros Prade em favor de Sandra Gabbi Franco, João Carlos Zeferino, Afonso

Celso Daufembach, Fernando Cláudio dos Santos Reinert, Joglacir Antônio de Lima e Darci Müller, objetivando o trancamento de ação penal contra eles instaurada perante o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca da Capital, imputando-lhes a prática dos crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo previstos nos arts. 4º, I, f, 7º, VII, c/c o art. 11, todos da Lei n. 8.137/90, na forma do art. 71 do CP.

Sustentou o impetrante que há falta de justa causa motivadora do constrangimento ilegal reclamado, a partir da inépcia da exordial por ser imprecisa e obscura, decorrer de fato atípico e não descrever a conduta in-

dividualizada dos pacientes, devendo ser trancada a ação penal.

As informações foram dispensadas, “face à documental com cópia integral do processo” (fls. 69).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Robison Westphal, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

1. Inicialmente, transcreve-se o inteiro teor da denúncia impugnada para, depois, proceder-se ao exame dos argumentos despendidos pelo ilustre impetrante.

Da exordial:

“Consta do Inquérito Policial em anexo que, no ano de 1997, os denunciados Pedro Carneiro da Silva e Renério Moura de Campos, proprietários da Empresa ‘AAA Desentupidora Ajato’, com sede nesta Comarca, através e juntamente com os acusados João Carlos Zeferino, Afonso Celso Daufembach, Mauro Floriani, Fernando Cláudio dos Santos, Joglacir Antônio de Lima e Darci Müller, todos funcionários da Listel — Listas Telefônicas S.A., com a convivência desta, promoveram publicação comercial nas denominadas ‘Páginas Amarelas’ da Lista Telefônica daquele ano, constando, além do ‘informe’ da aludida empresa, outras fictícias, de nomes ‘Desentupidora Roterlimp’ e ‘Desentupidora AAA Desentop Tudo’ todas com números de telefones diversos, porém, no momento em que o consumidor efetuava ligações para estes, ‘caíam’ todas no telefone principal da ‘Empresa Desentupidora Ajato’, impedindo, destarte, o funcionamento e/ou desenvolvimento das demais empresas estabelecidas licitamente,

prejudicando a livre concorrência, bem como induzindo o consumidor a erro, eis que a indicação dos telefones e empresas eram falsas e enganosas, conforme demonstra à fl. 54.

“Consta ainda que, no ano de 1998, os acusados Pedro Carneiro da Silva e Arlete Lúcia dos Reis Silva, proprietários da ‘Empresa Desentupidora Ajato’ e Ana Lúcia dos Reis Tápia, proprietária da Empresa ‘Unicenter Reis’, utilizando-se do mesmo artifício, e, contando com a participação dos também denunciados João Carlos Zeferino, Sandra Gabbi Franco, Afonso Daufembach, Fernando Cláudio dos Santos, Joglacir Antônio de Lima e Darci Müller, estes funcionários da Listel, promoveram, em páginas distintas da Lista Telefônica, denominadas ‘espelhadas’, do aludido ano, a publicação da Empresa ‘Desentupidora Ajato’ e das fictícias ‘Solução’, ‘Desentupidora Roterlimp’ e ‘Desentop Tudo’, bem como da Empresa ‘Desentupidora Unicenter Reis’ e da fictícia ‘Hidro Flash’, respectivamente, impedindo, novamente, o funcionamento e/ou desenvolvimento das demais empresas estabelecidas, obstruindo a livre concorrência, e, induzindo, da mesma forma, o consumidor a erro, conforme ‘atesta’ às fls. 146/147.

“Destaca-se, também do caderno indiciário, a existência da publicação em forma de panfletos publicitários, em nome das empresas fictícias ‘Especialista Desentupidora’, ‘Desentupidora Resoltec’ e ‘Hidro Flash’, todas com números telefônicos diversos, mas que resultam no telefone principal da empresa ‘Desentupidora Unicenter Reis’ de propriedade de Ana Lúcia dos Reis Tápia.

“Assim agindo, os denunciados Pedro Carneiro da Silva, João Carlos Zeferino, Afonso Daufembach, Fernando dos Santos Reinert, Joglaciir Antônio de Lima e Darci Müller violaram as normas contidas no artigo 4º, I, f, e artigo 7º, VII, c/c artigo 11, todos da Lei n. 8.137/90, na forma do artigo 71 do Código Penal, bem como os acusados Renério Moura de Campos, Arlete Lúcia dos Reis Silva, Sandra Gabbi Franco e Mauro Floriani infringiram as normas dispostas no artigo 4º, I, f, e artigo 7º, VII, c/c artigo 11, todos da Lei n. 8.137/90, e a denunciada Ana Lúcia dos Reis Tápia violou as normas dispostas no artigo 4º, I, f, e artigo 7º, VII, c/c artigo 69, do Código Penal, razão pela qual lhes exigimos, por imposição da Justiça, as sanções penais retributivas, e, para tanto, requeremos”.

2. A ordem deve ser concedida, porquanto a peça exordial efetivamente ofendeu a garantia constitucional do devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, do qual o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a motivação e o juiz natural constituem aspectos complementares (José Carlos Barbosa Moreira, Aspectos Processuais Cíveis na Nova Constituição, in Revista de Direito da Defensoria Pública, n. 4, págs. 102/103).

José Afonso da Silva, ao tratar das garantias constitucionais individuais à luz da nova Carta, escreve:

“O princípio do devido processo legal entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Magna Carta inglesa: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo le-

gal (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude da defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o processo, e quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais, conforme autorizada lição de Frederico Marques” (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 9ª ed., 2º t., 1993, pág. 378).

Reconhece-se a evolução da garantia, que passou de caráter simplesmente processual, “destinada na origem a assegurar a regularidade do processo penal”, para um postulado substantivo (substantive due process), capaz de condicionar, no mérito, a validade das leis e da generalidade das ações do poder público (Railda Saraiva, A Constituição de 1988 e o Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 1992, pág. 62).

Mas, na acepção puramente processual, o devido processo legal impõe “obediência estrita das normas processuais, de forma que o processo penal traduza iguais oportunidades das partes no plano processual, a ampla defesa como todos os recursos inerentes, o contraditório, as demais garantias do juiz natural, publicidade e motivação dos atos judiciais” (Luiz Gustavo Grandinetti Castanho Carva-

lho, *O Processo Penal em face da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 1992, pág. 49).

Para garantir o devido processo penal, a ação judiciária deve realizar-se, “atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais, quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental, e de sorte a tornar efetiva a atuação da Justiça Criminal, tanto na infligção e na concretização da pena, ou da medida de segurança, como na afirmação ao *ius libertatis*” (Rogério Lauria Tucci, *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1993, pág. 71).

Nessa linha, vale lembrar que o art. 41 do Código de Processo Penal estabelece, de forma cogente, que “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou estabelecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

3. A denúncia impugnada, como visto da sua transcrição, limitou-se a acusar os pacientes de forma abstrata e genérica, não só não especificando datas, valores e resultados decorrentes, como não descrevendo as condutas (ação ou omissão) individuais de cada um e as circunstâncias dos eventos tidos como criminosos, muito menos a base fática.

Ora, para que se possa exercer os direitos constitucional e convencionalmente garantidos (vide arts. 5º, § 2º, da CRFB, e 8º, item 2, letra b, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo texto foi aprovado pelo

Congresso Nacional e promulgado pelo Decreto Legislativo n. 27, de 1992), é necessário saber, com antecedência e de forma pormenorizada, a imputação formulada, o que somente será possível se a denúncia descrever a conduta criminosa de maneira clara, precisa e individualizada, não se admitindo utilização de expressão ambígua “e/ou” muito menos “massificação de responsabilidade, por não individualizado as condutas supostamente ilícitas” (nas expressões da impetração — fl. 19).

Joaquim Canuto Mendes de Almeida ensinou que ninguém “pode defender-se sem conhecimento dos termos da imputação que lhe é feita. Essa revelação de fatos e de provas ao indiciado, essa acusação do seu crime é, também, uma garantia necessária da defesa que, não obstante, importa, naturalmente, ao menos na forma, uma contrariedade antecipada às alegações e provas do acusado” (*Processo Penal, ação e jurisdição*, apud Rogério Lauria Tucci, *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1993, pág. 214).

Na mesma linha de entendimento, a lição de Fernando de Almeida Pedrosa, para quem “A imputatio facti deve fixar com exatidão a conduta do acusado, de maneira precisa, certa e bem individuada, pois o fato, com todas as suas circunstâncias, é que constitui o objeto ou causa material do processo penal”. (...)

“Ciente da imputação fática que em denúncia lhe é feita e sabedor que a sentença apreciará unicamente o fato que lhe é irrogado, estabelecendo, então, as emanações jurídicas que do

mesmo não de emergir, o acusado encontra, na preambular acusatória do processo, o *punctum pruriens* relevante para a sua defesa, pelo conhecimento que se lhe dá do fato que lhe é atribuído. (...)

“Nesse tom, advertiu o Juiz Silva Franco, como relator do Rec. 184.801, de São Simão, no TACrimSP, que: ‘Num processo de tipo acusatório, não se compreende que o objeto da acusação fique ambíguo, indefinido, incerto ou logicamente contraditório, pois é ele que estabelece os limites das atividades, cognitiva e decisória, do Juiz’. (...)

“Outrossim, consoante também obtemperou o Min. Pedro Chaves, como relator do HC 42.303, no STF, a narração do fato delituoso constitui-se em exigência formal da denúncia, ligada à garantia da defesa do acusado. E acentuou, na ocasião: ‘Se a denúncia acusatória não for clara, precisa e concludente, não se poderá estabelecer o contraditório em termos positivos, com evidente prejuízo para a defesa, sujeita a vagas acusações’.

“(…).

“De tal arte, a peça inaugural do processo penal, no tópico descrito, deve compreender — em toda sua constituição — o tipo penal em que se subsume aparentemente o fato imputado.

“Como aduz Espínola Filho, citando o escólio de João Mendes, ‘A queixa ou denúncia é uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa (nosso grifo), porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, 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 o praticou (ubi), o tempo (quando). Demonstrativa (nosso grifo), porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes’.

“(…).

“Por essa razão, já se frisou, com lastro nas lições de Espínola filho, que ‘...Se a denúncia encerra defeitos, defeitos relativos, o inquérito que a instrui pode e deve completá-la. O que importa é que a defesa não seja surpreendida e prejudicada. Se o réu tem ciência completa da acusação que lhe é feita e se defende eficientemente, não há por que invalidar a peça da acusação, em nome de um formalismo exagerado e obsoleto’ (ac. un. da 2ª Câmara Criminal do TASP, em 27/12/56, na Ap. n. 9.621, rel. Juiz Hoepfner Dutra, RT 262/457).

“Contudo, quanto se trate da omissão de elementos fáticos essenciais à própria configuração do fato principal, inepta será a denúncia, não podendo a omissão, sequer, ser suprida por outros elementos dos autos” (in *Processo Penal — O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, págs. 116/122).

4. Daí, considerando que nosso sistema penal não agasalha a responsabilidade objetiva (salvo aquelas raras hipóteses de pessoa jurídica previstas na Lei n. 9.605/98), não se pode mais admitir que a denúncia, seja em crime societário, de autoria coletiva ou plurissubjetivo, possa atribuir genericamente condutas ilícitas pela simples

razão de serem os agentes acusados administradores, diretores ou empregados da pessoa jurídica.

Renato Martins Prates, em artigo publicado na Revista do Centro de Estudos Judiciários da Universidade de Brasília — R. CEJ, vol. 10, pág. 35, leciona que a “análise crítica dos requisitos da acusação, nos crimes societários, há de se fazer à luz dos princípios fundamentais do Direito Penal e Processual Penal, sobretudo das garantias de ordem constitucional.

“(…)”.

“Releva observar que o Direito Penal brasileiro inadmite a responsabilidade objetiva do agente. A regra do art. 5º, XLV, da Constituição — a de que a pena não pode passar da pessoa do condenado —, ao consagrar a personalidade da pena, também consagra, indiretamente, a proibição da responsabilidade objetiva (…).

“Não existe, no Direito brasileiro, hipótese de responsabilidade penal objetiva, sendo vedado ao legislador ordinário, desconhecendo a supremacia constitucional, vir a criá-lo. Assim, o agente só responde pelo resultado delituoso se a ele tiver dado causa, ao menos culposamente. Essa é a regra que emana do princípio constitucional da personalidade da pena e que se encontra inscrita no art. 19 do Código Penal, após a reforma introduzida pela Lei n. 7.209/84, que afastou qualquer resquício de possibilidade de o agente ser punido somente pelo resultado da ação”.

Nesse sentido a jurisprudência evoluiu da antiga admissibilidade da denúncia genérica para exigência da descrição clara e pormenorizada da imputação, como se vê de recente

acórdão do colendo Superior Tribunal de Justiça, de julgamento proferido em 16/3/2000, que se adapta à situação destes autos:

“Recurso em habeas corpus — Processual — Denúncia — Exclusão — Possibilidade ante a ausência de causalidade.

“Nos crimes societários é necessário que a denúncia descreva, pelo menos, o modo como os co-autores concorreram para o crime.

“A responsabilidade penal não é objetiva e em razão disso o simples fato de constar o nome do réu no contrato social, por si só, não é suficiente para ensejar a persecução penal.

“Recurso provido para excluir da denúncia a paciente” (STJ — RHC n. 9.396/MG — rel. Min. Jorge Scarpetzini, in DJU de 15/5/2000, pág. 171).

E anteriormente:

“(…) Crime societário. Denúncia que não descreve sequer sucintamente a participação de cada co-réu na ação delitiva. Inépcia. Ordem concedida ex officio.

“(…)”.

“Tratando-se de denúncia referente a crime de autoria coletiva, é indispensável que descreva ela, ainda que sucintamente, sob pena de inépcia, os fatos típicos atribuídos a cada paciente.

“Revela-se inepta a denúncia sempre que, sem especificar a participação de cada acusado — sendo todos eles diretores ou administradores da mesma empresa ou sociedade —, vem a atribuir-lhes, genericamente, a responsabilidade pelo evento delituoso” (STJ — HC 4995/RJ — j. 18/11/96

— rel. Min. Anselmo Santiago — DJU 17/3/97).

A matéria foi reeditada no HC n. 11.459/PE, cujo acórdão foi publicado em 11/7/2000, nele afirmando o eminente relator, Min. Vicente Leal, que “em momento algum se aponta qualquer atuação da paciente (a empresária) na realização da alegada fraude fiscal”, para se concluir que “A mera qualidade de sócia ou diretora da empresa onde se constatou a sonegação de tributos não autoriza que contra ela seja formulada uma acusação penal em Juízo”.

Assim, constata-se que a denúncia transcrita não preenche as exigências contidas no art. 41 do Código de Processo Penal (este entendido e adaptado às normas de garantia inseridas nos textos constitucional e convencional), porquanto não descreve claramente qual dos agentes praticou tal e específica conduta criminosa, se foi beneficiado ou não com seu eventual produto, se propiciou ou não qualquer meio ou apoio físico ou moral para sua prática, resultando que não poderiam ser denunciados simplesmente pelo fato (não especificado) de

eventualmente serem corretores ou agentes de publicidade da Listel.

Daí resulta que a denúncia é inepta ao não imputar específica e individualmente a cada paciente a prática de conduta típica (a denúncia não as especifica, limitando-se a destacar o texto dos artigos da lei penal pretensamente violados), não se podendo responsabilizá-los de forma objetiva; da inépcia decorre falta de justa causa, que produz constrangimento ilegal, sanável pelo writ.

5. Por essas razões, concede-se a ordem para trancar a ação penal por inépcia da denúncia, estendendo seus efeitos aos demais denunciados.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges, e lavrou o parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 29 de agosto de 2000.

Genésio Noll,

Presidente com voto;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.011708-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Torres Marques

Habeas corpus — Competência — Trancamento de inquérito policial militar — Autoridade coatora — Autos remetidos à Auditoria da Justiça Militar — Inteligência do art. 83, inc. XI, letra c, da Constituição Estadual e art. 30, inc. I, letra a, do Regimento Interno do TJSC — Conhecimento.

O Regimento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina dispõe que “compete a cada uma das Câmaras Criminais: I —

processar e julgar: a) originariamente, habeas corpus, quando o coator ou paciente for deputado, secretário de Estado, juiz de primeiro grau, auditor da Justiça Militar e seu substituto e membros do Ministério Público”.

Encaminhados os autos de inquérito à Auditoria da Justiça Militar, mesmo antes de deflagrada a ação penal, é deste Tribunal de Justiça a competência para julgar habeas corpus que, não obstante impetrado contra o Comandante-Geral de Polícia Militar, deve ser conhecido como interposto contra o Juiz Auditor, o qual possui ingerência sobre o processo.

Habeas corpus — Crimes militares — Incitamento, publicação ou crítica indevida, difamação e injúria — Dirigente de associação de classe autorizado por assembléia — Declarações à imprensa escrita e televisiva sobre fato concreto, relacionado à situação da corporação (salários atrasados) — Conduta que, sequer em tese, constitui ofensa à autoridade ou disciplina militar ou à honra objetiva ou subjetiva de outrem — Garantia constitucional da livre manifestação do pensamento — Ordem concedida para determinar o arquivamento do inquérito policial-militar.

Como corolário da liberdade de associação e livre manifestação do pensamento, princípios constitucionais imanentes ao estado democrático de direito, não constitui desrespeito à autoridade ou disciplina militar ou ofensa à honra objetiva ou subjetiva de outrem, a conduta de dirigente de associação de classe que, em entrevista à imprensa, autorizado pelos membros da categoria, em evidente animus narrandi, aponta problemas e reivindicações concretas da Polícia Militar do Estado, insatisfeita com as condições de trabalho.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.011708-0, da comarca da Capital (Auditoria da Justiça Militar) em que são impetrantes Isael Marcelino Coelho e Luís Fernando Rocha Bérغامo, sendo paciente Alvir Antônio Schneider:

ACORDAM, em Câmara de Férias, por votação unânime, conceder a ordem para determinar o arquivamento

do inquérito policial instaurado contra o paciente por evidente atipicidade dos fatos a ele atribuídos.

I — Relatório

Os advogados Isael Marcelino Coelho e Luís Fernando Rocha Bérغامo impetraram habeas corpus com pedido de liminar, em favor de Alvir Antônio Schneider, Major da Polícia Militar de Santa Catarina, alegando

que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal por responder a inquérito policial-militar instaurado por determinação do Comandante da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, “por ter concedido entrevistas à imprensa televisiva e escrita da Capital, sobre a situação de penúria e desprezo com que vem passando a Polícia Militar, bem como declarar quais seriam as providências a serem adotadas pela Associação dos Oficiais, da qual é Vice-Presidente, caso o Governo do Estado mantivesse sua posição em aniquilar ainda mais a Instituição e seus servidores” (fl. 5).

Sustentam os impetrantes que nada mais fez o paciente do que representar e defender os interesses dos membros da Associação dos Oficiais da Polícia Militar de Santa Catarina, que para tal fim foi criada, não havendo justa causa para a deflagração do inquérito em questão, pois não se vislumbra a caracterização de qualquer figura típica, como inclusive já decidido pela Corregedoria da Polícia Militar Estadual.

Acrescentam, ademais, que o paciente está amparado constitucionalmente pelos direitos e garantias fundamentais insculpidos nos incisos IV, XVI e XVIII do artigo 5º da Constituição Federal, motivos pelos quais requereram o trancamento do inquérito policial-militar em curso no Comandante-Geral da Polícia Militar.

A liminar foi denegada às fls. 97/99 pelo Des. Jorge Mussi, ao entendimento de que o pedido urgente se confunde com o mérito da impetração.

Instada, a autoridade impetrada prestou as informações pertinen-

tes, alegando que não é mais legítima para figurar no pólo passivo da presente ordem porque referido inquérito já foi concluído. E, no mérito, sustentou, ainda, a impossibilidade de trancamento do inquérito, pois o fato não é atípico, ao que pugnou pela denegação da ordem.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, manifestou-se pela concessão da ordem em função da atipicidade das condutas imputadas ao paciente.

II — Voto

1. O writ foi impetrado contra ato do Senhor Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, sendo desta Corte a competência para seu processamento e julgamento, pois consoante as disposições da Constituição do Estado (art. 83, XI, c), sendo coator ou paciente autoridade diretamente sujeita à sua jurisdição, é o Tribunal competente para conhecer do respectivo habeas corpus.

Não fosse isso, a discussão é despicienda, no caso, pois conforme as informações, mesmo que os autos não estejam mais na Corregedoria da Polícia Militar, tendo sido concluído o inquérito respectivo, remetido à Auditoria da Justiça Militar (não havendo qualquer manifestação do Ministério Público ou do MM. Juiz Auditor), não há circunstância capaz de alterar a competência deste Tribunal.

O Regimento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina dispõe que “compete a cada uma das Câmaras Criminais: I — processar e julgar: a) originariamente, habeas cor-

pus, quando o coator ou paciente for deputado, secretário de Estado, juiz de primeiro grau, auditor da Justiça Militar e seu substituto e membros do Ministério Público”.

Assim, estando os autos já sob a ingerência do juiz auditor da Justiça Militar, conhece-se do pedido.

2. Sabe-se que, em regra, não é o habeas corpus meio processual adequado para trancar inquérito policial. Contudo, constitui “constrangimento ilegal a instauração de inquérito para a apuração de fatos que desde logo se evidenciem inexistentes ou não configurantes, em tese, de infração penal” (RT 620/368).

No caso, o paciente prestou declarações à imprensa escrita e televisiva, acerca da situação salarial da categoria a que pertence, formulando críticas ao Comando-Geral da PMSC, bem como ao governo do Estado de Santa Catarina.

Em função das referidas declarações, foi instaurado inquérito policial-militar que concluiu existirem “indícios de crime militar e de fatos passíveis de apuração disciplinar” (fl. 129), atinentes à disciplina dos arts. 155 (incitamento), 166 (publicação ou crítica indevida), 215 (difamação) e/ou 216 (injúria), todos do Código Penal Militar.

Assim, para o deslinde da questão, é importante que se reconheça a existência de dois âmbitos de análise nas condutas do paciente, que, além de policial militar, é vice-presidente da Associação dos Oficiais da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, e nessa condição prestou declarações, dirigindo críticas ao governo e não à pessoa do Governador do Estado, ou

do Comandante-Geral da PM. Afinal, é o que se verifica do contido na Ata da Assembléia-Geral Extraordinária da Associação de Oficiais da Polícia Militar acostada aos autos em fls. 179/181.

De fato não se pode olvidar dos princípios inerentes à Polícia Militar, em especial, ao dever de respeito à hierarquia e à disciplina que se encontram plenamente em vigor e cuja observância é obrigatória.

Entretanto, é importante deixar assente que esses princípios se aplicam aos membros da corporação no exercício de suas atividades. E, ao prestar as declarações à imprensa, o vice-presidente Alvir Scheneider, ora paciente, não agiu em nome próprio, mas em nome de entidade criada justamente para defender os interesses da categoria que representa.

A própria Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, XVIII, que “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”.

Ora, a conduta do paciente não extrapolou a esfera de defesa dos interesses da categoria profissional que representa, não constituindo desrespeito à autoridade ou disciplina militar ou ofensa à honra objetiva ou subjetiva de outrem; ao contrário, limitou-se a apontar problemas e reivindicações concretas da Polícia Militar do Estado, insatisfeita com as condições de trabalho.

Nesse passo, mesmo tendo em conta a especialidade ou particularidade próprias do direito militar, penal ou disciplinar, “como qualquer outro ramo desta ciência está subordinado

aos cânones constitucionais” (Luiz Flávio Gomes, Boletim IBCCRIM, ano 7, n. 87, fevereiro/2000, pág. 9) e deve obedecer outros princípios da mesma hierarquia.

Dessa feita, não houve ofensa à hierarquia e à disciplina, mas uso do direito de livre manifestação inerente à associação, ao que não ficaram configurados, sequer em tese, os crimes de incitamento, publicação indevida, difamação ou injúria, vez que manifestamente ausente intenção dolosa na conduta do paciente que tão-somente pleiteava melhoria de salários, em nome da categoria, e autorizado por seus membros. E, desta reunião, segundo concluído pela douta Corregedoria da Polícia Militar, não restaram afrontados os dispositivos penais militares (fls. 29/31).

Conclusão: como corolário da liberdade de associação e livre manifestação do pensamento, princípios constitucionais imanentes ao estado democrático de direito, não constitui desrespeito à autoridade ou disciplina militar ou ofensa à honra objetiva ou

subjetiva de outrem, a conduta do dirigente de associação de classe que, em entrevista à imprensa, autorizado pelos membros da categoria, em evidente animus narrandi, aponta problemas e reivindicações concretas da Polícia Militar do Estado, insatisfeita com as condições de trabalho.

III – Decisão

Diante do exposto, concede-se a ordem para determinar o arquivamento do inquérito policial-militar instaurado contra o paciente.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 12 de julho de 2000.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

RECURSOS CRIMINAIS

RECURSO CRIMINAL N. 00.013693-0, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Jorge Mussi

Processual penal — Acareação entre os acusados requerida pela defesa — Indeferimento — Interposição de recurso em sentido estrito — Hipótese não prevista na enumeração taxativa e exaustiva

do art. 581 do CPP — Ação penal, ademais, já sentenciada — Matéria a ser discutida na via própria (apelação) — Não conhecimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 00.013693-0, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é recorrente Marcos da Silva Ribeiro, sendo recorrida a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Custas legais.

1 — Cuida-se de recurso em sentido estrito aforado pela defesa de Marcos da Silva Ribeiro, com fulcro no art. 581 do CPP, contra a decisão que, em 19/5/2000, nos autos do Processo Crime n. 033.00.003371-8, da 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí, lhe indeferiu pedido de acareação entre os acusados, nos termos do art. 299 e seu parágrafo único do CPP, ferindo, assim, o disposto no art. 5º, XXXV e LV, da Carta Constitucional Federal.

Informa o recorrente que se encontra preso preventivamente nos autos da ação penal sub examine, por haver sido denunciado, juntamente com Arnaldo Dorval Francisco e Ângela Aparecida Rodrigues, pela prática dos delitos do art. 12 c/c art. 18, III, da Lei de Tóxicos, segundo cópia da exordial acusatória que instrui o recurso, e que o motivo da segregação cautelar é apenas a menção de seu nome pelos co-réus, “como suspeito de ter envolvimento com a droga apreendida na casa dos referidos”, “cuja moradia não era freqüentada pelo recorrente” (fl. 5).

Alega que os depoimentos dos co-acusados na fase investigatória e em Juízo apresentam-se completamente divergentes quanto ao seu envolvimento com o material tóxico apreendido pelos agentes policiais, e ele, Marcos, nega a autoria delitiva, asseverando que não tinha qualquer ligação com os demais réus e nem com o estupefaciente encontrado.

Diz que, à luz do art. 190 do CPP, vários fatos não restaram esclarecidos: “a acusação é por demais grave, diante da prova produzida apenas pela palavra dos co-réus, as quais são conflitantes e apresentam pontos divergentes, que devem ser esclarecidos com a acareação requerida” (fl. 6).

Argumenta que ao indeferir o pedido de acareação entre os denunciados na ação penal em exame, a Juíza a quo negou a produção de importante prova e cerceou seu direito à ampla defesa, razão pela qual requer a reforma do despacho que assim decidiu, proferido quando da audiência de instrução e julgamento realizada em 19/5/2000, a fim de que sejam os denunciados acareados.

Juntou cópias da ação penal a que responde perante o Juízo de primeira instância (fls. 8 a 49).

Contra-arrazoado o recurso no sentido do seu não conhecimento, por incabível à espécie, os autos ascenderam a este Tribunal, onde a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça, por não admitir o art. 581 do CPP interpretação ampliativa, posicionou-se também pelo seu não conhecimento.

É o relatório.

2 — Com razão os representantes do Parquet a quo e ad quem, quando opinam pelo não conhecimento do recurso em sentido estrito ajuizado pela defesa de Marcos da Silva Ribeiro.

O recorrente embasou o seu recurso no art. 581 do CPP, sem indicar, contudo, em que inciso se fundava, c/c art. 5º, incisos XXXV e LV, da CF. As razões disso são óbvias: nenhum dos incisos do citado artigo do Estatuto Processual Penal prevê a possibilidade de recurso em sentido estrito nos casos de indeferimento de pedido de acareação.

E, como se sabe, o artigo 581 do Código de Processo Penal, que prevê quais as hipóteses de seu cabimento, é exaustivo e taxativo, não permitindo, por isso, qualquer ampliação, como tem atestado a doutrina.

Nesse vértice, veja-se a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

“A enumeração do art. 581 é taxativa? Sendo a matéria de direito estrito, não comporta aplicação analógica. A enumeração não é exemplificativa, mas taxativa. Se o fosse, não haveria necessidade de se elencarem todas aquelas hipóteses. Tampouco o legislador cuidaria da apelação residual para os casos de decisões definitivas ou com força de definitivas para as quais não tenha sido previsto o recurso em sentido estrito (cf. art. 593, II). Veja-se, a propósito, RT 612/287. No mesmo sentido da taxatividade: Frederico Marques (Elementos, cit., vol. 4, pág. 282); Hélio Tornaghi (Curso, cit., vol. 2, pág. 317); Ada Pellegrini Grinover (A Nova Lei Penal e a Nova Lei Processual Penal, Revista dos Tribunais, 1977, pág. 128); RT

547/396, 553/381, 565/309, 568/288, 559/370 (...)” (Código de Processo Penal Comentado, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, págs. 271/2).

Damásio E. de Jesus não diverge:

“O disposto no art. 581 é taxativo e não exemplificativo. Não admite ampliação. Assim, não cabe recurso nas hipóteses não contempladas (RT 147/519, 401/130, 416/108 e 111, 420/279, 420/280, RJTJSP 17/541 e 20/364; RJDJTACrimSP 13/156 e 22/495)” (Código de Processo Penal Anotado, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 402).

Na mesma linha é a doutrina de Julio Fabbrini Mirabete:

“Relaciona o art. 581 quais as decisões passíveis de serem impugnadas pelo recurso em sentido estrito, discutindo-se na doutrina e na jurisprudência se se trata de uma enumeração taxativa ou exemplificativa. A opinião predominante é de que o artigo 581 é exaustivo, não admitindo ampliação para contemplar outras hipóteses, caso contrário, a enumeração da lei seria desnecessária (...)” (Processo Penal, 4ª ed., Atlas, São Paulo, 1995, pág. 609).

A jurisprudência tem orientado em idêntico sentido:

“A enumeração do artigo 581 do Código de Processo Penal é taxativa e não exemplificativa” (LEX 129/437; 126/444).

No mesmo diapasão, cita-se o seguinte julgado:

“(...) é sabido que a jurisprudência é majoritária no sentido de entender taxativa a enumeração contida no artigo 581 do Código de Processo Pe-

nal, sem viabilizar ampliação” (LEX 128/435).

Seguindo também essa linha, colaciona-se:

“O recurso oferecido não pode ser recebido como recurso em sentido estrito, porque a hipótese não consta da enumeração taxativa do artigo 581 do CPP” (LEX 99/393).

Igualmente:

“Conforme vem entendendo a doutrina e a jurisprudência a relação de hipótese do artigo 581 do CPP é taxativa, não admitindo interpretação analógica ou extensiva” (LEX 94/369).

Por fim:

“Recurso em sentido estrito — Interposição contra despacho designativo de audiência para qualificação e interrogatório do réu — Inadmissibilidade — Hipótese não prevista no art. 581 do CPP.

“O recurso em sentido estrito, previsto no art. 581 do CPP, elenca dos incs. I a XXIV todas as hipóteses em que o mesmo tem cabimento e, em nenhuma delas, traz a opção de ser utilizado em caso de simples despacho designativo de audiência para

qualificação e interrogatório de réu, uma vez que despacho de mero expediente não enseja o manejo da citada via recursal” (RT 745/646).

Por derradeiro, como bem assinalou o Procurador de Justiça oficiante, Dr. Vilmar José Loef, “cumpre salientar que o processo criminal respectivo já foi julgado, o que enseja a perda do objeto do presente recurso, devendo a matéria ser discutida como preliminar da apelação” (fl. 56).

3 — Pelas razões deduzidas, não se conhece do recurso em sentido estrito aforado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Torres Marques, e lavrou o parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 12 de setembro de 2000.

Álvaro Wandelli,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

RECURSO CRIMINAL N. 00.004656-6, DE DESCANSO

Relator: Des. Torres Marques

Crime ambiental — Denúncia nos termos do art. 3º da Lei n. 9.605/98 rejeitada em relação à pessoa jurídica — Prosseguimento quanto à pessoa física responsável — Recurso da acusação pleiteando o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica — Ausência de precedentes jurisprudenciais — Orientação doutrinária — Observância dos princípios da pessoalidade da pena e da irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica vigentes no ordenamento jurídico pátrio — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 00.004656-6, da comarca de Descanso, em que é recorrente a Justiça, por seu Promotor, sendo recorrida Arco Íris Produtos de Madeira Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Perante o Juízo da comarca de Descanso, José Carlos Vidor e Arco Íris Produtos de Madeira Ltda. foram denunciados como incursores nas sanções dos artigos 39 e 45, ambos da Lei n. 9.605/98 c/c o artigo 69 do Código Penal, por ter a empresa Arco Íris Produtos de Madeira Ltda., conforme previsão do art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 9.605/98, a partir do início do mês de abril do corrente ano, por seu sócio-gerente José Carlos Vidor, que ordenou o corte generalizado de árvores em uma área localizada na Linha Santa Ana, município de Santa Helena/SC, sendo que possuía licença tão-somente para o corte e retirada de árvores nativas folhosas diversas que estivessem caídas. Foram responsáveis ainda os denunciados pelo corte de várias árvores em área de preservação permanente, já que determinaram o corte de árvores próximas a um córrego de água, e em local com declividade acima de 45º (fls. 2/4).

Em despacho de fls. 73/78, o douto Magistrado a quo recebeu a denúncia em relação ao acusado José Carlos Vidor e rejeitou em relação à

empresa Arco Íris Produtos de Madeira Ltda.

Irresignado, o representante do Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito, pugnando pela reforma do despacho para ver reconhecida a possibilidade de responsabilizar penalmente a empresa recorrida.

Contra-arrazoado o recurso e mantida a decisão guerreada pelo Magistrado a quo, ascenderam os autos a esta egrégia Corte de Justiça, tendo opinado a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e provimento do recurso.

II — Voto

Trata o presente recurso em sentido estrito do despacho que rejeitou a denúncia contra a empresa Arco Íris Produtos de Madeira Ltda., com fundamento no artigo 43, III, do CPP.

A denúncia encontra amparo no art. 3º e parágrafo único da Lei n. 9.605/98 que mencionam:

“Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

“Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”.

O referido artigo deve ser analisado juntamente com o que preceitua a Constituição Federal no art. 225, § 3º:

“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Esse dispositivo Constitucional gerou grande polêmica, tendo em vista o princípio da irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica, adotado pelo Brasil. O artigo 3º da Lei n. 9.605/98, ao declarar que as pessoas jurídicas respondem penalmente, pretende aplicar o que dispõe o artigo 225, § 3º, da Carta Magna. Resta saber se o constituinte, pelo referido dispositivo, desejou que se passasse a incriminar a pessoa jurídica.

Não nos parece que a responsabilidade penal da pessoa jurídica tenha lugar no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, a doutrina recente de Luiz Regis Prado sobre a questão da aplicabilidade da norma incriminadora à pessoa jurídica:

“(...) o legislador de 1998, de forma simplista, nada mais fez do que enunciar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, cominando-lhe penas, sem lograr, contudo, instituí-la completamente. Isso significa não ser ela passível de aplicação concreta e imediata, pois faltam-lhe instrumentos hábeis e indispensáveis para a consecução de tal desiderato. Não há como, em termos lógico-jurídicos, romper princípio fundamental como o da irresponsabilidade criminal da pessoa jurídica, ancorado solidamente no sistema de responsabilidade de pessoa natural, sem fornecer, em contrapartida, elementos básicos e específicos

conformadores de um subsistema ou microsistema de responsabilidade penal, restrito e especial, inclusive com regras processuais próprias” (in Crimes contra o Ambiente: anotações à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, págs. 21/22).

É sabido que o meio ambiente necessita cada vez mais de proteção, exigindo normas eficazes. Mas para que se alcance a desejada eficácia será necessário que ocorra a responsabilização criminal da pessoa jurídica? E se assim for, qual seria a medida de sua culpabilidade?

Selma Pereira Santana, Promotora da Justiça Militar da Bahia, em matéria escrita para a revista *Consullex* sobre o tema elucida:

“Quase a totalidade da doutrina nacional compreende, ainda, que somente o ser humano tem capacidade de realizar condutas. E, por força deste princípio fundamental, arrematam que os tipos penais não passam de meras descrições abstratas das mesmas, valoradas pelo legislador, concluindo-se ser inconciliável a existência de delito sem a conduta, sendo reclamada para esta, sempre, a voluntariedade” (in *Revista Consullex*, de 30/4/98, ano II, n. 16, págs. 44/46).

Embora não se encontre precedentes jurisprudenciais específicos sobre aplicabilidade da norma penal à pessoa jurídica de acordo com a Lei n. 9.605/98, é válido trazer o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica:

“Recurso de habeas corpus. Custódia preventiva. Prevenção. Fiança. Unificação de ações penais.

Absurda alegação de responsabilidade penal por parte da pessoa jurídica. Artigos 171, 297 c/c os artigos 69 e 171, 229 c/c os artigos 67 e 71, todos do Código Penal. Arguições desprovidas de fundamentação, que nenhum efeito podem produzir contra a decisão unânime do tribunal a quo. Recurso improvido" (grifei) (rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho, acórdão n. 000074555, de 13/10/92).

Ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"RHC — Penal — Processual penal — Pessoa jurídica — Sócio — Responsabilidade penal — Denúncia — Requisitos — A responsabilidade penal é pessoal. Imprescindível a responsabilidade subjetiva. Repelida a responsabilidade objetiva. Tais princípios são válidos também quando a conduta é praticada por sócios de pessoa jurídica. Não respondem criminalmente, porém, pelo só fato de serem integrantes da entidade. Indispensável o sócio particular do fato delituoso. Caso contrário, ter-se-á odiosa responsabilidade por fato de terceiro. Ser sócio não é crime. A denúncia, por isso, deve imputar conduta de cada sócio, de modo a que o comportamento seja identificado, ensejando possibilidade de exercício do direito pleno de defesa" (grifei) (rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, acórdão n. 0002882, de 13/9/93).

Prevalece, portanto, o entendimento de que a pessoa jurídica não é penalmente responsável, mas somente civil e administrativamente.

Citado por Ataides Kist, o eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, em análise ao artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, assevera:

"Meramente declaratório, nada admitindo-se acerca da esfera penal, enaltecendo aspectos de ordem administrativa, quais sejam pagamento de multa ou mesmo o cancelamento de autorização para o exercício da atividade profissional. Assim também, a sanção penal está vinculada à responsabilidade pessoal e hoje, dela é inseparável. A Constituição Brasileira, portanto, não afirmou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, na esteira das congêneres contemporâneas" (in Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Editora de Direito, São Paulo, 1999, pág. 60).

E continua o autor, citando Tourinho Filho, em comentário ao artigo 3º da Lei n. 9.605/98:

"Se a infração for cometida por um empregado, ou se o ato infracional for fruto de ordem de um funcionário graduado, à revelia do representante legal, a pessoa jurídica estará a salvo de ser penalmente punida. Aí está a prova maior de que o próprio legislador não concebe a possibilidade de uma pessoa jurídica ser sujeito passivo da pretensão punitiva. A própria lei reconhece que elas sozinhas não podem delinquir. Se não podem, por que falar-se da sua responsabilidade penal? Na dicção do art. 3º da Lei n. 9.605, de 12/2/1998, vale repetir, a pessoa jurídica só será penalmente responsabilizada se a infração for cometida por decisão do seu representante (...) no interesse ou benefício da sua entidade. Mas, nesse caso, a responsabilidade é do seu representante legal ou contratual (...) A Lei Ambiental, como segmento do Direito Penal, destoa deste, pelo antagonismo que representa e traduz, e por isso mesmo

nem pode falar em segmento..." (Kist, Ataides, ob. cit., pág. 78).

De todo exposto, conclui-se que a responsabilidade da pessoa jurídica depende da manifestação de vontade de seus representantes (pessoas físicas). Portanto, a estes aplica-se a norma penal, e àquelas as sanções civis e administrativas.

Trazemos, ainda, o entendimento de Paulo de Bessa Antunes, membro do Ministério Público Federal e um dos maiores estudiosos da área de Direito Ambiental:

"Veja-se que a condenação criminal de uma empresa, certamente, implica a imposição indireta de penas a diferentes pessoas naturais e jurídicas que não aquela condenada judicialmente. Não se desconhece que a condenação criminal de uma sociedade anônima, provavelmente, terá reflexo na cotação de suas ações em bolsa, acarretando penas econômicas — desvalorização de capital — para simples titulares de ações preferenciais (sem direito a voto), ou qualquer poder de decisão sobre as atividades da empresa. Igualmente, a pena produzirá reflexos junto ao quadro de empregados que serão estigmatizados como funcionários de uma empresa condenada. Tais repercussões serão capazes de afrontar o princípio constitucional da pessoalidade da pena?..."

"Parece-me que a responsabilização penal pessoal dos dirigentes que se tenham valido da empresa para a prática de crimes é a melhor solução. Quanto às empresas, em si, a sua punição, em meu entendimento, deve remanescer na esfera administrativa, ainda que, eventualmente, possam ser aplicadas sanções pelo

próprio Poder Judiciário" (in Direito Ambiental, atualizada com a Lei n. 9.605/98, Ed. Lúmen Júris, RJ, 1999, págs. 412/413).

No presente caso, a denúncia deixa claro que o sócio-gerente da empresa foi quem ordenou o corte de árvores.

O relatório de vistoria da Companhia de Polícia de Proteção Ambiental concluiu: "Pelo que dos autos constam, que apontam a conduta típica e antijurídica do Sr. José Carlos Vidor, plenamente descritas na legislação ambiental pátria, penal e administrativa, esta autoridade ambiental, requer rigor na aplicação do art. 25 da Lei n. 9.605/98, haja vista o infrator não ter demonstrado conduta que faça jus aos benefícios da Lei n. 9.009/96, conforme Termo Circunstanciado Ambiental que tramita na comarca de São Miguel do Oeste (SC), fato confirmado pelo Sr. Vidor, quando acompanhado de defensor, respondeu já ter cometido e respondido por outros ilícitos ambientais (...).

"Oportuno sendo, opino seja também o presente procedimento encaminhado à esfera civil, através de Termo de Ajustamento de Conduta, mais eficaz e com destinação material direta para o Meio Ambiente, conforme art. 129, inciso III, da CF, e art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85 c/c arts. 2º e 3º da Lei n. 9.605/98" (grifei) (fls. 13/14).

Conclui Oswaldo Henrique Duek Marques, em análise ao disposto nos arts. 225, § 3º, da Constituição Federal e 3º da Lei n. 9.605/98:

"Diante do exposto, pode-se concluir que a responsabilidade da pessoa jurídica, prevista na Constituição de 1988 e na nova legislação do

meio ambiente, não pode ter natureza penal, mas somente administrativa ou civil. Nessa ótica, para serem aplicadas tais sanções, basta a relação de causalidade entre o dano ao meio ambiente previsto e a atividade desenvolvida pela pessoa moral, em razão de decisão de seu representante ou órgão colegiado, sem necessidade de cogitar-se dos aspectos subjetivos inerentes à estrutura do crime. A responsabilidade, então, de cunho objetivo, restrita ao âmbito civil ou administrativo, certamente terá maior eficácia e amplitude, sem colidir com os postulados do Direito Penal contemporâneo” (in Boletim IBCCrim, n. 65, abril de 1998, pág. 6).

Essa orientação nos parece a mais razoável, pelo menos até que se criem meios processuais adequados e coerentes com os princípios constitucionais e penais vigentes em nosso ordenamento jurídico.

Portanto, se posiciona esta Câmara no sentido de negar provimento

ao recurso da acusação, mantendo-se a rejeição da denúncia em relação à pessoa jurídica Arco Íris Produtos de Madeira Ltda., reservando-se a estas as sanções civis e administrativas cabíveis.

III — Decisão

Por tais motivos, nega-se provimento ao recurso.

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. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 12 de setembro de 2000.

Álvaro Wandelli,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.016243-2, DE LAGES

Relator: Des. Alberto Costa

Crime contra a saúde pública — Tráfico de entorpecentes — Cocaína — Condenação — Recurso ministerial objetivando a modificação do regime de pena fixado no r. decisum, de inicialmente para integralmente fechado, de acordo com o disposto no artigo 2º, § 1º,

da Lei n. 8.072/90; a diminuição da pena pecuniária, ante a inaplicabilidade da agravante da reincidência; e fixação do valor do dia-multa aos parâmetros do artigo 38 e seus parágrafos da Lei de Tóxicos — Recursos defensivos visando à absolvição, escudados na ocorrência de vício nos depoimentos dos policiais e por falta de prova de serem os réus traficantes — Pleito alternativo de redução da pena, ante a inconfiguração da agravante da reincidência, e da quantidade dos dias-multa fixados — Defensor que, embora intimado, não oferece as contra-razões ao recurso da acusação — Conhecimento do inconformismo do Parquet, pois não constitui empeco a circunstância de o defensor constituído dos réus não haver contraditado o recurso ministerial — Condenação de um dos apelantes esteada nos depoimentos do co-réu e dos policiais civis que realizaram a diligência, os quais comprovaram pertencer a ele o material tóxico apreendido e que se destinava ao comércio — Recurso de um dos apelantes parcialmente provido, a fim de reduzir a pena de multa aplicada, pois a agravante da reincidência não incide sobre a pena pecuniária — Adequação do valor do dia-multa à regência do artigo 38 e seus parágrafos da Lei de Tóxicos — Recurso do outro apelante provido, a fim de ser absolvido pelo benefício da dúvida, haja vista as discrepâncias havidas nos depoimentos dos policiais sobre a sua participação na imputação ínsita na exordial acusatória — Aplicação do princípio do in dubio pro reo — Absolvição com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal — Recurso ministerial parcialmente provido, apenas para modificar o regime de cumprimento de pena, de inicialmente fechado para integralmente fechado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.016243-2, da comarca de Lages (2ª Vara), em que são apelantes e apelados a Justiça, por seu Promotor, e Victor Paulo Trierveiller e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento ao apelo interposto pelo apelante Victor Paulo Trierveiller para, com fundamento no artigo 386, VI, do

CPP, absolvê-lo da imputação que lhe foi imposta; dar provimento parcial ao recurso aforado pelo apelante Paulo Sérgio Lima de Souza, para afastar do cálculo da pena de multa o acréscimo referente a incidência da agravante da reincidência, devendo o valor do dia-multa ajustar-se aos parâmetros do artigo 38 e seus parágrafos da Lei de Tóxicos; e, finalmente, dar provimento parcial ao recurso ministerial, para fixar o regime de cumprimento de pena no

integralmente fechado, expedindo-se em favor do apelante Victor Paulo Trierweiler o competente alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Lages, 2ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Paulo Sérgio Lima de Souza, Victor Paulo Trierweiler e Marco Aurélio de Melo, dando-os como incurso, os dois primeiros, por infração ao disposto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76 c/c o artigo 29 do Código Penal, e o último, nas sanções do artigo 16 da Lei Antitóxicos, porque, segundo narra a exordial acusatória: “No dia vinte e quatro de maio de 1998, por volta da zero hora, policiais civis desta Cidade, diante da informação que possuíam, no sentido de que os denunciados Paulo Sérgio e Victor estavam exercendo o comércio de droga nas proximidades do ‘Bar Hot Dog’, pertencente aos pais do denunciado Paulo Sérgio, situado na esquina das Avenidas Presidente Vargas e Belisário Ramos, no centro desta Cidade, para lá se dirigiram, e passaram a observar a grande movimentação de carros que ali chegavam e saíam rapidamente.

“Nesta ocasião, foi constatado que efetivamente estes denunciados estavam comercializando droga, sendo inclusive apreendido na posse do denunciado Marco Aurélio um pacotinho de plástico na cor azul, contendo no seu interior 0,4 (quatro decigramas) de cocaína, substância entorpecente causadora de dependência física e psíquica, substância esta que este denunciado acabara de adquirir de Paulo Sérgio e Victor, e se destina-

va ao seu uso próprio (termo de apreensão de fls. 24 e laudo de fls. 39/43).

“Logo em seguida, quando os denunciados Paulo e Victor efetuavam nova venda de droga para outros consumidores, os mesmos foram abordados pelos policiais Antônio Nilton Spíndola Xavier, Joselito Aurélio Cifuentes e outros, oportunidade em que foi apreendido um pacotinho de plástico contendo cocaína, que o denunciado Paulo Sérgio havia atirado ao chão ao perceber a aproximação dos policiais.

“Tendo sido efetuada uma busca no local onde era realizado o comércio, foram localizados mais cinco papелotes de cocaína, que haviam sido escondidos pelos denunciados Paulo Sérgio e Victor ao lado da calçada existente no local, na parte interior de um terreno baldio que ainda seriam vendidos naquela noite, sendo que, no total, a droga apreendida, que pertencia aos denunciados Paulo Sérgio e Victor, pesava 2,8 (dois gramas e oito decigramas) — (termo de apreensão de fl. 7 do laudo de fls. 44/48).

“Na mesma abordagem, foi apreendido na posse do denunciado Paulo Sérgio R\$ 131,00 (cento e trinta e um reais) em dinheiro, numerário este certamente proveniente da comercialização anteriormente concretizada de substância entorpecente” (fls. 2/3).

Durante a instrução, o Órgão Ministerial propôs a suspensão do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95 ao acusado Marco Aurélio de Melo, o qual aceitou as condições que lhe foram impostas (fl. 130).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando

Paulo Sérgio Lima de Souza e Victor Paulo Trierveiller às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infringirem o disposto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

Inconformados, o representante do Ministério Público e os acusados condenados apelaram. O primeiro, pugna pela modificação do decisum, a fim de: a) ser modificado o regime de cumprimento da pena, de inicial para integralmente fechado, consoante dispõe o artigo 2º da Lei n. 8.072/90; b) diminuir o número de dias-multa, por ser inaplicável a agravante da reincidência; e, c) fixar o valor dos dias-multa de conformidade com as disposições do artigo 38 e seus parágrafos, da Lei de Tóxicos.

Os acusados objetivam a absolvição, alegando haver vício no depoimento dos policiais, tendo sido estes supervalorizados em detrimento aos produzidos pela defesa, que pouco foi considerada, e, inexistir prova de serem os acusados traficantes.

Alternativamente, pleiteiam a diminuição da pena irrogada para o seu mínimo legal, haja vista não serem os acusados reincidentes, bem como a redução da quantidade dos dias-multa, por entenderem inexistir causas modificadoras da pena.

Oferecidas as contra-razões pelo Ministério Público, e não oferecidas pela defesa, embora intimada, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, pelo provimento ao recurso aforado

pelo Ministério Público e desproviamento ao recurso da defesa.

Preliminarmente, ao que se deduz da leitura dos autos, o ilustre defensor constituído dos apelantes Paulo Sérgio Lima de Souza e Victor Paulo Trierveiller, ainda que devidamente intimado (fl. 225v.), deixou de contra-arrazoar o recurso do Ministério Público (certidão de fl. 252).

Entretanto, consoante já decidiu o Excelso Pretório, tal fato não induz nulidade ao julgamento da apelação, conforme decidido no Habeas Corpus n. 48.280—SP, relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro, publicado in RTJ 57—162/163, cuja ementa é a seguinte:

“Processo crime — Defesa — Não induz nulidade do julgamento da apelação, o fato de o advogado constituído pelo réu apelado ter devolvido os autos sem contraditar o recurso do Ministério Público”.

E, do corpo do v. acórdão colhe-se a preciosa lição da douta Procuradoria-Geral da República, adotada pelo ilustre Ministro Relator, transcrita:

“Observe-se o disposto no art. 601 do CPP: ‘os autos serão remetidos à instância superior, com as razões ou sem elas’...

“O dispositivo é um tanto drástico e a jurisprudência dessa Suprema Corte não consoa bem com a letra da lei, já que inadmite a ausência de defesa, e, por outro lado, entende que o advogado dativo não tem a faculdade de se eximir de apresentar defesa, a pretexto de que ela era ou podia ser inconveniente ao réu.

“Ao nosso modo de ver, pesando bem a jurisprudência desse Pretório Excelso, é que inadmissível seria ao advogado dativo deixar de oferecer contra-razões, porque não lhe é dado julgar da conveniência das mesmas. Ao advogado constituído, profissional da escolha do acusado, seu representante perante a Justiça facultou-se, ou melhor, reconhece-se-lhe o direito de silenciar em determinadas circunstâncias”.

No mesmo sentido dessa orientação do Supremo Tribunal Federal, já decidiu esta colenda Segunda Câmara Criminal, na Apelação Criminal n. 31.700, de Araranguá, deste Relator, in verbis:

“Processo com três réus, dois dos quais, por seus defensores, embora intimados estes, não contra-arrazoaram o recurso da acusação.

“...Não constitui empeco ao conhecimento do inconformismo do Parquet, a circunstância de o defensor constituído do réu não haver contraditado o recurso ministerial”.

Nessa conformidade, embora não argüida pelas partes, afasta-se, de ofício, a causa obstativa do exame do mérito acima aludida.

Quanto ao mérito, é bem de ver que os apelantes perseguem a absolvição, ante a inexistência de prova de que sejam traficantes e por terem os depoimentos policiais sido supervalorizados, em detrimento dos da defesa. Como pleito alternativo, almejam a redução das penas reclusiva e pecuniária, haja vista não serem reincidentes e não poder a agravante respectiva recair na dosimetria da pena de multa.

De sua parte, a acusação objetiva a reforma da decisão condenatória na parte em que fixou o regime de cumprimento da pena como inicialmente fechado, devendo ficar estabelecido no integralmente fechado, de conformidade com o disposto na Lei n. 8.072/90, que classifica a narcotráfica como crime hediondo. Demais disso, o recurso ministerial objetiva a redução da pena pecuniária imposta aos apelantes, com o afastamento da agravante da reincidência sobre ela, de todo indevida, além da fixação dos dias-multa de conformidade com os parâmetros do artigo 38, e seus parágrafos, da Lei n. 6.368/76.

O contexto fático-probatório insito nos presentes autos autoriza que se examine preferencialmente os apelos defensivos.

Nessa conformidade, entende-se que a prova autuada, grávida de incerteza, não se presta para embasar a condenação do apelante Victor Paulo Trierveiller, ainda mais quando a decisão objurgada se assenta em premissas controvertidas.

É bem de ver, inicialmente, que o denunciado Marco Aurélio de Melo, cujo processo foi suspenso nos termos do artigo 89 da Lei n. 9.099/95 (fl.130), em momento algum, na polícia, declarou expressamente, como está assinalado na douta decisão recorrida, ter adquirido cocaína do apelante Victor Paulo.

Aliás, torna-se imperioso afirmar que as declarações extrajudiciais desse denunciado, menor de 21 anos à data dos fatos, carecem de valor probatório, por terem sido coletadas ao desamparo da lei, pois, na verdade, descumpriu-se o disposto no arti-

go 15 do Código de Processo Penal, fazendo recair na pessoa de servidora da Delegacia de Polícia, o munus de curadora.

Ora, se a participação do curador visa a resguardar os direitos do menor e evitar abusos da autoridade é evidente que falta independência ao investigador de polícia do próprio distrito nomeado para fiscalizar a atuação de seu superior, o delegado de polícia. Nessa diretiva, confira-se RSTJ 56/371, RT 708/380 e JC 81-82/573.

Todavia, sob outro vértice, as declarações do supramencionado acusado Marco Aurélio de Melo, tomadas no interrogatório judicial, a fls. 127/128, não obstante terem sido colhidas sem a presença de curador, logo, em desatenção à previsão legal inscrita nos artigos 194 e 262 do Código de Processo Penal, têm valor probatório, ante a falta de efetivo prejuízo para ele, senão vejamos.

De fato, em primeiro lugar, há que se enfatizar que Marco Aurélio foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 16 da Lei de Tóxicos que consiste em adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, muito embora tenha dito na fase pretérita (declarações acoimadas algures como nulas), que adquirira a droga para um tal de "Piá", fato caracterizador da infração prevista no artigo 12 da Lei Antitóxicos. Resultou, pois, amplamente beneficiado.

Em segundo lugar, não obstante tenha em Juízo permanecido firme

na versão de que se dirigira ao Bar "Hot Dog", de propriedade do pai do apelante Paulo Sérgio a fim de adquirir, a pedido e para o tal de "Piá", "uma de cinco", desconhecendo que se tratava de cocaína, o referido Marco Aurélio afirmou, nessa oportunidade, ter adquirido a tal "uma de cinco" (leia-se uma "petequinha de cocaína") do apelante Paulo Sérgio, no interrogatório judicial descrito como o segundo interrogado da tarde. E o segundo interrogado da tarde, conforme consta a fls.123 a 129, foi o apelante Paulo Sérgio (confira-se a fls.125/126).

Na verdade, ainda que tergiversando, Marco Aurélio sabia tratar-se de cocaína a droga que adquiriu do apelante Paulo Sérgio, imerecendo acolhida a fantasiosa versão de que esta se destinava ao não identificado "Piá", eis que, se verdadeiro tal fato, configuraria ele, consoante já referido, infração ao artigo 12 da Lei de Tóxicos. Destarte, a subsequente suspensão do processo, com fulcro no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, um dia após o interrogatório (fl. 130), beneficiou sobremaneira ao acusado Marco Aurélio.

De todo esse contexto resulta a conclusão de que a chamada prova do co-réu, in casu, as declarações do denunciado Marco Aurélio de Melo, aliada aos depoimentos prestados pelos policiais civis Antonio Nilton Spindola Xavier, Aires Cruz Filho, Lauro Chupel e Júlio Cesar de Oliveira Pinto (fls.147/v. e 148/151v.), conspiram contra o apelante Paulo Sérgio, apontando-o como proprietário da cocaína apreendida no dia dos fatos e infrator dos essenciais do artigo 12 da Lei de Tóxicos, na modalidade de traficante.

Quanto às eventuais contradições existentes nos depoimentos dos policiais civis que realizaram a diligência de vigilância, à distância, do que se passava na frente e no interior do estabelecimento “Hot Dog”, envolvendo o apelante Paulo Sérgio, culminando com a detenção deste e apreensão da droga, são comuns em casos que tais, revelando o desaparecimento da polícia para enfrentar uma criminalidade que cada vez mais se apresenta com o color de impudente dissimulação e aperfeiçoamento.

No tocante às declarações da testemunha José Carlos Machado, que no flagrante declarou encontrar-se na frente do bar “Hot Dog”, na companhia de um amigo, e ter visto a apreensão da cocaína, no chão, nas proximidades do estabelecimento (fl. 7), em Juízo, ora confirmou o que dissera na polícia, ora de que não presenciara a apreensão da droga, aduzindo, agora, ter levado um tapa de um policial civil, da mesma forma como o apelante Paulo Sérgio recebera. Todavia, ao contrário do que fizera na polícia, quando se omitiu quanto ao fato de conhecer Paulo Sérgio, em Juízo, soube descrever-lhe até o apelido, “Paulo Créia”.

Nesse passo, queda impossível acolher o reclamo da douda defesa, quando alega ter o Magistrado a quo valorizado a prova emanada dos policiais civis e desvalorizado a prova por ela produzida. É que, agentes da autoridade, desempenhando o seu mister na luta contra o crime, em prol da sociedade, nenhum interesse têm em oprimir inocentes, bem ao contrário do que como, por curial e até certo ponto justificável, se conduzem, como no caso em tela, testemunhas arregi-

mentadas, algumas pela acusação, outras pela defesa, todas, no entanto, parentes e amigos dos acusados, predispostas a concorrer para a exculpação destes.

A condenação do apelante Paulo Sérgio Lima de Souza, vulgo “Paulo Créia”, foi ditada com inegável acerto, e, por isso, merece ser mantida, impedindo acrescentar que sua condição de réu reincidente desponta comprovada a fls. 61 e 67, imerecendo modificação a dosimetria da pena reclusiva.

Sem embargo disso, a decisão guerreada merece reparo no que tange à dosimetria da pena de multa imposta ao apelante Paulo Sérgio e aos fundamentos sobre os quais se assentam a fixação do valor dos dias-multa.

É que, conforme entendimento pacífico da jurisprudência pátria, inclusive a deste egrégio Tribunal, está-se em que: a) a agravante da reincidência não incide na fixação da pena de multa; e, b) em sede de Lei de Tóxicos, o valor do dia-multa rege-se pelos parâmetros de seu artigo 38 e parágrafos, e não pelo artigo 49 do Código Penal.

Doutra feita, impõe-se decretada a absolvição do apelante Victor Paulo Trieveiller, cuja participação na conduta delituosa descrita na denúncia não restou devidamente perfectibilizada no caso sub judice.

Na verdade, embora se trate de elemento com personalidade voltada para a criminalidade, faz mister registrar que do contexto probatório amealhado ressalta a dúvida sobre a responsabilidade penal do mencionado apelante nos fatos narrados na denúncia. E como dúvida e ausência de

provas se equivalem, a absolvição de Victor Paulo Trieveiller impõe-se decretada com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

No tocante ao recurso ministerial, inarredável é o seu acolhimento parcial.

Na realidade, a decisão guerreada está a merecer modificação no que pertine ao estabelecimento do regime de cumprimento da pena, no caso dos presentes autos, fixado no inicialmente fechado.

É que, a teor do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, a pena imposta ao crime de tráfico de entorpecentes será cumprida integralmente em regime fechado.

Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo interposto pelo apelante Victor Paulo Trieveiller para, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, absolvê-lo da imputação que lhe foi in-

tentada; dar provimento parcial ao recurso aforado pelo apelante Paulo Sérgio Lima de Souza, vulgo “Paulo Créia”, para afastar do cálculo da pena de multa o acréscimo referente à incidência da agravante da reincidência, devendo o valor do dia-multa ajustar-se aos parâmetros do artigo 38 e seus parágrafos da Lei de Tóxicos; e, finalmente, dar provimento parcial ao recurso ministerial para fixar o regime de cumprimento de pena no integralmente fechado, expedindo-se em favor do apelante Victor Paulo Trieveiller, o competente alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

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. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2000.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.000279-9, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Alberto Costa

Estatuto da criança e do adolescente — Homicídio culposo — Infração praticada por adolescente contra irmã menor — Imposição de medida socioeducativa de internação — Viabilidade de aplicação desta medida ao caso concreto — Recurso não provido.

— Vale salientar que a medida de internação será necessária naqueles casos em que a natureza da infração e o tipo de condições psicossociais do adolescente fazem supor que, sem um afastamento temporário do convívio social a que está habituado, ele não será atingido por nenhuma medida terapêutica ou pedagógica e poderá, além disso, representar risco para outras pessoas da comu-

nidade” (Wilson Donizeti Liberati, in Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, 2ª edição, Editora Malheiros, pág. 92).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.000279-9, da comarca de Chapecó (Vara da Fazenda, Família, Infância e Juventude), em que é apelante L. dos S. C., sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, conhecer do recurso e negar provimento.

Custas na forma da lei.

E assim decidem, adotando os fundamentos da douta sentença recorrida, da lavra do Dr. Rubens Schulz, que vai transcrita na íntegra, como segue:

“Vistos.

“O ilustre representante do Ministério Público neste Juízo ofereceu representação contra L. dos S. C., devidamente qualificado na inicial, imputando-lhe a infração do ilícito descrito no artigo 121, caput, do CP, pelos seguintes motivos de fato:

‘No dia 3 de setembro de 1998, por volta das 14 horas, na residência do representado e vítima, na Rua São Francisco, nesta Cidade e Comarca, o representado, de posse de revólver, disparou um tiro contra a vítima, matando-a’.

“Recebida a inicial foi designada data para ouvida do menor, além de ser decretada a sua internação provisória, fl. 27, sendo esta posição ratificada através de despacho de fl. 36, após ouvida do menor e seus pais em Juízo.

“Apresentada a defesa prévia, fls.113/114, veio aos autos Estudo Social, fls. 119/122, sendo designada e realizada audiência de instrução e julgamento, fl. 130, vindo então as alegações finais, onde o Ministério Público sustenta ter o menor representado agido com culpa, tratando-se pois de homicídio culposo, pedindo a sua internação, dada a sua má-formação e a gravidade dos danos.

“A defesa, por sua vez, fls. 139/140, apesar de concordar com a prática de homicídio culposo, argumenta que a medida socioeducativa a ser aplicada deve ser menos rigorosa que a internação.

“É um breve relatório. Decido.

“Como bem salientaram, acusação e defesa, do conjunto probatório carreado aos autos, restam indúvidas, autoria e materialidade, aquela pela confissão do próprio representado e pelo depoimento de sua mãe e esta pelo laudo de exame cadavérico, fl. 69.

“Questão, igualmente, de fácil constatação é a que diz respeito ao fato de ter o representado agido com dolo ou culpa.

“Pelos depoimentos, do menor e de sua mãe, apesar do lamentável fato ocorrido e que culminou com a morte da infeliz vítima, não existem elementos para se imputar ao representado uma atitude dolosa.

“Os depoimentos da mãe do menor são confusos sim, como bem salientou o Ministério Público, entretanto, qualquer das versões que se

escolher apontam para uma atitude imprudente de L., que, limpando ou brincando com a arma, não tomou as cautelas necessárias para o fim de assegurar que nenhum incidente poderia ocorrer.

“Não é demais salientar que aquele que se dispõe a manusear arma de fogo deve assegurar-se de que todas as cautelas foram tomadas no sentido de evitar-se eventual disparo dada a conhecida letalidade de tal ocorrência.

“Nesse sentido, pacífico o entendimento jurisprudencial, a que me reporto e transcrevo, em adesão à argumentação já lançada.

‘Age com imprudência quem, sem ter convenientes conhecimentos, limpa ou manuseia arma de fogo nas proximidades de terceiros, havendo-se de modo a fazê-la deflagrar, indo um disparo vitimar um circunstante’ (JUTACrim 38).

‘Quem se dispõe a experimentar funcionamento de arma de fogo sem previamente descarregá-la, ou, examinando-a atentamente, certificar-se de que está desmuniçada, e vem, assim, a causar evento lesivo, não pode deixar de responder por esse resultado’ (JUTACrim — VIII/269).

“Assim, tenho como indubitosa a ocorrência do ilícito descrito no artigo 121, § 3º, do CP.

“Isto colocado, resta verificar a medida socioeducativa a ser aplicada.

“Dispõe o artigo 112, parágrafo primeiro, do ECA, que: ‘A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração’.

“O doutrinador Wilson Donizeti Liberati, no seu Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, 2ª edição, Editora Malheiros, pág. 92, ao tratar da medida socioeducativa de internação, leciona:

‘Vale salientar que a medida de internação será necessária naqueles casos em que a natureza da infração e o tipo de condições psicossociais do adolescente fazem supor que, sem um afastamento temporário do convívio social a que está habituado, ele não será atingido por nenhuma medida terapêutica ou pedagógica e poderá, além disso, representar risco para outras pessoas da comunidade’.

“É do Estudo Social, de fls. 119/122, que se retira:

‘Começamos a acompanhar L. quando ele tinha 9 anos mais ou menos. O pai nos procurou relatando que o menino não obedecia e não queria frequentar a escola. Logo depois ele começou a fazer pequenos furtos, se envolver com más companhias e, a usar droga como cola de sapateiro. Nestes 8 anos, que acompanhamos a família, foram inúmeras as visitas domiciliares, contatos com escolas, entrevistas e orientações tanto para os pais como para L’.

“Ainda:

‘Os problemas foram se agravando, L. cometendo infrações mais graves, se envolvendo em gang’s de adolescentes e adultos que culminou com a morte de sua irmã L’.

“Observe-se, ainda, que o revólver que estava em propriedade do menor havia sido furtado de um veículo nesta Cidade, como o mesmo esclarece no seu interrogatório, fl. 35.

“Por tais motivos, vejo como inafastável a aplicação da medida socioeducativa de internação do menor, até para vê-lo afastado, ainda que temporariamente, do meio social nocivo em que o mesmo se encontra, de modo a que se busque despertar no mesmo, o exato entendimento da realidade e regras sociais em que vive.

“A infração praticada, por outro lado, se mostra grave, na medida em que deixa transparecer um crescente de periculosidade do agente menor, eis que, no momento, já procura andar armado, certamente para assegurar, mesmo que de forma violenta, o alcance de seus objetivos.

“Por tais motivos julgo parcialmente procedente a representação aqui ofertada contra o menor L. dos S. C., para o fim de reconhecer ocorrente a prática do ilícito descrito no artigo 121, § 3º, do CP, impondo-lhe a medida socioeducativa de internação, nos termos do artigo 121 do ECA, com reavaliações trimestrais (artigo 121, § 2º, do ECA).

“Tendo em vista que eventual recurso será recebido apenas no efeito devolutivo, art. 198, VI, do ECA, mantenho o menor internado e deter-

mino a imediata requisição de vaga junto ao CER.

“Honorários do defensor em 10 URHs.

“Em virtude das atitudes da mãe do menor, remeta-se cópia de todo o processo ao ilustre representante do Ministério Público de uma das Varas Criminais desta Comarca.

“P.R.I.

“Chapecó, 20/10/98.

“Rubens Schulz — Juiz de Direito” (fls. 142/145).

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

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 Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 21 de março de 2000.

Álvaro Wandelli,

Presidente para o acórdão;

Alberto Costa,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.001362-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Alberto Costa

Crime contra a saúde pública — Narcotraficância — Cocaína — Crimes dos artigos 12 e 14 da Lei de Tóxicos — Condenação dos agentes no crime previsto no artigo 12 e absolvição no do artigo 14, ambos da Lei de Tóxicos — Recurso visando, preliminarmente, à anulação do processo por vulneração do princípio da livre escolha

do defensor, e do devido processo legal, em face da conflitância de defesas — No mérito pleiteando a absolvição, a) Por terem sido os atos praticados pelo réu meramente preparatórios, logo impuníveis, e b) Aplicação do princípio in dubio pro reo, em virtude de um dos co-réus ter assumido no interrogatório a responsabilidade pelo transporte e propriedade da droga apreendida — Prefaciais de nulidades rechaçadas — Teses defensivas improcedentes — Condenação ditada com acerto, inclusive na parte da dosimetria da pena, com a aplicação da causa de especial aumento inscrita no artigo 18, inciso III, da Lei de Tóxicos, porque descrita implicitamente na denúncia — Apelo desprovido.

— Intimado regularmente o advogado constituído do apelante para o comparecimento à audiência de inquirição de testemunhas, sua ausência, por empeco profissional, não comunicado ao Juízo, enseja a nomeação de defensor ad hoc tão e só para os efeitos dos atos a serem realizados naquele ato judicial.

— “O defensor do acusado, quer seja dativo, quer seja constituído, ainda que em processo sumário, não é obrigado a formular perguntas às testemunhas para o bom andamento do processo” (RTJ 59/64). E, tampouco, para requerer a liberdade provisória.

— Recaindo a nomeação do defensor ad hoc em outro advogado que não o que patrocinava a defesa de co-réu, não há falar em conflitância ou antagonismo de defesas.

— “Incide nas penas do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, o agente que serve como intermediário no tráfico de cocaína” (Ap. Crim. n. 98.000165-0, de Criciúma, rel. Des. Amaral e Silva, julgado em 22/4/98).

— “O intermediário efetivo, no crime de tráfico de entorpecentes, assume a posição legal de co-autor típico. É modalidade em que o tráfico se opera com longa manus. O traficante principal serve-se do terceiro que realiza o negócio diretamente. Este último, negociador direto, é co-autor no mais estrito molde legal” (RT 700/315).

— “Embora não leve à certeza, a jurisprudência tem admitido a condenação quando a prova judiciária for veemente ou então quando várias pequenas circunstâncias sejam concordes até em detalhes. Por indício veemente entende-se aquele que, dada a sua natu-

reza, permite razoavelmente afastar todas as hipóteses favoráveis ao acusado. Às vezes, uma sucessão de pequenos indícios, coerentes e concatenados, igualmente podem dar a certeza exigida para a condenação” (Adalberto José Camargo Aranha, in Da Prova no Processo Penal, Saraiva, 2ª ed., pág. 162).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.001362-6, da comarca da Capital (2ª Vara), em que é apelante Francisco José Rangel Nunes, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, rejeitar as preliminares de nulidade invocadas e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca da Capital, 2ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Mauro Alves, vulgo “Chumbinho”, Airton Gaspar, Sebastião Garcia, Carlos Alberto de Oliveira, Francisco José Rangel Nunes, vulgo “Chicão”, e Luís Carlos Freitas de Souza, conhecido como Luiz Cardoso, dando-os como incurso nas sanções dos artigos 12 e 14, ambos da Lei n. 6.368/76, porque, segundo narra a exordial acusatória: “Visando a abastecer usuários de cocaína na cidade de Lages e demais municípios vizinhos, o denunciado Luís Carlos Freitas de Souza contactou com o denunciado Francisco no estado de Rondônia, com o fim de adquirir deste grande quantidade do referido entorpecente, restando acordado que Chicão iria até aquela cidade do Planalto Serrano para certos finais.

“Assim que, no dia 17 de junho de 1998, agentes da Polícia Federal

em Santa Catarina receberam uma informação da Superintendência Regional de Rondônia de que, Francisco José Rangel Nunes, traficante de entorpecentes, desembarcaria, por volta das 9 horas, no Aeroporto Hercílio Luz, neste Município e Comarca.

“Confirmada a sua chegada, Francisco foi recebido no aeroporto pelo denunciado Sebastião Garcia, pessoa encarregada por Luís Carlos para receber aquele e conduzi-lo até o município de Lages, o que foi feito utilizando o veículo VW/Gol, branco, placa LZA 6609, ficando Francisco hospedado no Hotel Le Canard.

“No período que permaneceu em Lages (dois dias aproximadamente), Francisco dirigiu-se diversas vezes a uma garagem de comércio de automóveis, situada à Rua Duque de Caxias, n. 1.175, onde mantinha frequentes contatos com o denunciado Luís Carlos, a fim de negociar a venda e compra de grande quantidade de cocaína, que serviria, como dito, para distribuição por toda a região do Planalto Serrano, restando acordado que a droga chegaria em Florianópolis trazida por dois homens conhecidos de Francisco.

“Desse modo, no dia 19 de junho, por volta das 6 horas, Francisco foi apanhado no referido hotel por Carlos Alberto de Oliveira, o qual também estava associado com Luís, tendo ambos dirigido-se, em um veículo VW/Gol, verde, placa CEZ 4310, até

esta Cidade, mais precisamente ao Aeroporto Hercílio Luz, aqui chegando às 9 horas, encontrando-se no estacionamento do aeroporto com Sebastião, indo, os três, ao setor de desembarque para aguardar as duas pessoas que estavam trazendo a droga comprada por Luís. Cabe ressaltar que Carlos Alberto e Sebastião trabalham para Luís Carlos Freitas de Souza.

“Por volta das 9h15min, num voo precedente de São Paulo, que era conexão de outro voo que partiu de Porto Velho/RO, desembarcaram Mauro Alves e Airton Gaspar, cada um portando uma mala, tendo Francisco indicado estes para Sebastião e Carlos Alberto.

“Em contato rápido, já que deveriam ir para Lages onde Luís os esperava com a ‘encomenda’, os denunciados, estrategicamente, dividiram-se em grupos, tendo Sebastião e Mauro ido até o veículo Gol branco, automóvel este que dois dias antes tinha transportado Francisco até Lages; e Carlos, Francisco e Airton permaneceram por instantes na porta do aeroporto para seguirem posteriormente no Gol verde.

“Entretanto, os cinco denunciados foram abordados por agentes da Polícia Federal que acompanhavam seus movimentos. Em revista na mala trazida por Airton, foi encontrado um travesseiro, que continha em seu interior 4 (quatro) tijolos de cocaína, prensados e envoltos em fita adesiva na cor âmbar; enquanto que na mala transportada por Mauro também havia um travesseiro, com 5 (cinco) tijolos de cocaína, embalados da mesma for-

ma que a droga encontrada na mala de Airton.

“No total, foram apreendidas 9.226 (nove mil, duzentos e vinte e seis gramas) de cocaína (nos termos do laudo de constatação de fl. 21 e do laudo definitivo de fls. 66/68).

“Vale ressaltar que a cocaína é uma droga psicotrópica, capaz de causar dependência física e/ou psíquica, estando seu uso proibido em todo o território nacional, e que os denunciados, em unidade de desígnios comum, traziam consigo, guardavam e transportavam para o seu adquirente, ou seja, Luís Carlos, para fins de mercancia.

“Deste modo, os denunciados, de modo organizado, associaram-se para executar o referido delito” (fls. 3/5).

Durante a instrução, o Dr. Juiz a quo determinou a separação do processo, prosseguindo em relação aos acusados Mauro Alves, Airton Gaspar e Francisco José Rangel Nunes.

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Francisco José Rangel Nunes e Airton Gaspar às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e 80 (oitenta) dias-multa, por infringirem o disposto no artigo 12 c/c o artigo 18, inciso III, ambos da Lei n. 6.368/76, e Mauro Alves às penas de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 80 (oitenta) dias-multa, por infração ao artigo 12 c/c o artigo 18, inciso III, ambos da Lei de Tóxicos, e artigo 65, inciso III, do Código Penal.

Os acusados foram absolvidos da imputação referente ao crime previsto no artigo 14 da Lei Antitóxicos,

com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

O réu Francisco José Rangel Nunes, após ser intimado da r. sentença condenatória, requereu a separação do processo, a fim de ser dado prosseguimento com relação aos demais acusados, por não ter interesse em apelar (fl. 430). No entanto, in oportuno tempore, seu defensor apresentou recurso de apelação.

Os autos ascenderam a esta Superior Instância e foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra do Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes, opinou pela baixa dos autos, em diligência, à Comarca de origem, a fim de ser dado cumprimento ao disposto no artigo 600, caput, do Código de Processo Penal.

Esta Relatoria, por despacho de fl. 464, determinou o retorno dos autos à origem, a fim de ser o defensor do réu Francisco José Rangel Nunes intimado para apresentar suas razões recursais.

Na origem, apresentadas as razões recursais, o apelante Francisco José Rangel Nunes requer a absolvição, alegando, em preliminar, a nulidade do processo, por cerceamento de defesa, porque: a) não estando presente à audiência de inquirição das testemunhas de acusação seu defensor constituído, pois impedido por motivos profissionais, ao acusado foi nomeado defensor ad hoc que não fez perguntas aos testigos e, tampouco, requereu o benefício da liberdade provisória pleiteada aos outros acusados, ocorrendo, in casu, vulneração ao princípio da livre escolha do defensor; e, b) o defensor ad hoc nomeado

é o mesmo que defendia o co-réu Luís Carlos Freitas de Souza, havendo, assim, defesas antagônicas.

No mérito, afirma não ser a prova amealhada suficiente para ensejar um decreto condenatório, pois não praticou nenhuma das condutas enumeradas no artigo 12 da Lei de Tóxicos e, se praticou alguns atos, estes foram apenas preparatórios, sendo impuníveis.

Requer, também, a aplicação do princípio do in dubio pro reo, uma vez que o co-réu Mauro Alves, em seu interrogatório, assumiu a responsabilidade pelo transporte da droga.

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 Huáscar Viana, pelo desprovimento do recurso.

As preliminares de nulidade invocadas no apelo improcedem.

De fato, quanto à primeira prefacial suscitada, impõe-se enfatizado que, conforme exsurge das peças que integram o bojo dos presentes autos, o defensor do apelante foi devidamente intimado, por edital, fulcrado nas disposições do § 1º do artigo 370 do Código de Processo Penal para comparecimento à audiência de inquirição das testemunhas (fl. 221).

Claro está, que se o advogado constituído do apelante não podia comparecer à referida audiência, por empeco profissional, deveria ter dado a devida comunicação ao Juízo a quo e requerido a transferência do ato judicial.

Destarte, ante o silêncio e a ausência do ilustre defensor, correta se

apresenta a decisão do Magistrado a quo ao nomear defensor ad hoc ao apelante, tão-só para defendê-lo na audiência de oitiva das testemunhas de acusação.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“— Possuindo o réu defensor constituído, e não comparecendo este à audiência de instrução, cabe ao juiz nomear defensor dativo” (HC n. 7.091/PI — relator Min. Edson Vidigal — DJU de 14/9/98, pág. 89).

De outra sorte, necessário ressaltar não estar o defensor nomeado pelo juiz obrigado a fazer perguntas às testemunhas oitivadas na audiência.

Sobre a matéria decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“O defensor do acusado, quer seja dativo, quer seja constituído, ainda que em processo sumário, não é obrigado a formular perguntas às testemunhas para o bom andamento do processo” (RTJ 59/64). E, tampouco, requerer o benefício da liberdade provisória.

Afasta-se, pois, a primeira prejudicial de nulidade suscitada.

Quanto à segunda preliminar de nulidade levantada sob o enfoque da ocorrência de defesas antagônicas, em virtude da nomeação do defensor ad hoc ter recaído na pessoa do advogado que patrocinava a defesa do co-réu Luís Carlos Freitas de Souza, manifesta é a sua inconsistência, decorrente de equívoco do defensor constituído.

É que consoante ressei do termo de assentada acostado à fl. 222 e da defesa prévia do co-réu Luís Car-

los Freitas de Souza, defensor desse acusado é o Dr. Luiz Carlos Ribeiro, enquanto que a defensoria ad hoc indicada ao apelante recaiu na pessoa do Dr. Lídio Moisés da Cruz.

Rejeita-se, portanto, a segunda prefacial de nulidade aventada.

Quanto ao mérito, em que pese o esforço desenvolvido pelo Dr. defensor, melhor sorte não socorre ao apelante, eis que, tendo o ilustre Magistrado, Dr. Túlio José Moura Pinheiro, apreciado a espécie versada nos presentes autos com inegável acerto, a douda sentença condenatória por ele prolatada merece ser integralmente mantida, inclusive quanto à dosimetria da pena, especialmente no que tange ao acolhimento da causa de especial aumento consignada no artigo 18, inciso III, da Lei de Tóxicos, implicitamente descrita na denúncia. A toda evidência, os autos entremostam que o apelante e seus comparsas mantinham um vínculo associativo, ainda que de caráter eventual, orientado para a prática da narcotraficância.

Nesse passo, como razão de decidir, acolhe-se a argumentação exposta no parecer do sempre lembrado Dr. Paulo Huáscar Viana, que segue transcrita, in verbis:

“Insiste o apelante em afirmar que, no dia dos fatos narrados na denúncia, estava na porta do Aeroporto Internacional Hercílio Luz, quando foi preso em flagrante, porém, sem ter infringido qualquer das condutas enumeradas no art. 12 da Lei n. 6.368/76. Alega que, em seu poder, não foi encontrada qualquer substância entorpecente e, por este motivo deve ser absolvido pela dúvida. Por derradeiro, salienta que, se atos houveram, estes

foram apenas preparatórios, que no nosso ordenamento penal não são puníveis.

“A materialidade do delito está consubstanciada no auto de apresentação e apreensão de fls. 19/20, laudo de constatação de fl. 30 e laudo de exame em substância (cocaína) de fls. 75/77.

“A autoria restou demonstrada nos depoimentos prestados pelos policiais, tanto na fase indiciária, quanto em juízo, que foram coerentes e uníssonos em descrever toda a conduta do recorrente.

“Não obstante a tese defensiva, denota-se de todo o processado que o apelante realmente cometeu os fatos delituosos narrados na denúncia. Isto, em razão de que, todas as investigações e diligências realizadas pelos policiais somente tiveram êxito devido à informação recebida pela Delegacia de Polícia Federal, de que o recorrente, pessoa envolvida com o tráfico no estado de Rondônia, estaria dirigindo-se para Santa Catarina, a fim de efetuar uma transação de drogas no Planalto Serrano.

“Tal informação foi recebida pelo Delegado Roberto Mário da Cunha Cordeiro que, em juízo, afirmou: ‘(...) que o depoente é delegado chefe da delegacia de prevenção e repressão de entorpecentes da PF em Florianópolis/SC; que em mês que não se recorda, recebeu um comunicado de agentes da PF de RO dizendo que o acusado Francisco José Rangel Nunes, reconhecido nesta audiência, teria envolvimento com tráfico de drogas naquele Estado e que estaria vindo para SC; que diante disto destacou uma equipe de policiais federais

para acompanharem a movimentação de Francisco no aeroporto e o seguiram até a cidade de Lages/SC; (...)’ (fl. 224). No mesmo sentido, as declarações dos policiais federais Leonardo Avelino de Lima (fl. 226), João Manoel Vieira Filho (fl. 229), Newton Luis Pires Vieira (fl. 230) e Ilson Corrêa Miralhetta (fl. 231).

“Consta dos autos que, após a informação obtida, a Polícia Federal passou a efetuar diligências no sentido de investigar o apelante, sendo que, por dois dias ele permaneceu em Lages efetuando contatos constantes com o co-réu Luís Carlos Freitas de Souza.

“Após a estada em Lages, o recorrente, acompanhado dos co-réus Sebastião e Carlos dirigiu-se ao aeroporto desta Cidade, a fim de aguardar a chegada dos demais comparsas, Aírton Gaspar e Mauro Alves, provenientes do Estado de Rondônia.

“Chegando os elementos mencionados, todos reuniram-se no saguão do aeroporto, dividindo-se em seguida, em pontos diversos, momento em que foram abordados pelos agentes policiais que, nas malas de Mauro e Aírton, encontraram grande quantidade de cocaína.

“Durante todo o desenrolar dos fatos, a polícia esteve atenta e, continuamente, no encalço dos suspeitos, tendo esperado o momento certo para a abordagem.

“Contrariamente ao que alega o apelante, a sua conduta caracterizou o ilícito de tráfico de entorpecentes, eis que intermediou toda a transação, vindo anteriormente a este Estado acertar os detalhes com Luís Carlos Freitas de Souza, sendo que, em data

posterior, seus encarregados trouxeram a encomenda.

“Destarte, vale frisar que os depoimentos dos acusados colacionados aos autos foram divergentes, principalmente os do recorrente e a pessoa indicada como compradora do estupefaciente: enquanto Francisco (fls. 150/151) informou que conheceu Luís Carlos no dia em que chegou a Lages, este, por sua vez, afirmou que conhecia aquele desde abril de 1997, quando esteve em Ariquemes/RO; Francisco, aliás, aduziu que teria vindo para comprar e levar para Rondônia uma caminhonete F—1000 e um Gol 1000, porém Luís Carlos (fls. 152/153) mencionou que teria negociado apenas a primeira, além de outras controvérsias de menor relevância.

“Convém salientar que a divergência encontrada nos depoimentos de Luís Carlos e Francisco quanto à existência de um ou dois carros transacionados é de suma importância. Isto, em razão de que os acusados detidos, aduziram a existência de dois veículos a serem transportados para Rondônia: um que seria levado por Francisco (caminhonete) e o segundo pelo co-réu Airton (Gol).

“Conforme a declaração de Luís Carlos, que afirmou a existência de somente um carro a ser transportado, cai por terra o álibi de Airton, que teria vindo a este Estado justamente para transportar um dos automóveis, havendo, por conseguinte, o reforço da prova, no sentido da efetiva transação de drogas pelo apelante.

“De outro vértice, não se cogita a aceitação da hipótese levantada, de que o verbo ‘intermediar’ não está contido no dispositivo do art. 12 da Lei

n. 6.368/76, eis que a sua conduta constituiu o ilícito penal.

“Neste norte, são entendimentos jurisprudenciais:

‘O intermediário efetivo, no crime de tráfico de entorpecentes, assume a posição legal de co-autor típico. É modalidade em que o tráfico se opera com longa manus. O traficante principal serve-se do terceiro que realiza o negócio diretamente. Este último, negociador direto, é co-autor no mais estrito molde legal’ (RT 700/315).

‘Penal — Tráfico de entorpecentes — Intermediação entre consumidor e fornecedor — Delito caracterizado — Desclassificação — Impossibilidade — Precedentes jurisprudenciais — Recurso desprovido. Incide nas penas do art. 12 da Lei n. 6.368/76, o agente que serve como intermediário no tráfico de cocaína’ (Apelação Criminal n. 98.000165-0, de Criciúma, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 22/4/98).

‘Incide nas penas do art. 12 da Lei n. 6.368/76 de 21/10/76, o agente que, confiando na possível impunidade, assume o risco de sua conduta e serve como intermediário no tráfico de cocaína’ (JUTACrim 46/341).

“Irrelevante, ainda, não tenha sido o recorrente abordado na posse da droga, vez que este entendimento é predominante na jurisprudência:

‘Para a configuração do delito pertinente ao tráfico de entorpecentes não é preciso que o agente encontre-se na posse direta da droga, outras provas podem conduzir à certeza do adquirente, proprietário, embora sem a posse direta’ (RT 695/360).

‘(...) Para a configuração do crime previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76, não se exige prova da venda do tóxico a terceiro; basta a posse de entorpecente, inclusive embalado com destinação ao comércio...’ (Apeleção Criminal n. 96.007210-1, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 1º/10/96).

“No que pertine ao interrogatório de Mauro Alves, a sua confissão em nada corrobora os demais elementos colacionados aos autos, não podendo, por este motivo, ser aproveitada. Na fase indiciária, asseverou (fls. 14/15): ‘(...) Que Miro solicitou ao interrogado que levasse cocaína para a cidade de Florianópolis/SC (...) Que sabe ser Francisco também traficante de cocaína em parceria com a pessoa de Miro; (...)’.

“Em juízo, assumiu a culpa, porém, contradizendo tudo o que fora falado anteriormente: ‘(...) que não tem conhecimento de que Francisco é traficante de drogas; que não conhece nenhum ‘Miro’; que conhece apenas ‘Milton’ (...)’ (fl. 154).

“As declarações do co-réu Mauro Alves que, nos dois momentos em que foi ouvido apresentou versões totalmente divergentes, aliadas aos depoimentos dos policiais federais que efetuaram o flagrante após a observação contínua do recorrente, além da atitude comprometedoras deste, não deixam margem a possíveis dúvidas para a sua condenação por tráfico de entorpecentes.

“Neste diapasão:

‘Tráfico de entorpecentes — Tese negativa de autoria inadmissível — Versão isolada da prova dos autos — Depoimentos coerentes e insuspei-

tos de policiais que encontram arrimo na prova coligida — Validade — condenação mantida — Recursos desprovidos’ (Apeleção Criminal n. 98.000162-5, de Criciúma, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 31/3/98).

‘Crime contra a saúde pública — Narcotráfico — Prova — Apreensão de expressiva quantidade de entorpecentes. (...) Não há falar em insuficiência de provas ou dúvida que justifique a absolvição, quando os elementos contidos nos autos, todos a indicar a responsabilidade dos acusados, formam um conjunto sólido, autorizando um seguro juízo de convicção’ (Ap. Crim. n. 98.000410-1, de Curitiba, rel. Des. Paulo Gallotti, j. em 17/3/98).

“Somente para reforçar, cabe a transcrição do entendimento esposado por Adalberto José Camargo Aranha, in *Da Prova no Processo Penal*, Saraiva, 2ª ed., pág. 162: ‘Embora não leve à certeza, a jurisprudência tem admitido a condenação quando a prova judiciária for veemente ou então quando várias pequenas circunstâncias sejam concordes até em detalhes. Por indício veemente entende-se aquele que, dada a sua natureza, permite razoavelmente afastar todas as hipóteses favoráveis ao acusado. Às vezes, uma sucessão de pequenos indícios, coerentes e concatenados, igualmente podem dar a certeza exigida para a condenação’.

“Por derradeiro, frisa-se o que a sentença de primeiro grau avaliou com absoluta pertinência à fl. 424, texto transcrito também pelo Promotor de Justiça em suas contra-razões recursais: ‘(...) o recrudescimento da criminalidade urge a modificação de entendi-

mentos ultrapassados que resultavam apenas na condenação das conhecidas 'mulas', caso de Mauro Alves e de Aírton Gaspar, beneficiando-se o verdadeiro traficante, aquele que contrata o adquirente, negocia a droga em grandes quantidades, operacionaliza sua entrega e auferir grandes lucros, como Francisco José Rangel Nunes'.

"Destá forma, pelo elenco probatório coligido aos autos, depreende-se perfeitamente configurada a ocorrência do delito de tráfico de entorpecentes imputado ao apelante" (fls. 518/523).

Por esses motivos, rejeita-se as preliminares de nulidade invocadas e, no mérito, nega-se provimento ao recurso.

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. Paulo Huáscar Viana.

Florianópolis, 4 de abril de 2000.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.022192-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Alberto Costa

Crime contra os costumes — Estupro e atentado violento ao pudor — Pretensão absolutória por negativa de autoria — Pleito alternativo de diminuição de pena, ante a absorção do crime de atentado violento ao pudor pelo de estupro, e pela aplicabilidade da causa de especial diminuição preconizada no artigo 28, inciso II, § 2º, do Código Penal — Alegações improcedentes — Prova da autoria fulcrada nos depoimentos, coerentes e harmônicos, prestados pela vítima e uma testemunha que se encontravam no local dos fatos, aliados aos demais elementos do contexto probatório — Ato libidinoso praticado pelo acusado que não se constitui em ato preliminar à conjunção carnal — Concurso material reconhecido — Causa de especial diminuição de pena inaplicável, pois a embriaguez do réu não foi proveniente de caso fortuito ou força maior — Recurso defensivo desprovido.

Roberto Prestes Melo, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.022192-0, da comarca da Capital (2ª Vara), em que é apelante João

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca da Capital, 2ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra João Roberto Prestes Melo, dando-o como incurso nas sanções dos artigos 213, caput, e 214, caput, c/c o artigo 69, todos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: “No dia 16/5/99, por volta das 5 horas, a vítima J. dos S. caminhava em direção à sua casa, localizada na Servidão João Chagas, Campeche, neste Município e Comarca, quando, nas proximidades, foi abordada pelo denunciado João Roberto Prestes Melo que trafegava no local em sua bicicleta e, mediante graves ameaças, dizendo que estava armado e sem propiciar qualquer reação à vítima, levou-a para um matagal existente naquele local.

“Ao perceber as intenções do denunciado, a vítima J. gritou por socorro e tentou fugir, mas foi impedida pelo denunciado que, visando a satisfazer sua perversão sexual, também mediante violência física, derrubou-a no chão, despiu-se totalmente e tirou as vestes inferiores da vítima.

“Ato contínuo, o denunciado João constrangeu J., mediante violência real e graves ameaças, obrigando-a a manter relações sexuais com ele por aproximadamente 30min, ou seja, consumou a cópula com a introdução do pênis na vagina, realizando seus atos dissolutos destinados ao desafogo de sua concupiscência.

“Não satisfeito, o denunciado passou a praticar a mesma, com e sobre a vítima atos libidinosos diversos da conjunção carnal, ou seja, ações atentatórias ao pudor, praticadas com

o propósito lascivo e luxurioso, obrigando-a ao sexo oral.

“Posteriormente, sem controlar seus impulsos voluptuosos, ao tentar praticar coito anal com a vítima, esta, fingindo que iria urinar, aproveitou um momento de descuido do denunciado, empurrou-o para trás e, vestindo apenas uma camiseta, correu para a via pública e, gritando e chorando, pediu ajuda a J. V. V. que naquele momento passava no local dos fatos.

“Após a vítima narrar rapidamente os fatos e descrever fisicamente o denunciado para J., este percebeu que ele tentava evadir-se do referido matagal e, em seguida, com a ajuda de populares conseguiu detê-lo.

“Deste modo, o denunciado João Roberto Prestes de Melo, mediante violência e graves ameaças, praticou atos lascivos contra o pudor da vítima J. dos S., além de constrangê-la à conjunção carnal” (fl. 2).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando João Roberto Prestes Melo à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime fechado, por infringir o disposto nos artigos 213 e 214, c/c os artigos 65, inciso I, e 69, todos do Código Penal.

Inconformado, o acusado, por cota nos autos, apelou objetivando a absolvição, alegando haver dúvidas sobre a ocorrência ou não dos delitos, inclusive de ter a vítima sido forçada a praticar os atos sexuais.

Alternativamente, pugna pela redução da pena irrogada, ante a absorção do delito de atentado violento ao pudor pelo de estupro e aplicação da causa de especial diminuição de

pena prevista no artigo 28, inciso II, § 2º, 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. Luiz Fernando Sirydakís, pelo desprovimento do recurso.

Em que pesem os argumentos expostos pelo ilustre defensor, o recurso merece ser desprovido.

Consoante ressuma dos autos, inegável se apresenta a responsabilidade criminal do acusado, conspirando, contra ele, o conjunto probatório amealhado.

A vítima, quando ouvida na polícia e em Juízo, relatou, de forma coerente, o *modus operandi* do réu na prática dos crimes.

No auto de prisão em flagrante (fl. 7), esta declarou que por volta das 5 horas retornava para sua casa quando, após desembarcar de um automóvel a cujo motorista pedira carona, foi abordada a uns 50 metros de sua residência pelo réu, o qual, ameaçando-a de estar armado, ordenou-lhe que o acompanhasse até um matagal ali existente.

Afirma, também, que ao ingressarem no referido matagal e antevidendo as intenções do réu, tentou fugir, mas foi por ele impedida, sendo jogada ao chão. Ato contínuo, após ser despida da cintura para baixo, o acusado manteve relações sexuais por aproximadamente trinta minutos. Depois de consumir o estupro, o réu a obrigou a fazer sexo oral e tentou, também, praticar sexo anal.

Finaliza, acrescentando ter conseguido desvencilhar-se de seu

algoz, ao simular que iria urinar, e saiu correndo até a via pública, momento em que encontrou um rapaz que mora na vizinhança, a quem pediu socorro, narrando-lhe os fatos e descrevendo, inclusive, detalhadamente, as roupas e sua fisionomia, vindo este a ser surpreendido quando saía do matagal e imobilizado por populares que acorreram ao local.

Em Juízo, às fls. 24/25, a vítima, Sra. J. dos S., narrou, sem quaisquer discrepâncias, os fatos descritos por ela na fase policial.

In casu, é sabido que nesses tipos de crimes, quase sempre praticados sem testemunhas de visu, a palavra da vítima, desde que coerente e harmônica com outros elementos de prova, enseja a prolação de uma condenação.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte de Justiça:

“— Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, pela própria natureza, exigem a clandestinidade, daí, por que, a prova da respectiva autoria esteia-se com maior força nas palavras da ofendida, dos familiares e das pessoas mais próximas do local dos fatos” (Ap. Crim. n. 29.154, de Itajaí, deste relator).

No entanto, para respaldar as palavras da vítima, temos, ainda, o depoimento da testemunha J. V. V. (fls. 6/7 e 46), declarando, tanto na polícia quanto em juízo, de forma uníssona, que retornava para sua casa por volta das 5 horas, quando, repentinamente, foi abordado por uma senhora, a qual estava nua e protegida apenas por uma camiseta, e, em prantos, gritando, pedia-lhe para prender um indivi-

duo que a estuprara a poucos instantes, num matagal próximo.

Acrescenta, também, ter, em determinado momento, percebido que um homem estava saindo do mato, empurrando uma bicicleta, correspondendo à descrição feita pela vítima, inclusive usando um boné, o qual, ao vê-lo, tentou evadir-se do local, sendo interceptado e imobilizado.

Por derradeiro, assegura que a vítima, naquele momento, reconheceu o acusado e dizia ter certeza que ele a havia atacado.

Se não bastasse tudo isso, o laudo pericial acostado à fl. 54, nos dá conta das diversas lesões sofridas pela vítima, condizentes com a sua versão apresentada, demonstrando ter esta tentado desvencilhar-se do jugo imposto pelo réu.

Por outro lado, enfatize-se que o fato de o exame pericial acostado à fl. 56 ter consignado a ausência de espermatozóide na cavidade vaginal da vítima, não é suficiente para impedir a caracterização do delito de estupro, pois, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, este se consuma com a introdução até mesmo incompleta do pênis na vagina, não sendo necessário que o autor ejacule, tenha orgasmo ou rompa a membrana himenal.

Nesse sentido, a jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal:

“A alegação de ausência de espermatozóide no corpo da vítima do estupro, não é decisiva para afastar a consumação do delito. No particular, há, inclusive, a referência de uma testemunha que viu esperma no banco do veículo. Para a existência da cópula,

que é o momento consumativo do crime de estupro, a doutrina não exige a ejaculação, ou seja, o ato sexual completo” (HC n. 69.812-3 — relator Ministro Néri da Silveira — DJU de 7/12/93, pág. 26.762).

E, ainda:

“Estupro. Consumação. Prova: Exame. I. O fato de os laudos de conjunção carnal e de espermatozóide resultarem negativos não invalida a prova do estupro, dado que é irrelevante se a cópula vaginal foi completa ou não, e se houve ejaculação. Existência de outras provas. Precedentes do STF” (HC n. 74.246-7 — relator Ministro Carlos Velloso — DJU de 13/12/96, pág. 50.165).

Por outro vértice, improcedem, também, os pleitos alternativos.

A absorção do crime de atentado violento ao pudor pelo crime de estupro é incabível, pois, embora sejam crimes da mesma natureza e gênero, não são da mesma espécie, e o ato libidinoso praticado pelo réu, qual seja, sexo oral, não se constituiu em ato preliminar à conjunção carnal.

Na verdade, o referido ato libidinoso foi praticado após a consumação do estupro, e com o intuito de, posteriormente, praticar o acusado com a vítima sexo anal.

Assim, é evidente que o delito de atentado violento ao pudor não pode ser absorvido pelo de estupro, devendo, in casu, ser reconhecido o concurso material.

A jurisprudência, em casos que tais, assentou:

“Concurso material de delitos — Caracterização — Atentado violento ao pudor e estupro — Atuações

que, embora praticadas contra a mesma vítima, se mostram desvinculadas uma da outra, com contexto fático e jurídico autônomos — Inexistência, na hipótese, de crime-meio — Impossibilidade de se falar em crime progressivo.

“Inexiste a absorção do crime de atentado violento ao pudor pelo de estupro, porquanto se trata de ações independentes, e, embora praticadas contra a mesma vítima, se mostram com contexto fático e jurídico diferente, a concretizarem figuras delituosas diversas, passíveis de outro enquadramento legal, totalmente desvinculado um do outro. Disso decorre a existência do cúmulo material, e nunca o chamado crime progressivo, que exige um crime-meio para chegar o agente ao crime-fim. Aqui não. Existem o estupro e o atentado, cada um totalmente independente do outro” (RJTJSP 69/384).

Por derradeiro, inaplicável a causa de especial diminuição de pena preconizada no artigo 28, inciso II, § 2º,

do Código Penal, porque, além de não restar comprovado, nos autos, que o réu se encontrava embriagado no momento em que praticou os delitos, é sabido que a embriaguez, para ensejar a diminuição da pena, é a proveniente de caso fortuito ou força maior, e leve o agente a não possuir, ao tempo da ação ou omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Por esses motivos, nega-se provimento ao recurso.

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. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 21 de março de 2000.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.024921-1, DA CAPITAL

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal e processual — Tráfico — Cocaína — Prova — Depoimentos de policiais corroborados pelas declarações dos co-réus — Validade — Materialidade e autoria comprovadas — Associação eventual de agentes — Majorante caracterizada — Condenação mantida — Recurso não provido.

A autoria do tráfico de drogas pode ser comprovada por indícios e circunstâncias, principalmente a chamada dos co-réus e os depoimentos de policiais coerentes e isentos de má-fé.

Pequeno desencontro de informações referentes a acontecimentos periféricos não invalida a prova.

A causa de especial aumento de pena descrita no inciso III do art. 18 da Lei de Tóxicos equivale ao concurso de agentes do Código Penal.

Para o reconhecimento da co-autoria não é necessário que todos os agentes pratiquem atos de execução expressos no núcleo do tipo penal, basta que de qualquer modo concorram para o crime.

Concorrer significa, voluntária e conscientemente, contribuir, influir, cooperar, colaborar, ajudar, auxiliar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.024921-1, da comarca da Capital, em que é apelante Luiz Carlos Meinschein, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Luiz Carlos Meinschein, vulgo "Graxaim" ou "Guachaim", restou condenado à pena de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, no valor mínimo, por infração ao art. 12 c/c o art. 18, III, ambos da Lei n. 6.368/76.

Alega o apelante, em síntese, que deve ser absolvido, pois inexistem nos autos prova de sua participação no delito ou da associação para o tráfico. Alternativamente, pleiteia a redução da pena-base.

Também, em resumo, diz o Dr. Promotor que a sentença deve ser mantida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo conhecimento e desprovisionamento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — Não há como falar em falta de prova para a condenação.

A materialidade do tráfico restou provada pelos laudos de constatação de fls. 17, 18, 28 e 29; termo de apreensão de fl. 32 e laudo pericial de fls. 69/72.

A participação do apelante no tráfico ficou evidenciada pelos depoimentos dos co-réus e dos policiais que investigaram o caso.

Roberto Batista de Oliveira, que trouxe a droga de Mato Grosso do Sul em seu corpo, confirmando o depoimento prestado perante a autoridade policial (fls. 11/12), em Juízo, admitiu que "foi contactado em Corumbá/MS por um indivíduo de al-

cunha 'Mingo', o qual lhe propôs que transportasse um quilo de cocaína para Florianópolis/SC, sendo que receberia pelo transporte a importância de R\$ 1.200,00; que 'Mingo' lhe entregou a cocaína encapsulada em dedos de luvas cirúrgicas; que também recebeu dois números de telefones para contactar quando chegasse em Florianópolis/SC; que um dos números era de um tal de Nery ou vulgo 'Jarrão'; que se não conseguisse localizar Nery, deveria ligar para um tal de Vilson; que este avisaria Nery (...) que após receber a cocaína de 'Mingo', o interrogando ingeriu a mesma e veio de ônibus para Florianópolis/SC; que no caminho ligou para o acusado Nery Clito Vieira Filho; que ao chegar na Rodoviária de Florianópolis/SC, Nery estava lhe esperando; que ao se aproximar de Nery, foi abordado e preso por policiais" (fl. 64).

Nery Clito Vieira Filho, por sua vez, contou que "há uns dois ou três meses atrás, o interrogando encontrou seu conhecido Luiz Carlos Meinschein, o qual trabalha com venda de madeiras em Palhoça/SC; que perguntou a Luiz Carlos se este queria comprar o Ford Ka de Iris; que Luiz Carlos disse que não tinha interesse, mas conhecia alguém em Corumbá/MS que poderia querer comprar ou fazer 'negócio bom'; que desconfiou que seria troca por drogas (...) que acertou a viagem com Luiz Carlos Meinschein e a carona com Vilson Sarmiento; que o interrogando foi dirigindo o Ford Ka de Iris; que em Campo Largo/PR deixaram Vilson Sarmiento; que o interrogando e Luiz Carlos Meinschein seguiram viagem até Corumbá/MS e de lá até a cidade de Ladário, onde o interrogando foi fa-

lar com a pessoa que Luiz Carlos Meinschein lhe indicou; que essa pessoa propôs trocar o Ford Ka por um quilo de cocaína; que o interrogando deixou o carro com essa pessoa e voltou para Florianópolis/SC sozinho; que Luiz Carlos Meinschein ficou em Ladário para acertar o restante da transação" (fl. 61).

Ora, claro está que o apelante participou diretamente do delito, posto que foi ele quem apresentou o co-réu Nery ao fornecedor da droga em Ladário/MS, tendo inclusive participado da negociação referente à compra do tóxico apreendido.

O apelante, quando ouvido pela autoridade judicial, não negou que tivesse apresentado Nery aos traficantes do Estado do Mato Grosso do Sul, contando que fez ligações para o co-réu a fim de saber se este seria recebido em Ladário. Luiz Carlos admitiu, ainda, que já havia estado naquela cidade para transacionar entorpecentes, tendo desistido do negócio porque "não lhe seria conveniente" (fls. 153/154).

Nota-se, pelas declarações, que o apelante tem grande conhecimento do tráfico realizado entre os estados de Santa Catarina e Mato Grosso do Sul, tanto que chegou a afirmar que "naquela região se trabalha com grandes volumes, o que não se coaduna com a realidade local; que considera o transporte noticiado na denúncia por meio de cápsulas, coisa 'de primeiro mundo', pois normalmente se faz o transporte por automóvel ou via aérea" (fl. 154).

Além disso, tem-se as declarações dos policiais que participaram das diligências que culminaram com a

prisão de Nery e Roberto, sendo descoberto todo o “esquema” do tráfico por eles realizado e intermediado por Luiz Carlos Meinschein.

Quanto aos depoimentos dos policiais, isentos de má-fé, coerentes e harmônicos entre si, muito bem explicitou o culto Magistrado a quo Dr. Jorge Henrique Schaefer Martins:

“Das testemunhas acusatórias, observa-se haver Evandro Ricardo Volante, policial civil, narrado da existência de investigação direcionada à pessoa de Nery Clito Vieira Filho por envolvimento com tráfico de drogas, recebendo ordens do Delegado Alfredo José Ballstaedt de se dirigir a um posto de gasolina em Palhoça, onde o mesmo se encontraria com Guachaim. Lá, apesar de não o conhecer, começou a conversar, identificando-o, tendo ele dito que iria ao Mato Grosso para adquirir madeira, como também expôs:

“...que o bom era comprar madeira pelo caixa 2, ‘escama’, pois era negócio e lucro certos; informou que poderia haver a troca por carro, dizendo que isso era uma situação fácil de ser resolvida; em razão de tais declarações e pelo fato de ‘escama’ na gíria ser cocaína de boa qualidade, identificaram nele a pessoa que iria ter o encontro com Nery; posteriormente observou a chegada de Nery em um Corsa preto, acompanhado de outro indivíduo a quem não identificou de pronto, mas depois veio a saber que se tratava de Vilson Sarmento, tendo os três saído pela BR 101 sentido Norte...” (fl. 201).

“Ainda acrescentou haver acompanhado o desenrolar dos trabalhos de investigação e acompanhamento do

caso, tudo por relato do Delegado antes mencionado, participando da diligência que culminou com a prisão de Roberto Batista de Oliveira e Nery Clito.

“O Delegado Alfredo José Ballstaedt narrou ser Nery Clito Vieira Filho conhecido por sua atuação na narcotraficância, tendo inclusive cumprido pena por tal crime e, logo após sua soltura, passou-se a investigar sua recalitrância no ilícito, sendo comprador de maconha no Paraguai, sem que se obtivesse êxito. Foi por tal razão que se optou por pedir a interceptação telefônica, e tendo ela perdurado por dois meses, logrou-se saber da ocorrência de contatos mantidos com Luiz Carlos, vulgo Guachaim, quando se conversou a respeito da aquisição de droga em Ladário/MS, sendo utilizados os termos escama e raspa, os quais no jargão da criminalidade, significam cocaína. Soube-se, igualmente, do concurso de Vilson Sarmento e Íris de Moraes, sendo que ela forneceria veículo para o pagamento, noticiando posteriormente o seu furto ou roubo. Também pela interceptação se soube que as pessoas com as quais se trataria do assunto eram conhecidas por ‘Beto’ e ‘Mingo’, este último estrangeiro, logrando-se ciência da data em que seria empreendida viagem. Deslocou policiais a ele subordinados hierarquicamente para o Posto Catarinão, em Palhoça, local do encontro de Nery Clito e Vilson Sarmento com Luiz Carlos, tendo o contato sido confirmado pelos referidos policiais, os quais acrescentaram haverem eles saído juntos. Deu-se ainda o monitoramento de tudo quanto ocorreu em Ladário/MS, ante os contatos havidos com

a mulher de Nery Clito, sabendo-se que o transporte inicialmente seria feito em um veículo Passat, o que foi descartado pelas péssimas condições. Disse da permanência de Nery Clito e Vilson por aproximadamente uma semana naquela Cidade, como da permanência de Guachaim, como deu conta de telefonema de 'Beto' para Nery Clito, dizendo não ser Luiz Carlos a pessoa indicada para o transporte, por usar muita droga. Falou ainda que se soube ter o transporte ficado ao encargo de um xará de 'Beto', o que permitiu a conclusão de que se chamasse Roberto, tendo havido a identificação de passageiro com tal nome, mediante a solicitação de documentos em Blumenau, tendo sido ele surpreendido após o contato com Nery Clito na rodoviária desta Cidade.

"O também policial civil Luiz Henrique de Souza disse das investigações direcionadas à pessoa de Nery Clito, como da estranheza ocasionada no meio policial pelo seu suposto envolvimento com cocaína, visto ser conhecido pelo tráfico de maconha. Disse da existência de interceptação telefônica, meio pelo qual se soube do envolvimento de Nery Clito, Vilson Sarmiento, Íris de Moraes e Luiz Carlos, vulgo Guachaim, para compra de cocaína no Mato Grosso do Sul, funcionando Luiz Carlos como uma 'ponte' entre eles e os fornecedores do tóxico, por se tratar da pessoa que conhecia quem atuava na área (fl. 205). Soube da viagem empreendida ao referido Estado da Federação, tendo ouvido as ligações telefônicas, nas quais não se falou de drogas abertamente, não obstante se utilizasse os termos bagulho e mercadoria, como a menção a caminhões e camionetas.

Houve também referência a 'Beto', que seria a pessoa com quem se trataria da venda, de aproximadamente um quilo de droga, como da permanência de Luiz Carlos no local para ultimar as providências para o transporte. Falou do monitoramento do transporte da mesma, da identificação de Roberto Batista de Oliveira, como da prisão dele e de Nery Clito, quando se encontraram na Rodoviária Rita Maria, tendo Roberto a droga no interior de seu organismo.

"Por fim, o policial civil Paulo Henrique Delfino Cunha falou da identificação de Roberto Batista de Oliveira no interior de ônibus em Blumenau, como de sua prisão juntamente com Nery Clito na rodoviária de Florianópolis.

"A isso se acresça, igualmente, a prova emprestada havida dos autos originários, à qual não se fará referência por absoluta desnecessidade".

O ilustre Julgador de primeiro grau analisou com muita propriedade a prova colhida aos autos, verbis:

"A denúncia atribuiu ao acusado Luiz Carlos Meinschein a acusação de narcotraficância em associação eventual, por ter ele se associado a outros para a aquisição de cocaína.

"A autoria é, conforme se observa do extrato da prova reproduzida nesta sentença, como da leitura dos autos, absolutamente incontestes.

"O acusado Luiz Carlos admitiu os contatos com Nery Clito Vieira Filho, quando confirmou saber como era o esquema de venda e compra de cocaína, e quem eram as pessoas com quem se poderia transacionar, ter feito contato telefônico com 'Beto' — vendedor da droga — pelo telefone de

Nery Clito, como tê-lo acompanhado à cidade de Ladário/MS, além de tê-lo apresentado às pessoas — pon-do-o à mesa — com quem poderia cuidar da aquisição. A sua manifestação de que nada fez de concreto, ou de que não queria se envolver — ou seja, de que permaneceria ignorante e indiferente ao resultado da transação — resta afastada pela circunstância dele próprio haver mencionado no seu interrogatório ter conhecimento de que a proposta girou em torno do recebimento do veículo Ford Ka em troca de cocaína (fl. 154).

“Observa-se, ainda, a demonstrar a falta de segurança de suas alegações, a existência de clara contradição de suas explicações a respeito tanto da viagem como de sua permanência em Ladário/MS. Afirmou que empreendeu a viagem por ter alguns dias de folga na madeireira onde trabalhava, tendo dito em seguida que permaneceu de três a quatro meses em Corumbá/MS. Afinal, eram dias ou meses de folga?

“A reforçar a conclusão de seu envolvimento — não desinteressado e altruístico, mas como atuante direto e beneficiário dos negócios havidos — está a declaração extrajudicial de Roberto Batista de Oliveira, ‘mula’ contratada para o transporte da droga, de que o contratante descartou a possibilidade de Guachaim acompanhá-lo na viagem, por não ser de confiança e poder ter a pretensão de ficar com a droga somente para si. Nery Clito Vieira Filho, vulgo Jarrão, em seu interrogatório, deixou bastante clara a situação ao dizer das informações repassadas pelo acusado Luiz Carlos, da apresentação feita por ele ao responsável pela venda, como de sua

permanência em Ladário/MS para acertar o restante da transação. Na sequência da prova, Roberto Batista de Oliveira não repisou as notícias a seu respeito, mas isto não invalida o que já havia dito anteriormente, principalmente pela confirmação de Nery Clito.

“Os policiais civis ouvidos, quase que em sua totalidade — pois somente Paulo Henrique Delfino não acompanhou o desenrolar das investigações —, disseram da ciência pela interceptação telefônica dos contatos havidos entre Nery Clito e Luiz Carlos, da menção a expressões que na gíria própria tem o mesmo significado de cocaína, e lucro fácil e garantido que dela se obtinha, da confirmação da viagem por eles empreendida em companhia de Wilson Sarmento, da presença dos três em Ladário/MS, como do retorno de Nery Clito e Wilson, tendo Luiz Carlos lá permanecido, como da resistência de ‘Beto’ a ser ele o transportador da droga, em face de usá-la em abundância.

“Além disso, reforça-se a certeza moral, necessária à prolação de decreto condenatório, o fato de todo o acompanhamento do caso ter sido motivado pela escuta telefônica autorizada judicialmente, que confirma o relato dos envolvidos — acusados — como dos policiais encarregados da investigação e posterior captura do transportador e de quem o receberia, como da apreensão da droga.

“A história do processo é lógica e concatenada. Toda a versão disposta na denúncia está referendada pelos adminículos probatórios colhidos. Nada fica no terreno das suposições ou suspeitas. Tudo quanto se afirma nes-

ta sentença, encontra sustentação probante, reforço de argumentação indispensável a se falar em condenação.

“Apesar de não alegado pela defesa, um aspecto deve ser salientado. A prova testemunhal judicial cingiu-se às declarações de policiais civis. Muitos buscam desconstituí-las, pela simples condição profissional de tais testigos. Contudo, o que se observa nos presentes autos é que referidas informações guardam estrita consonância até com o que se apurou dos envolvidos, tendo igualmente coerência entre si mesmos, além de estarem conformes com o que se pode averiguar pela escuta telefônica.

“Quando se tem depoimentos policiais coerentes e harmônicos entre si, não desmentidos nem parcialmente, dá-se a admissão de sua validade.

“A credibilidade a eles atribuída, em vista da remansosa jurisprudência, não pode ser questionada unicamente por suas condições funcionais, como as discrepâncias em elementos não fundamentais — incoerentes no caso vertente — não teriam o condão de invalidá-los”.

“(…)”.

“Em suma, Nery Clito Vieira Filho, indivíduo afeto ao tráfico ilícito de entorpecentes, que se dedicava ao comércio de maconha — conforme amplamente noticiado nos autos —, resolveu mudar de ramo, e procurando apoio à tal objetivo, buscou reforço em Luiz Carlos Meinschein, que conhecia os meandros do comércio de cocaína, como o fornecedor e preço comumente cobrado pelo produto. Foi ele quem efetuou o contato prévio —

via telefone —, como também foi quem o levou ao local próprio, colocando-o em contato direto e, sem qualquer dúvida, participando da transação — pois conhecia seus detalhes. A continuidade de sua permanência no local, adveio do conhecimento que tinha, como da necessidade de tratar dos preparativos finais à compra e transporte, como salientou Nery Clito. Teve, portanto, atuação fundamental e decisiva à aquisição do tóxico — efetivamente ocorrida, como demonstra a apreensão posterior —, tanto é que, conforme o próprio Luiz Carlos narrou no interrogatório, teve notícia da prisão de Nery Clito pela pessoa do vendedor (‘Beto’). É muito para o desinteressado intermediário!

“Configurada, inquestionavelmente, a conduta delituosa de aquisição, expressamente prevista no art. 12 da Lei n. 6.368/76, pois houve a oferta de preço, o pagamento como a tradição. A apreensão do produto pela polícia foi conseqüente ao negócio”.

Colhe-se da jurisprudência desta Corte:

“Narcotraficância — Cocaína e maconha — Prisão em flagrante — Prova — Declarações de policiais confortadas por outras testemunhas — Valor — Concurso eventual de agentes — Majorante do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 reconhecida — Condenação mantida.

“O testemunho de policial não pode ser rejeitado só pela condição funcional do depoente, merecendo valor probante como de qualquer outra testemunha se isento de suspeita ou má-fé.

“Para configuração do crime previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76,

não é preciso que o agente se encontre, quando da prisão em flagrante, na posse direta da droga, sendo suficientes outras provas que possam conduzir à certeza de sua responsabilidade pelo material tóxico apreendido' (TJSC — Ap. Crim. n. 33.039, São José, rel. Des. Álvaro Wandelli).

"A associação eventual, ou *concursum delinquentium*, causa majorante da pena nos crimes previstos na Lei n. 6.368/76, equivale ao concurso de pessoas do direito penal codificado.

"Se houve o crime definido no art. 12 da Lei de Tóxicos, e para praticá-lo associaram-se duas ou mais pessoas (uma delas como 'mula'), cabe o acréscimo da causa especial prevista no item III do art. 18 da mesma Lei (STF, RTJ 155/872)" (Ap. Crim. n. 99.020467-7, de Fraiburgo, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

"Narcotraficância — Acusado que intermediava a venda de drogas, indicando e levando os consumidores à residência da co-ré traficante — Apreensão de cocaína e crack na residência desta — Apelante preso em flagrante após oferecer tóxico e encaminhar policiais à paisana ao local da mercancia — Depoimentos firmes dos policiais que efetuaram a prisão e presenciaram o comércio proscrito — Flagrante preparado afastado — Declarações que se mostram unânimes e coerentes com as demais provas dos autos — Validade — Materialidade e autoria plenamente confirmadas pela farta prova testemunhal e pericial colacionadas no processado — Recorrente que unido à co-ré efetuou a venda do estupefaciente — Ação de ambos com diretiva idêntica — Infra-

ção ao art. 12 com a incidência da majorante descrita no art. 18, III (associação eventual), ambos da Lei Antitóxicos perfectibilizada — Absolvição impossível — Agente que se diz usuário de substância estupefaciente — Condição que não exclui a sua responsabilidade criminal como traficante — Desclassificação para o delito disposto no art. 16 da Lei n. 6.368/76 inviável — Recurso defensivo improvido" (Ap. Crim. n. 00.005659-6, de Itajaí, rel. Des. Jorge Mussi).

2 — Quanto à circunstância de aumento de pena prevista no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, relativa à associação eventual para a prática do tráfico, razão também não assiste ao apelante.

Consoante decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal, a associação prevista na Lei de Tóxicos equivale ao concurso de agentes previsto no art. 29 do Código Penal:

"A associação eventual ou *concursum delinquentium*, causa majorante da pena nos delitos de entorpecentes, prevista na lei extravagante, equivale ao concurso de pessoas do direito penal codificado" (STF — HC n. 71.853/RJ — rel. Min. Maurício Corrêa — j. 7/5/95 — DJU 19/5/95).

E, ainda, do Superior Tribunal de Justiça:

"O concurso de agentes no caso de tráfico de entorpecentes determina a incidência do art. 18, III, da Lei n. 6.368/76' (STJ — REsp — rel. Costa Leite — RT 658/361 e RSTJ 6/467)" (Franco, Alberto Silva e outros. Leis Penais e sua interpretação jurisprudencial, vol. 2, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 1.111).

Assim, conforme determina o art. 29 do referido Código Repressivo, para o reconhecimento da co-autoria não se exige que o agente pratique os atos de execução expressos no núcleo do tipo penal, basta que contribua, de qualquer forma, para o delito.

Damásio E. de Jesus leciona:

“Na co-autoria, o co-autor realiza o verbo típico ou concretiza parte da descrição do crime, ainda que, no último caso, não seja típica a conduta perante o comportamento central, desde que esteja abarcada pela vontade comum de cometimento do fato. É a prática comunitária do crime. Cada um dos integrantes possui o domínio da realização do fato conjuntamente com outro ou outros autores, com os quais tem plano comum de distribuição de atividades. Cada um quer realizar como próprio o fato comum com a cooperação dos outros. Há divisão de tarefas, de maneira que o crime constitui consequência das condutas repartidas, produto final da vontade comum” (Código Penal Anotado, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 134).

Se o apelante não tivesse apresentado Nery Clito a “Beto”, traficante de Ladário/MS, o negócio relativo à compra e venda do entorpecente não teria se realizado.

E, se o apelante não tivesse interesse na transação, não teria ficado no Mato Grosso do Sul, cuidando dos últimos detalhes do negócio, nem teria sido avisado por telefone da prisão

de Nery e Roberto, com a consequente apreensão da droga.

Caracterizada está a conduta descrita no inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/76, autorizando o aumento da pena em razão da associação eventual para o tráfico.

3 — Estando devidamente fundamentada, nenhum reparo merece a dosimetria.

A pena-base aplicada em 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, no valor mínimo, analisadas as circunstâncias do art. 59 do CP, foi justa. Na segunda fase a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea também foi correta. O mesmo se diz do aumento relativo à circunstância do art. 18, III, da Lei de Tóxicos que foi o mínimo, ou seja, 1/3 (um terço).

4 — Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Negaram provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 24 de abril de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.003672-0, DE GASPAR**Relator: Des. Amaral e Silva**

Processual e penal — Roubo qualificado — Emprego de arma e concurso de agentes — Confissão — Prova evidente — Reprimenda superior a quatro anos — Regime semi-aberto — Recurso desprovido.

Nos crimes de roubo, via de regra praticados sem testemunhas, faz prova a palavra da vítima, principalmente quando corroborada por outros elementos.

Hipótese em que a condenação não enseja dúvida, pois o apelante, perante a autoridade policial e em Juízo, confessou a autoria do roubo, tendo sido, inclusive, reconhecido pela vítima.

No roubo praticado em concurso, basta que um dos agentes se encontre armado para que a qualificadora do emprego de arma se estenda aos demais.

O condenado, não reincidente, cuja reprimenda seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá, desde o início, cumpri-la em regime semi-aberto (art. 33, § 2º, b, do CP).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.003672-0, da comarca de Gaspar, em que é apelante Sandro Darlan Luchini, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Lucinei Davi Schneider e Sandro Darlan Luchini foram condenados à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor mínimo, por

infração ao art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Inconformado, Sandro pugna pela absolvição. Alternativamente, requer o afastamento da qualificadora do emprego de arma, com a consequente redução da pena, e fixação do regime aberto para o cumprimento da reprimenda.

Também, em resumo, diz o Dr. Promotor que a sentença deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — A prova do roubo é inequívoca.

A materialidade restou plenamente comprovada pelos termos de apreensão (fls. 12 e 35); autos de avaliação (fls. 17 e 56); termos de reconhecimento e entrega (fls. 18 e 57) e auto de exame de corpo-delito na vítima Manoel Jaime da Luz (fl. 30).

A certeza da autoria decorre da simples leitura do depoimento do ofendido e das próprias declarações dos réus.

A vítima Manoel Jayme da Luz, de forma segura e coerente, informou:

“que o declarante estava trabalhando na chácara descrita na denúncia ‘roçando o pasto’; que quando o declarante retornou do mató para a casa da chácara os acusados estavam na casa conversando com Altamiro; que Altamiro pediu a bicicleta emprestada do declarante para ir comprar cigarro; que o declarante perguntou quem eram os acusados e Altamiro disse que esses iriam rebocar a casa; que o declarante ficou conversando com os acusados na casa; que em certa ocasião o acusado Sandro pulou no declarante e enrolou uma camisa em volta de seu pescoço e começou a lhe enforçar; que então Lucinei pulou no declarante e lhe deu ‘uma lambada’ com os pés ou com as mãos, não sabe ao certo; que então renderam o declarante e o arrastaram até o interior da casa onde lhe amarraram e lhe deixaram; que levaram da casa um aparelho de som, uma televisão colorida 14 polegadas e um lava-jato; que Lucinei pegou um facão que estava na casa e ameaçou o de-

clarante; que o declarante conseguiu se soltar com os dentes e foi até a estrada” (fl. 93).

A testemunha Altamiro Henrique Azevedo relatou:

“que os meliantes deixaram a camioneta atrás de uma construção inacabada e foram direto na casa da fazenda e depois trouxeram perto da casa; que o declarante foi a primeira pessoa que teve contato com eles, estando eles de cara limpa, e diziam que estavam ali a mando do dono da fazenda para rebocar a construção que estava inacabada e pediram pá e enxada para trabalharem, então o declarante levou eles a sério (...) que a seguir o declarante deu uma saída de bicicleta para ir comprar cigarro, e na volta, encontrou o Manoel com marcas de agressão e já tinha conseguido se soltar de algumas cordas, dizendo que tinha sido roubado pelos dois elementos que estavam com a camioneta, estes por sua vez, já tinham ido embora antes do declarante retornar à fazenda” (fls. 32/33).

Corroborando a versão apresentada pela vítima e pela testemunha, tem-se as declarações do próprio apelante e de seu comparsa.

Na presença da autoridade judicial, confessou o apelante que “se dirigiu ao local juntamente com outro denunciado, Lucinei, entretanto ‘não sabia que ia roubar’; que Lucinei disse que iria cobrar uma conta, pois estavam lhe devendo um cavalo que este havia vendido para um homem que morava no local; que chegando no local Lucinei disse para uma pessoa que estava no local que vieram para arrumar uma casa, consertar; que no local estavam duas pessoas; que

quando uma se afastou Lucinei pediu para o interrogando segurar a pessoa que ficou no local para que ele pegasse as coisas; que o interrogando colocou uma camisa em volta do pescoço dessa pessoa e Lucinei amarrou as mãos da mesma; que Lucinei ameaçou com uma faca essa pessoa, dizendo para que ficasse quieta; que o interrogando não agrediu a vítima, não tendo visto se Lucinei a machucou; que retiraram do local uma televisão, um rádio e um lava-jato; que Lucinei deu o rádio para o interrogando por este ter ido junto com o mesmo no local; que o interrogando deu o rádio para Ednei pois o mesmo era velho; que não sabe com quem ficaram os demais objetos; que estiveram no local com uma camionete azul, C10" (fls. 68/69).

Por sua vez, o acusado Lucinei David Schnaider admitiu:

"Que estive no local dos fatos; que foi o denunciado Sandro quem pediu para o interrogando levá-lo até a chácara, local dos fatos; que lá chegando o denunciado pegou uma pessoa pelo pescoço; que a seguir pegou uma televisão e um aparelho de som e um lava-jato e colocou no carro do interrogando (...) que o interrogando não bateu na vítima e não tinha arma na ocasião; que o interrogando na ocasião estava com sua caminhonete C10, cor azul; que o denunciado Sandro disse para o interrogando dizer para a polícia que tinha uma dívida pela venda de um cavalo; que o interrogando disse que não tinha vendido cavalo nenhum, não podendo fazer tal afirmação" (fls. 66/67).

Como se vê, impossível a absolvição.

Não bastasse a confissão, houve inclusive a identificação do apelante pela vítima e testemunha (autos de reconhecimento de pessoa de fls. 31 e 35).

"Roubo qualificado pelo emprego de arma e concurso de agentes. Confissão na fase policial que vai ao encontro da palavra da vítima, que os reconheceu, e dos demais testigos. Materialidade e autoria comprovadas. Prova válida para a condenação.

"As pequenas divergências havidas no depoimento da vítima, desde que não afetem a sua essência, não invalidam a prova" (Ap. Crim. n. 98.004281-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Genésio Noll).

As coerentes e isentas declarações da vítima, as confissões dos apelantes, a apreensão da arma e dos produtos do roubo, bem como o reconhecimento pessoal, constituem suficientes elementos à necessária certeza da co-participação do apelante no roubo.

Cumpra salientar que mesmo que houvesse apenas o depoimento da vítima, ainda assim, existiria certeza da autoria, porquanto identificado o apelante por quem não tinha motivo de má-fé para imputar-lhe a grave acusação.

"Prova — Roubo — Palavra da vítima que incrimina e reconhece assaltantes — Suficiência a embasar decreto condenatório.

"Mostra-se suficiente à condenação, pela prática de roubo, a palavra da vítima que incrimina e reconhece assaltantes até então desconhecidos. Impõe-se a solução, principalmente se os agentes foram confessos extrajudicialmente e se as testemunhas

confirmaram a narrativa do ofendido” (RJDTACrim 2/135).

“Roubo qualificado pelo uso de armas e concurso de agentes — Negativa da autoria — Reconhecimento pessoal de um dos acusados — Conjunto probatório que autoriza a condenação — Recurso desprovido.

“Tendo a prova produzida como fonte principal o reconhecimento de um dos acusados e contando com forte apoio nas demais provas coligidas não há como censurar decisão que dá como incontestes a participação do agente no delito descrito na denúncia” (Ap. Crim. n. 97.014418-0, de Criciúma, rel. Des. Souza Varella).

2 — Impossível afastar a qualificadora do emprego de arma.

Muito embora não fosse o apelante quem estivesse portando a faca durante a prática do roubo, a qualificadora deve ser mantida, pois “havendo concurso de pessoas, basta que um dos agentes utilize a arma, circunstância objetiva, para que a qualificadora se estenda a todos os demais” (Mirabete, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, pág. 981).

Adiante, cita o doutrinador os seguintes precedentes:

“Emprego de arma por um dos agentes — TACrimSP: ‘Se um dos agentes se utiliza de arma de fogo na prática do assalto, a circunstância é bastantes a que o roubo seja qualificado, desimpertando não tenham os demais se utilizado dela ou estivessem desarmados’ (RT 739/626-7).

TACrimSP: ‘No caso de roubo praticado em concurso de agentes, o fato de apenas um dos elementos encontrar-se armado não implica a descaracterização do delito com relação aos comparsas, nem sendo o caso de falar-se em participação de menor importância’ (RJDTACrim 22/387). TJRJ: ‘O emprego de arma por um dos agentes importa no aumento da pena para todos os que do crime participaram’ (RT 504/407)” (op. cit., pág. 983).

3 — De outro lado, impossível conceder ao apelante regime mais brando que o fixado na sentença, eis que devidamente observada a regra do art. 33, § 2º, b, do Código Penal que estabelece que “o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto”.

4 — 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. Souza Varella e Solon d’Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 24 de abril de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.004498-6, DA CAPITAL**Relator: Des. Amaral e Silva**

Penal — Porte ilegal de arma de fogo — Forma qualificada — Autoria e materialidade demonstradas — Falta de fundamentação na fixação da pena-base — Reincidência — Confissão espontânea — Recurso parcialmente provido.

Na individualização da pena, pode o juiz fixar a base acima do mínimo legal, desde que fundamente, explicitando os motivos da exacerbação de acordo com as circunstâncias do artigo 59 do Código Repressivo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.004498-6, da comarca da Capital (Vara de Exceção Criminal do Estreito), em que é apelante Cláudio Silveira, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para reduzir a pena.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cláudio Silveira restou condenado à pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao art. 10, § 3º, IV, da Lei n. 9.437/97.

Inconformado, apela, pleiteando, em síntese, absolvição, argumentando que “a sentença condenatória afastou-se da prova dos autos e do direito aplicável, calcando-se em indícios antagônicos, frágeis e contraditórios,

concluindo por aplicar a reprimenda excessivamente rigorosa”.

Nas contra-razões, diz o Dr. Promotor, também em resumo, que a sentença deve ser mantida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo “conhecimento e provimento parcial do apelo, tão-somente para corrigir a reprimenda imposta”.

II — Voto

1 — O delito restou plenamente comprovado.

A materialidade está consubstanciada no Termo de Apreensão (fls. 17/18) e no Laudo Pericial de Exame em Arma de Fogo e Munição (fls. 75/82), atestando que as armas estavam em perfeitas condições de funcionamento.

A autoria é inconteste.

Embora não se tenha manifestado na fase policial, em Juízo o réu confessou a prática do delito:

“Estava dormindo, com a sua esposa, e, às sete horas, numa quarta-feira, os policiais bateram em sua casa. O interrogando subiu no forro da

casa, ali eles o encontraram. A arma estava na cintura do interrogando. Não reagiu à prisão, entregou a arma para o policial. Comprou a arma de um viciado, na favela, não o conhece. Pagou R\$ 150,00 pela mesma” (fl. 56).

Corroborando a confissão, tem-se os depoimentos dos policiais civis, que confirmaram a apreensão da arma na posse do apelante (fls. 5/7 e 65/68).

Cláudio da Silveira não tinha autorização para possuir a arma, infringindo, assim, o disposto no art. 10 da Lei n. 9.437/97, verbis:

“Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar”.

Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira explicam:

“O registro da arma de fogo é ‘o documento expedido pelo poder público através da autoridade competente, que autoriza a pessoa a possuir uma arma, exclusivamente no interior de sua residência, ou no seu local de trabalho, desde que seja ela a responsável legal ou titular do estabelecimento” (Lei das Armas de Fogo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pág. 26).

E, adiante:

“Portar uma arma de fogo significa trazê-la consigo, em condições de pronta utilização, mantendo-a sob sua disponibilidade imediata. Portar é le-

var a arma, circular com ela. Além disso, o verbo não abrange apenas o contato físico com a arma, mas também significa que o agente tem o objeto ao seu alcance, em condições de fazer rápido uso do mesmo.

“A idéia de portar não significa exatamente trazer a arma nas mãos, mas sim em qualquer lugar de fácil apossamento, sem obstáculos (como na cintura, no bolso, no porta-luvas do veículo etc.), e fora dos casos de guarda autorizada (interior da residência ou local de trabalho, por força do art. 4º da lei).

“Portanto, o porte supõe a exigência de uma autorização especial, emitida pelo poder público” (op. cit., pág. 115).

Da jurisprudência:

“Porte ilegal de arma. Artigo 10 da Lei n. 9.437/97. Réu que admitiu a posse da arma apreendida, confirmando a inexistência de autorização legal” (Ap. Crim. n. 98.017965-3, de Criciúma, rel. Des. Genésio Nolli).

“Para a caracterização do crime de porte ilegal de arma de fogo, basta a simples posse, sem a devida licença da autoridade competente, sendo irrelevante a intenção dos agentes, posto que se trata de delito de mera conduta” (Ap. Crim. n. 98.010035-6, da Capital, rel. Des. José Roberge).

2 — A dosimetria merece reparo.

Observou a Magistrada:

“Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, tem-se que o acusado é reincidente, conforme certidão de fl. 32, que está a demonstrar que o acusado já foi condenado em dois processos, tendo sua personalidade e conduta social volta-

das à prática delituosa. O desrespeito com a segurança e normas legais motivou a prática do delito. As circunstâncias e conseqüências foram normais à espécie. Maior de idade e mentalmente são, o acusado é imputável.

“Forte nas diretrizes do art. 59 do Código Penal, e, afastando desta fase a análise da personalidade, da conduta social e dos antecedentes, por confundirem-se com a reincidência, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão” (fls. 100/101).

Como se vê, relegada a análise da personalidade, conduta social e antecedentes, não restaram argumentos a fundamentar o aumento de 3 (três) meses na pena-base, motivo pelo qual fixo-a no mínimo legal, ou seja, 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor individual de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

É a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Nulidade pela falta de fundamentação na fixação da pena-base — STJ: ‘A simples referência à letra do art. 59 do CP, sem análise das circunstâncias nela contidas, é insuficiente para se considerar motivada a adequação da pena fixada acima do mínimo legal, mesmo porque fica o condenado impedido de conhecer as razões da reprimenda imposta’ (RT 747/621)” (Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, pág. 335).

Colhe-se da jurisprudência:

“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 da pena” (STF — HC n. 70.650/ES — rel. Min. Celso de Mello — j. 19/10/93 — DJU 11/2/94).

Neste Tribunal:

“A individualização da pena não é arbitrária.

“Sendo discricionária, deve o magistrado fundamentar, explicitando, de forma clara e precisa, as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, observado o sistema trifásico” (Ap. Crim. n. 99.012567-0, de Jaguaruna, que relatei).

Na segunda fase, verifico que não pode ser considerada a agravante da reincidência, por já ser inerente ao tipo penal, constituindo qualificadora do crime. Confira-se:

“Art. 10 — (...).

“§ 2º — A pena é de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa, na hipótese deste artigo, sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito.

“§ 3º — Nas mesmas penas no parágrafo anterior incorre quem:

“(…).

“IV — possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”.

Por outro lado, reconheço em favor do apelado a atenuante da confissão espontânea, entretanto deixo de aplicá-la devido à impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal nesta fase.

Ausentes quaisquer causas de especial aumento ou diminuição, torna definitiva a pena em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Incabível qualquer das substituições em relação à pena corporal aplicada (arts. 44 e 77 do CP).

Mantenho o regime inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda.

3 — Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso, apenas para fixar a pena em 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor individual de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, por infração ao art. 10, § 3º, IV, da Lei n.

9.437/97, c/c o art. 65, III, d, do Código Penal.

III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Deram provimento parcial ao recurso para reduzir a reprimenda.

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. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 8 de maio de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.004563-0, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal e processual penal — Exercício arbitrário das próprias razões — Pretendida condenação por roubo — Prova — Livre convencimento do juiz — Declarações da vítima desconstruídas — Condenação mantida — Recurso desprovido.

Se a intenção do agente ao subtrair valores da vítima consiste na reparação de um direito que, por sua educação, cultura e capacidade intelectual, entenda legítimo, o delito praticado é o de exercício arbitrário das próprias razões e não o de roubo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.004563-0, da comarca de Criciúma, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelados Carlos Magalhães da Silva e Márcio Albuquerque de Andrade:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Carlos Magalhães da Silva, de alcunha Alessandra, e Márcio Albuquerque de Andrade, conhecido por Márcia, foram denunciados por infração aos arts. 157, § 2º, II, e 171, caput, ambos do Código Penal.

Regularmente processados, o crime de roubo foi desclassificado para o de exercício arbitrário das próprias razões, restando condenados às penas de 18 (dezoito) dias de detenção e 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor mínimo, por infração aos arts. 345 e 171, caput, c/c o art. 71, todos do Código Penal, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por restritiva de direitos correspondente ao pagamento individual de 1 (um) salário mínimo em favor do Presídio Santa Augusta e prestação de serviços à comunidade no Asilo São Vicente de Paula.

Inconformado, o Dr. Promotor de Justiça apelou, pleiteando, em síntese, a reforma da decisão no tocante à desclassificação procedida para que sejam os acusados condenados também pela prática do crime de roubo, nos termos da denúncia.

Em contra-razões, disseram os apelados, também em resumo, que a sentença deve ser mantida, porquanto não houve violência física ou moral. Argumentaram, ainda, que as declarações da vítima foram frágeis e incoerentes.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — Tem-se dos autos que Carlos Magalhães da Silva e Márcio Albuquerque de Andrade, travestis assumidos, no início da noite do dia 4 de setembro de 2000, em circunstâncias que não restaram completamente esclarecidas, subtraíram da vítima, Osvaldo Zaniboni, um talonário de cheques em branco. No dia seguinte, valendo-se dos referidos cheques, os acusados realizaram compras no comércio, tendo o réu Márcio Albuquerque de Andrade preenchido e assinado as cártulas (Laudo Pericial de fl. 101).

A controvérsia reside no motivo que moveu os apelados a cometerem a subtração: se foi apenas com o intuito de ressarcir-se de um eventual “programa sexual” realizado entre os apelados e a vítima, ou se agiram com animus furandi.

A prova restringe-se basicamente às declarações contraditórias do ofendido e dos réus:

Na delegacia, Osvaldo Zaniboni declarou que tinha ido levar sua esposa ao City Clube e, percebendo que havia esquecido o telefone celular em casa, voltou para pegá-lo. No caminho, de volta ao clube, disse ter sido “abordado por dois elementos”, não sabendo precisar o local da abordagem, lembrando apenas que parou atrás de outro veículo no “momento em que um elemento se aproximou, bateu no vidro da porta e falou que queria o dinheiro”. Ao tentar sair pela porta do caroneiro, teria sido surpre-

endido por um segundo elemento, o qual “entrou no veículo e logo retirou seu dinheiro do bolso, levando seu aparelho celular marca Ericson, n. 9984-7982 e um talão do Banco Besc, conta n. 410, contendo 15 (quinze) folhas”. afirmou, ainda, “que não sabe informar se foi agredido pelos assaltantes, apesar de sentir uma forte dor de cabeça e nem como chegou até sua residência”. Concluiu dizendo “não ter preenchido ou assinado qualquer cheque, nem ter feito qualquer tipo de programa com os autores” (fl. 24).

Perante a autoridade judiciária apresentou versão distinta, sendo ainda mais lacônico com relação à abordagem, informando apenas que “parou seu veículo perto da avenida, pensando que fosse uma moça”. Disse que “tão logo parou o veículo foi abordado”, e que “aberta a porta do carro, constatou que se tratava de um travesti”. Tal pessoa, de posse de “um negócio na mão, tipo um bisturi”, inicialmente, teria solicitado apenas R\$ 5,00 (cinco reais) “para tomar um conhaque”, porém, ato contínuo, o prensou contra o banco do veículo, subtraindo-lhe “o aparelho celular, certa importância em dinheiro e um talonário de cheques” (fl. 82).

Os acusados, por seu turno, no flagrante, apresentaram versão segundo a qual teriam recebido os cheques da vítima “por ocasião de um programa”. afirmaram “que o Sr. Osvaldo entregou um talonário contendo algumas folhas de cheques em branco e sem assinatura” como garantia de que pagaria o programa no dia seguinte, mediante a devolução das cártulas. Como a vítima não teria adimplido a promessa, foram ao co-

mércio, onde utilizaram os cheques para compras diversas. Quanto ao preenchimento dos cheques, declararam ter solicitado a “um rapaz” desconhecido (fls. 8/10).

No interrogatório, assim como a vítima, modificaram a versão, afirmando que Osvaldo “já era cliente” de Carlos, e que, naquela noite, teriam combinado um programa a três, combinando o preço de R\$ 40,00 (quarenta reais) para cada um dos acusados. Após o “encontro”, a vítima teria dito que não gostou do programa, querendo pagar apenas R\$ 10,00 (dez reais) para cada um. Criado o impasse, iniciou-se uma discussão dentro do veículo, pois os agentes ameaçaram chamar a imprensa e a família da vítima, após esta alegar “que era muito conhecido e que não poderia ficar ali muito tempo”. Ao final Osvaldo teria concordado em assinar um cheque no valor de R\$ 80,00 (oitenta reais) como pagamento, e outro no valor de R\$ 40,00 (quarenta reais) para os agentes irem embora (fls. 58/61).

Como visto, são muitas as contradições.

É certo que o laudo pericial de fls. 99/126 comprova que os cheques utilizados nos estelionatos foram preenchidos e assinados pelo apelado Márcio, evidenciando que os agentes mentiram ao imputar o preenchimento, inicialmente a um terceiro, e depois à própria vítima. Em contrapartida, não é crível que a vítima, prestando depoimento no dia posterior aos fatos, não se lembrasse nem do local da abordagem, nem se houve violência ou não, mormente considerando-se que, passado quase 1 (um) mês, ao

ser ouvido em Juízo, informou o local e a forma da violência.

No sistema do livre convencimento, cabe ao juiz, na busca da verdade real, valorar livremente a prova.

E. Magalhães Noronha ensina:

“O magistrado não fica adstrito a critérios valorativos e apriorísticos da prova, mas é livre na sua escolha e aceitação. Não há regras predeterminadas a sua crítica. Assim, v.g., pode ele aceitar o testemunho de um homem de bem contra o de dois de má fama, de vida escusa e condenável.

“Concomitantemente, vê-se que, não obstante gozar de livre convencimento, está ele jungido aos autos; não se pode socorrer de elementos estranhos — quod non est in actis nos est in mundo. Seus domínios são exclusivamente os das provas do processo, porém, na eleição ou avaliação delas, ele é livre, guiando-se pela crítica sã e racional: a lógica, o raciocínio, a experiência etc., o conduzirão nesse exame e apreciação.

“É o que constitui o livre convencimento, ou a livre convicção, nos termos do art. 157” (Curso de Direito Processual Penal, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 118).

No caso, a Magistrada que prolatou a instrução foi a mesma que prolatou a sentença, inclinando-se para a desclassificação do delito de roubo para o de exercício arbitrário das próprias razões, entendendo que os apelados subtraíram os cheques para ressarcir-se de um direito que entendiam legítimo e que lhes fora negado pela vítima.

Nessa senda adoto a bem-lançada conclusão da culta Juíza Dra. Janice Goulart Garcia Ubiali:

“Fácil perceber que a vítima não foi coerente. Em Juízo, não logrou retratar o mesmo palco e cena do crime, nada obstante tenha tentado retratar a cena com pinceladas fortes, para anuviar os fatos que antecederam a conduta antijurídica dos acusados, assumidos travestis. Essa atitude da vítima mais serviu para reforçar a versão dos acusados.

“(…).

“Portanto, fica evidente que quando os acusados tomaram os cheques da vítima — quanto aos demais objetos (dinheiro e aparelho celular) não foi feita a prova capaz, pois inexistiu exatidão quanto ao paradeiro, nada foi encontrado com os acusados —, não queriam e não pretendiam se ver envolvidos em crime de roubo. Pretendiam, isso sim, satisfazer uma pretensão que, no seu modo de ver, dadas as circunstâncias, era legítima.

“A figura antijurídica que os autos retratam, mormente considerando a situação cultural dos acusados, é o exercício arbitrário das próprias razões, nada obstante a violência e até mesmo uma confessada extorsão — ‘que o interrogando disse à vítima que chamaria a imprensa e também a família...’ (fl. 61), que em outras circunstâncias constituiria um crime.

‘O dolo do crime de exercício arbitrário das próprias razões é a vontade de empregar o meio (violência, ameaça, fraude etc.) com o fim de satisfazer a pretensão real ou supostamente legítima’ (Código Penal Interpretado, Julio Fabbrini Mirabete — São Paulo, Atlas, 1999, pág. 1.822).

“Em hipótese semelhante, já se decidiu:

‘Exercício arbitrário das próprias razões. Agente que, sob pretexto de cobrança de relação sexual com amásia, agride a vítima, exigindo dinheiro e relógio. Caracterização. Irrelevante, no fazer justiça pelas próprias mãos, corresponda à pretensão do agente um direito invocável sem temeridade, bastando que de boa-fé o entenda possuir, segundo o aferível por sua educação, cultura e capacidade intelectual’ (JTACrim 68/262).

“Ainda:

‘Não há crime de furto quando a intenção do agente, ao se apoderar de coisa alheia móvel, foi de se pagar da dívida que o dono se recusa a fazer’ (RT 554/377)

“Finalmente:

‘Roubo — Delito não configurado — Meretriz que, mediante violência e com auxílio de co-réu, retira do bolso do ofendido dinheiro que ele se recusara a lhe pagar após a cópula — Desclassificação para exercício arbitrário das próprias razões — Apelação provida — Inteligência dos arts. 157 e 345 do CP.

‘Consistindo a materialidade do crime previsto no art. 345 do CP no ato de fazer ‘justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão jurí-

dica’, é irrelevante que a esta corresponda realmente um direito invocável sem temeridade, bastando que de boa-fé entenda que possua o agente, cuja educação, cultura e capacidade intelectual devem ser consideradas’ (RT 590/363).

“Repita-se que, à luz das próprias confissões dos acusados e declarações da vítima, cotejadas com as conseqüências causais do evento criminoso, caracterizado resultou o crime de exercício arbitrário das próprias razões, por que devem responder, independentemente de ação de iniciativa privada, em face das vias de fato e por ele absorvida” (fls. 147/150).

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. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 24 de abril de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.004738-1, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Amaral e Silva

Processual e penal — Roubos — Prova — Emprego de arma — Reconhecimento do agente — Declarações das vítimas — Valida-

de — Desnecessidade da apreensão da res — Condenação mantida — Dosimetria — Pena corretamente aplicada — Recurso desprovido.

No roubo, via de regra praticado na clandestinidade, a palavra das vítimas constitui valioso elemento de prova, principalmente quando reconhece o agente.

A apreensão da res não é indispensável à comprovação do delito, inclusive porque o agente pode escondê-la, desviá-la ou destruí-la. O que importa é a intimidação da vítima.

Para a caracterização da qualificadora prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP é irrelevante a apreensão ou perícia da arma, pois o instrumento atua no espírito da vítima como inibidor de eventual reação e seu uso pode ser provado pelos depoimentos das vítimas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.004738-1, da comarca de Balneário Camboriú, em que é apelante Claudinei Sampaio Pereira, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Claudinei Sampaio Pereira restou condenado à pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 32 (trinta e dois) dias-multa, no valor mínimo, por infração ao art. 157, § 2º, I e II (duas vezes), e art. 157, § 2º, I (duas vezes), c/c o art. 71, todos do Código Penal.

Inconformado apela alegando, em síntese, que inexistente prova da autoria e materialidade, posto que a res

furtiva não foi apreendida em seu poder, assim como a arma utilizada para perpetrar as subtrações, devendo ser absolvido.

Também, em resumo, diz o Dr. Promotor que a sentença deve ser mantida, porquanto os delitos restaram suficientemente comprovados.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — O recurso não merece provimento.

Autoria e materialidade restaram suficientemente comprovadas pelos depoimentos das vítimas que reconheceram o apelante, tanto na Polícia — termos de reconhecimento de fls. 18, 21, 23, 25 e 27, quanto em Juízo (fls. 59, 61/62, 63/64 e 65).

Ora, tendo sido os reconhecimentos reafirmados categoricamente em Juízo, não resta nenhuma dúvida quanto à autoria.

Aline de Freitas, funcionária da loja Picadilly Comércio de Confeções Ltda., corroborando as declarações prestadas perante à autoridade policial (fls. 16/17), em Juízo (fls. 59/60), informou que estava “no caixa da loja que fica nos fundos e viu quando entraram dois elementos de cara limpa e um era o acusado que reconhece aqui presente na audiência; que o acusado também entrou na loja trazendo nas mãos um revólver calibre 38; que a informante afirma que o acusado chegou numa caixa e pediu o dinheiro com a arma apontada e ela deu dinheiro e outra caixa ficou olhando para o acusado e ele disse que não era para olhar porque ele dava um tiro na cara; (...) que a informante viu que o acusado e outro elemento quando saíram da loja estavam cada qual com uma bicicleta; que avisaram a polícia e o acusado foi preso mas a depoente não sabe em que local; que a informante na delegacia reconheceu o acusado como um dos autores do crime; (...) que a depoente tem certeza absoluta que foi o acusado aqui presente quem praticou o assalto; que na hora do assalto, era o acusado quem portava a arma” (grifei).

No mesmo sentido os depoimentos de Gilberto Amadio Marquetti Moser que apresentou a mesma versão dos fatos tanto na fase policial (fl. 19) quanto em Juízo (fls. 61/62), reconhecendo o apelante como sendo o autor do delito.

Quanto ao roubo praticado no estabelecimento Facilite 24 horas,

Heber Antunes da Silva disse que trabalhava como caixa da padaria “quando o acusado, que reconhece aqui presente na audiência, chegou por trás, e o depoente chegou de lado e viu ele com a arma empunhada contra o depoente e o acusado pediu para passar o dinheiro; que o depoente tirou o dinheiro do caixa e colocou em cima da mesa e o acusado subtraiu o dinheiro; (...) que o depoente afirma que uma semana após os fatos relatados esteve na delegacia onde reconheceu o acusado como o autor dos fatos” (fls. 63/64).

Também não há dúvida de que foi o apelante quem, utilizando-se de uma arma, subtraiu certa quantia em dinheiro da Loja Dalcelis.

Francine Mainart, vendedora da loja, nas duas fases processuais apontou Claudinei como sendo o autor do delito (confira-se: fls. 24/25 e 65/66).

É cediço que em crimes contra o patrimônio, via de regra, praticados na clandestinidade, a palavra das vítimas constitui valioso elemento de prova.

O reconhecimento pessoal do réu pelas vítimas é suficiente à certeza moral necessária ao decreto condenatório. Ademais, o réu não aponta qualquer justificativa plausível para a grave acusação de que foi alvo.

É entendimento nesta Corte:

“Roubo — Emprego de arma e concurso de pessoas — Confissão extrajudicial do co-réu — Palavra da vítima — Reconhecimento dos acusados — Alibis não comprovados — Prova suficiente para o decreto condenatório — Condenações mantidas — Recursos não providos.

“(…).

“Em crime de roubo, a palavra da vítima tem validade probatória e autoriza a prolação da sentença condenatória, desde que não infirmada judicialmente e especialmente quando, como no caso, corroborada por confissão prestada por um dos agentes na fase policial e pelo reconhecimento dos assaltantes pela vítima” (Ap. Crim. n. 99.010949-6, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Em tema de crime contra o patrimônio praticado sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima, que inclusive procedeu ao reconhecimento dos acusados, corroborada por outros indícios e circunstâncias, constituiu-se em valioso elemento probatório formador de convicção da certeza da participação dos acusados no evento” (Ap. Crim. n. 00.001400-1, de Ponte Serrada, rel. Des. Genésio Nolli).

“Penal e processual — Roubo — Prova — Reconhecimento pela vítima — Violência — Condenação mantida — Precedentes jurisprudenciais.

“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” (Ap. Crim. n. 99.019929-0, de Canoinhas, que relatei).

2 — O fato de a res não ter sido apreendida não constitui sinônimo de falta de materialidade, pois a existência dos bens subtraídos pode ser demonstrada por outras formas.

Entendem doutrina e jurisprudência que havendo o roubo é prescindível a apreensão dos bens subtraí-

dos, especialmente quando se trata de dinheiro.

“Furto — Prova — Prescindibilidade da apreensão ou exame da coisa furtada — Suficiência da indubitosa existência da subtração.

“Ementa oficial: Quando se tratar de furto simples inexistente a ser provada ou demonstrada. A subtração de um objeto é, em geral, um fato transeunte, porque o agente pode dar-lhe sumiço, destruí-lo, comê-lo etc., ou, ainda que isto não ocorra, o encontro de uma coisa em determinado lugar apenas prova sua existência. A ação de subtrair, salvo exceções, não deixa marcas, motivo por que não é imprescindível, como prova da existência do fato delituoso, a apreensão e/ou exame das coisas furtadas. Basta, como é evidente, que seja indubitosa a existência da subtração” (TARS — RT 738/697).

Do voto:

“Da Tribuna da Defesa, ainda, argumentou que não havia prova dos furtos, porque inexistente prova da materialidade dos delitos. Ocorre que as subtrações simples ou qualificadas pelo concurso de pessoas não deixam vestígios e, portanto, é desimportante o auto de exame de corpo de delito ou mesmo do auto de apreensão da coisa furtada.

“Sobre o assunto trago o ensinamento do Prof. Weber Martins Batista que bem apanhou a situação:

‘Nos crimes materiais, ou de resultado, a ação ou omissão do agente provoca uma modificação no mundo exterior. Essa modificação no furto e no roubo consiste na subtração da coisa, com ou sem violência, da esfera

de vigilância ou de poder do dono ou possuidor, e sua transferência para a esfera de disponibilidade do agente. Na maioria dos casos, a modificação ocorrida é extrínseca à coisa. Em alguns casos, além dessa, pode ocorrer uma modificação intrínseca à coisa, como, no furto, a destruição de obstáculo à subtração da coisa e, no roubo, a lesão ou a morte da vítima.

‘Considerável parcela dos Juízes costuma afirmar, na motivação da sentença, em qualquer caso de furto ou de roubo que a ‘materialidade do crime está provada pelo auto de apreensão da coisa’, ou ‘pelo auto de apreensão e pelo laudo de exame da coisa’. Será possível falar, indiscriminadamente, quem (sic) qualquer hipótese de furto ou de roubo, em ‘materialidade do delito’? E, sendo isso possível, tal ‘materialidade’ estará provada com a só apreensão, ou a apreensão e exame do bem subtraído?’

‘Se se tratar de furto simples, ou de roubo sem lesões graves ou morte da vítima, a resposta é não. A subtração da coisa é, em regra, um fato transeunte. Primeiro, porque o agente pode dar-lhe sumiço, fazê-la desaparecer, destruí-la, comê-la. Depois porque, ainda que tal não ocorra, o encontro de um objeto no lugar x apenas prova sua existência, não, necessariamente, que ele pertencia a outra pessoa, estava em outro lugar e dali foi tirado pelo agente — que são essenciais do furto e do roubo. A ação de subtrair, salvo exceções, é transeunte, não deixa marcas, motivo por que demanda, como prova, a existência de outros elementos.

‘...Fora disso, não é imprescindível, como prova da existência do fa-

to, a apreensão, e, muito menos, o exame das coisas furtadas ou roubadas. Basta, como é evidente, que seja indubitosa a existência da subtração. O encontro da coisa com o agente, ou em lugar onde por ele foi deixada, não é mais que simples indício do crime e da autoria.

‘Este é o entendimento, pode-se dizer unânime, dos Tribunais. Eis a ementa de recente acórdão do TACrimRJ, relatado pelo autor: ‘O roubo, salvo as hipóteses de roubo com morte ou lesões corporais graves, é um delito de fatos transeuntes, motivo por que a prova da violência empregada, bem como da existência das coisas subtraídas, se faz por qualquer meio em direito permitido, não necessariamente por auto de exame de corpo de delito. Como a ninguém é dado tirar vantagem de sua própria torpeza, seria não menos do que absurda a idéia de que a falta de apreensão e exame das coisas, porque foram escondidas ou destruídas pelo réu, impossibilitasse o reconhecimento de sua existência em face de outras provas’ (Ac. un., 3ª Câm., DJ 25/2/1987, pág. 64)’ (O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal, Forense, 1987, págs. 421/423)”.’

No mesmo sentido o entendimento desta Corte:

“Crime contra o patrimônio. Furto. Autoria. Prova. Palavra da vítima. Validade. Reconhecimento pessoal. Ausência de apreensão da res. Irrelevância. Delito consumado. Condenação que se impõe.

“Nos crimes contra o patrimônio a palavra da vítima, apontando o réu como autor, corroborada por indícios e circunstâncias e, em especial, pelo

auto de reconhecimento de pessoa, constitui importante elemento de convicção, principalmente se o acusado nada argúi de má-fé ou inimizade, capaz de justificar a grave imputação de que foi alvo.

“A apreensão do objeto subtraído não é indispensável à configuração do furto, quando a prova testemunhal apresenta-se suficientemente convincente para embasar um juízo de certeza quanto à existência do bem subtraído e da autoria delitiva.

“A consumação do crime de furto ocorre não pela detenção da coisa, mas pela sua subtração, vale dizer, desde que o agente se apossou da coisa pertencente a outra pessoa” (Ap. Crim. n. 99.010634-9, de Itajaí, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

“Furto qualificado — Concurso de agentes — Caracterização — Falta de apreensão da res furtiva — Irrelevância.

“(…).

“A apreensão da res furtiva não é indispensável à configuração do delito de furto, desde que a prova testemunhal seja suficientemente convincente para embasar um juízo de certeza quanto à existência do bem subtraído e de sua autoria” (Ap. Crim. n. 31.044, de Gaspar, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“A apreensão do objeto subtraído não é indispensável à configuração do furto, quando a prova testemunhal apresenta-se suficientemente convincente para embasar um juízo de certeza quanto à existência dos bens subtraídos e da autoria delitiva” (Ap. Crim. n. 98.008937-9, de Concórdia, rel. Des. Jorge Mussi).

3 — Não procede o argumento de que não sendo a arma encontrada em poder do apelante, a qualificadora prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP estaria descaracterizada.

Embora dispensável a apreensão e o exame pericial da arma, no caso, a qualificadora restou comprovada pelo depoimento da vítima aliada à apreensão.

A respeito da qualificadora, anota Julio Fabbrini Mirabete:

“O emprego de arma, que denota não só maior periculosidade do agente, como uma ameaça maior à incolumidade da vítima, qualifica o roubo”, citando, entre outros, o seguinte precedente, da irrelevância da apreensão da arma ou de perícia:

“Irrelevância da falta de apreensão da arma — TJSP: ‘A segura imputação de vítima de roubo, cuja idoneidade não foi abalada, presta-se também a comprovar a circunstância do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, sem embargo de falta de apreensão de arma’ (JTJ 179/276). TJSP: ‘Pouco importa à caracterização do roubo qualificado pelo emprego de arma não ter sido o revólver apreendido e não ter ficado provado o seu poder vulnerante’ (RT 741/610-1)” (Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, págs. 981/983).

Da jurisprudência desta Corte:

“Roubo qualificado pelo concurso de agentes e uso de arma de fogo — Autoria e materialidade cabalmente comprovadas — Arma de brinquedo, não apreendida — Irrelevância para o reconhecimento da qualificadora — Confissão dos réus e depoimento da vítima — Co-autoria — Ocorrência —

Não apreensão da res furtiva — Fato que não afasta a culpabilidade (...).

“(…)”.

‘O fato de não ter sido apreendida a arma utilizada no crime não impede o reconhecimento da qualificadora do delito de roubo, vez que tal circunstância, bem como a eficácia lesiva do instrumento, são irrelevantes para aferir-se a majorante, pois o que importa é a intimidação da vítima, que pode ocorrer até com o uso de revólver de brinquedo por parte do agente’ (TACrimSP — AC — rel. Teixeira de Freitas — RJD 27/192)” (Ap. Crim. n. 98.010535-8, de Imbituba, rel. Des. José Roberge).

“Processual e penal — Sentença hígida — Emendatio libelli — Roubo e extorsão — Concurso material — Uso de arma de brinquedo ou sem potencial ofensivo — Irrelevância — Qualificadora configurada — Concurso de agentes — Condenação mantida — Recursos desprovidos.

“(…)”.

“As circunstâncias de ter, ou não, a arma potencial ofensivo, se estava municiada, ou mesmo se era de brinquedo, não descaracterizam a qualificadora prevista no art. 157, § 2º, I, do CP” (Ap. Crim. n. 99.018416-1, de São José, rel. Des. Amaral e Silva).

4 — Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Negaram provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 8 de maio de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.009650-4, DE BRUSQUE

Relator: Des. Genésio Nollí

Apelação criminal — Homicídio culposo na direção de veículo automotor — Culpa exclusiva do réu caracterizada — Causa relativamente independente não demonstrada.

A causa superveniente será considerada relativamente independente quando não apresentar força e autonomia necessárias para causar o evento; se esta causa, no entanto (infecção generalizada), foi decorrente da internação e cirurgia causadas pelo ferimento sofrido no acidente, inegável que houve soma de causas, não se podendo excluir o nexo de causalidade entre a conduta que feriu a vítima e sua morte subsequente ocasionada pelo processo infeccioso (Des. Nilton Macedo Machado).

Concessão de sursis sem que seja observada pelo Magistrado a possibilidade de substituição por penas restritivas de direitos — Inobservância da seqüência legal.

Após a fixação do regime inicial de cumprimento da pena deve o magistrado obrigatoriamente analisar a possibilidade ou não de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e na impossibilidade, se possível, conceder-se o sursis — Interpretação dos arts. 59 e 77, III, do CP.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.009650-4, da comarca de Brusque (1ª Vara), em que é apelante Nelson Mota Sutil, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas de lei.

Na comarca de Brusque (1ª Vara), Nelson Mota Sutil foi denunciado por infringir o art. 302 da Lei n. 9.503/97.

Segundo a denúncia, “no dia 19 de março de 1999, por volta das 7 horas, o denunciado Nelson Mota Sutil adentrou no caminhão/Mec. Oper. Mercedes-Benz/L 1113, placa LXM 9915, ano 1997, que se encontrava estacionado na garagem da Empresa Guindastes Reig Ltda., localizada na Rua São Pedro, n. 520, Bairro São Pedro, município de Guabiruba, nesta Comarca.

“Nesse momento, de forma imprudente e negligente, sem tomar as cautelas devidas, sem perceber que a vítima se encontrava em frente do caminhão e que a sua marcha estava

engatada, ligou o mesmo, que se projetou à frente e atingiu a vítima, prensando-a com outro caminhão que também se encontrava estacionado no local, de forma aproximada.

“Em virtude da manobra imprudente e negligente do denunciado, que ocasionou o acidente, a vítima veio a sofrer lesões corporais, que se constituíram como a causa eficiente de sua morte, conforme comprova o laudo de exame cadavérico de fls. 5/10”.

Finda a instrução foi condenado à pena de 2 (dois) anos de detenção e 2 (dois) meses de suspensão da habilitação para conduzir veículos automotores como incurso nas sanções do art. 302 da Lei n. 9.503/97, sendo-lhe concedida a suspensão condicional da pena privativa de liberdade por dois anos.

Inconformado apelou objetivando a absolvição ou, alternativamente, que lhe seja concedido o perdão judicial.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu conhecimento e desprovimento.

É o relatório.

Inviável a absolvição do recorrente.

A materialidade e a autoria do delito estão satisfatoriamente comprovadas nos autos: a primeira pelo auto de exame cadavérico de fls. 9/11; a segunda é admitida pelo próprio recorrente nas duas vezes em que foi ouvido (fls. 15/16 e 35/36).

Nelson Mota Sutil (apelante) declarou que "(...) o depoente adentrou em seu caminhão e quando bateu a chave para ligar, este não chegou a pegar, mas como a marcha (1ª marcha) estava engatada, o caminhão deu um pulo para frente e esmagou o também empregado da firma Osmar Floriano de Andrade que naquele momento estava de pé entre os dois caminhões, colocando água no radiador do caminhão da Empresa Rieg Pré-Moldados; que o depoente quando adentrou no seu caminhão, não notou a presença na frente deste de seu colega de serviço, Osmar; que notou apenas que tinha ocorrido algum problema, quando o caminhão deu um pulo para frente e alguém gritou; que tão logo escutou os gritos, desceu do caminhão e quando foi na frente, percebeu que Osmar Floriano tinha saído para o lado, caminhando sozinho alguns metros e ficou encostado numa viga, e alguns instantes após sentou-se e pediu que chamassem o Corpo de Bombeiros (...); que os dois caminhões ficaram distantes aproximadamente um metro, um do outro, pois com a manobra um dos caminhões andou um pouco para trás, isto meio metro aproximadamente (...)" (fl. 25).

A culpabilidade do agente é assente. As testemunhas foram uníssonas ao afirmar que a vítima rotineira-

mente verificava o nível de óleo e água nos caminhões.

As declarações do próprio recorrente levam à conclusão de que agiu com culpa: o veículo que atingiu a vítima estava parado a mais ou menos 1 (um) metro de distância (fl. 25); o caminhão era um Mercedes-Benz modelo 1113 (BO de fl. 8); a vítima era ajudante e conferia se estava tudo em ordem com a água dos caminhões; que ligou o veículo com a primeira marcha engatada, o que originou o solavanco que ocasionou o esmagamento da vítima (fl. 36).

A frente do referido caminhão é relativamente curta, o que amplia o grau e ângulo de visão do motorista. Por sua vez, a vítima foi atingida na zona da cintura, tudo indicando que estava de pé na hora do acidente. Além da distância aproximada de um metro entre os veículos.

Assim, levando-se em consideração a distância entre um veículo e outro (mais ou menos um metro), a localização da lesão e o tipo de caminhão não há outra conclusão possível senão a responsabilização do recorrente pela morte da vítima.

A culpa do agente é manifesta. O fato era perfeitamente previsível embora não previsto por ele. Não é crível que estando a vítima em pé e os veículos parados a um metro de distância, fosse impossível a sua visualização pelo apelante. Ademais, fere os princípios mais elementares de direção ligar um veículo sem verificar previamente se a marcha está ou não engatada. Portanto, por todos os vértices passíveis de análise, a conclusão é uma só, ou seja, a de que o acusado agiu com culpa.

A tese defensiva de que a vítima morreu devido a uma infecção adquirida após a cirurgia e não pelo acidente sofrido não prospera.

A infecção hospitalar, se é que efetivamente ocorreu, não pode ser considerada, no processo em exame, como causa superveniente relativamente independente.

Para Damásio E. de Jesus “o nosso Código, ao resolver a questão do nexo de causalidade, adotou a teoria da conditio sine qua non, ou da equivalência dos antecedentes causais. Atribui relevância causal a todos os antecedentes do resultado, considerando que nenhum elemento, de que depende a sua produção, pode ser excluído da linha de desdobramento causal. Causa é toda condição do resultado, e todos os elementos antecedentes têm o mesmo valor. Não há diferença entre causa e condição, entre causa e concausa, entre causa e ocasião. Para se saber se uma ação é causa do resultado, basta mentalmente excluí-la da série causal. Se com a sua exclusão o resultado teria deixado de ocorrer é causa. É o denominado procedimento hipotético de eliminação” (in Código Penal Anotado, SP, Saraiva, 6ª ed., 1996, pág. 31).

Assevera Julio Fabbrini Mirabete que “não se elimina a relação de causalidade pela existência de uma concausa (preexistente, concomitante ou superveniente). A concausa é outra causa que, ligada à primeira, concorre para o resultado. É inegável o nexo causal na morte: por hemorragia de uma lesão leve por ser a vítima hemofílica; por complicações surgidas no tratamento da vítima de atropelamen-

to em virtude de apresentar condição de diabética; por insuficiência cardíaca decorrente de violenta emoção seguida de lesões corporais; por ser hipertensa e estar a vítima em adiantado estado de gravidez por ocasião da agressão etc. A questão ligada ao conhecimento ou não do agente a respeito das condições particulares da vítima é resolvida quando da apreciação do elemento subjetivo do crime.

E continua:

“À responsabilidade do agente nas hipóteses previstas pelo parágrafo citado — referido-se ao § 1º do art. 13 do CP — quando se examina a causa superveniente que mantém essa relação relativa com a causa anterior: se estiver ela fora do desdobramento físico necessário, normal, o agente não é punido pelo resultado; se estiver ela dentro desse desdobramento necessário, o agente é responsável pelo evento”.

E arremata:

“Se a causa sucessiva, porém, está na linha do desdobramento físico ou anatomopatológico do resultado da ação primeira, o resultado é atribuído ao agente da primeira causa. Exemplos clássicos são os do ferido que, levado ao hospital, morre por choque anafilático ou colapso cardíaco provocado pela anestesia ministrada quando os médicos estão praticando uma intervenção cirúrgica para salvá-lo. Exemplos colhidos na jurisprudência: choque anestésico por excesso de éter ou por imprudência dos médicos operadores; complicações resultantes da cirurgia em vítima de inúmeros pontapés contra ela desferidos pelo réu. Nessas hipóteses, ao autor é atribuído o resultado final (morte), já que

a segunda causa guarda relação, embora relativa, com a primeira, num desdobramento causal obrigatório” (Manual de Direito Penal, Parte Geral, 6ª ed., Atlas, 1991, págs. 107/110).

Assim, excluindo-se o acidente causado pelo réu a vítima não estaria internada; não se submeteria à cirurgia; não adquiriria a infecção; e, por conseguinte, não viria a falecer.

A infecção deu-se por desdobramento lógico do acidente, não havendo se falar em causa relativamente independente que, por si só, causaria a morte da vítima.

Já se decidiu em casos análogos:

“Júri — homicídio qualificado — Vítima ferida no pescoço — Longa internação — Broncopneumonia como causa mortis — Desclassificação para lesões corporais graves — Inadmissibilidade — Causa superveniente relativamente independente — Decisão contrária à prova dos autos — Julgamento anulado.

“A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, embora reservada na Carta Magna, não lhe confere um poder incontrastável e ilimitado, não excluindo o controle de suas decisões quando se mostrarem manifestamente contrárias à prova dos autos (CPP, art. 593, III, d).

“A causa superveniente será considerada relativamente independente quando não apresentar força e autonomia necessárias para causar o evento; se esta causa, no entanto (brônco pneumonia) foi decorrente de internação prolongada causada por ferimento à bala anterior, inegável que houve soma de causas, não se podendo excluir o nexo de causalidade

entre a conduta que feriu a vítima e sua morte subseqüente ocasionada pelo processo broncopneumológico.

“Se a prova colhida demonstra que o processo inflamatório decorrente de broncopneumonia contraída em internação hospitalar não é causa superveniente relativamente independente que pudesse, por si só, ter provocado o resultado morte, revela-se manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados que nega ser causa da morte o ferimento provocado por disparo de arma de fogo no pescoço da vítima, desclassificando o crime de homicídio qualificado para o de lesões corporais graves” (Apelação Criminal n. 99.003505-0, de São Joaquim, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

E mais:

“A infecção hospitalar decorrente de longo período de internação determinado pela necessidade de submissão da vítima à cirurgia delicada decorrente de grave quadro neurológico causado por traumatismo crânio-encefálico não constitui causa superveniente relativamente independente, como de previsão no art. 13 do CP, não gerando desvio na corrente de causalidade” (TACrimSP, RT 731/605).

Pequeno retoque merece a sentença no tocante à aplicação da pena.

O Magistrado prolator da sentença não observou a melhor técnica ao conceder o sursis ao acusado, sem antes analisar a possibilidade de substituição. O art. 59 do CP é claro ao dispor que após fixado o regime inicial para o cumprimento da pena deverá ser observado se há ou não pos-

sibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena de outra espécie. E complementa o art. 77, III, dispondo que somente é possível a concessão do sursis se não for indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44.

Nesse sentido:

“Pena criminal — Substituição por penas restritivas de direitos ou concessão do sursis — Sequência legal a ser observada.

“Quando da aplicação da pena restritiva de liberdade, obedecida a sequência prevista no art. 59 do CP, ou seja, após quantificá-la observando as três fases exigidas pelo art. 68 do CP, o juiz deve fixar o regime inicial de seu cumprimento (inciso III c/c art. 110 da LEP) para, depois examinar obrigatoriamente, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, a substituição ‘por outra espécie de pena, se cabível’ (inciso IV); o exame sobre a possibilidade de concessão do sursis somente ocorre após verificar não ser indicada ou não cabível a substituição anterior’ (CP, art. 77, inciso III)” (Apelação Criminal n. 99.006121-3, de Orleans, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Ao eleger esses critérios para a fixação da pena o legislador impôs ao magistrado uma sequência que obrigatoriamente deverá ser seguida. Ademais, pela análise dos institutos é a substituição da pena muito mais vantajosa ao apenado do que o sursis: primeiro porque no caso de conversão o apenado somente cumprirá o

restante da pena e não toda ela como ocorre na suspensão condicional; segundo porque a pena poderá ser cumprida em até a metade do tempo (art. 46, § 4º, do CP).

Dessa forma, prevalecendo o comando da sentença, qualquer falta cometida pelo recorrente nos próximos dois anos farão com que ele cumpra integralmente a pena privativa de liberdade imposta, no regime aberto, o que lhe é prejudicial.

In casu, portanto, entendo mais benéfico ao recorrente a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos: uma de prestação pecuniária no valor de um salário mínimo em favor da família da vítima; uma de prestação de serviços à comunidade em local e horários a serem definidos no Juízo da execução.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmo. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 13 de junho de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente;
Genésio Noll,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.009756-0, DE CANOINHAS**Relator: Des. Genésio Nolli***Apelação criminal.*

Latrocínio tentado. Agentes que após efetuarem vários disparos contra a vítima preparavam-se para subtrair seus pertences. Chegada de populares que impediu a consumação da morte da vítima e da subtração patrimonial. Prova testemunhal e demais indícios que autorizam a condenação. Versão defensiva contraditória e dissociada do contexto probatório. Recurso ministerial provido para condenar os réus nas disposições do art. 157, § 3º, in fine, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.009756-0, da comarca de Canoinhas (2ª Vara), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelados Antonio de Jesus Veng e Helena de Moura:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Perante o Juízo de Direito da comarca de Canoinhas (2ª Vara) Antonio de Jesus Veng e Helena de Moura foram denunciados como incurso nas sanções dos arts. 157, § 3º, in fine, c/c os arts. 14, inciso II, 29 e 61, inciso II, letra c, todos do Código Penal.

Narra a peça acusatória inicial:

“Na tarde de 22/11/1999, por volta das 15h30min, ainda na comarca de Papanduva, os dois denunciados, previamente ajustados e decididos a auxiliarem-se mutuamente para a realização conjunta de ilícita investida contra o patrimônio alheio, ingres-

saram no interior do veículo Fiat/Pálio pertencente à vítima Orlando Duffeck, esta que exercia a profissão de taxista, ajustando com a mesma que ela os levasse até alguns locais dos quais por ele seria informada.

“A vítima, não percebendo que os denunciados pretendiam assaltá-la, passou a transportá-los, levando-os por diversos lugares que lhe eram indicados.

“Em dado momento, quando seguia na direção da cidade de Major Vieira, ao ultrapassar a ponte sobre o Rio Canoinhas, na localidade de Agudos, já nesta comarca de Canoinhas, os denunciados pediram que a vítima parasse o veículo, dizendo-lhe que pretendiam dele descer naquele local.

“A vítima, então, reduziu a velocidade e manobrou o automóvel, fazendo já a volta para deixá-lo voltado no sentido do retorno para a comarca de Papanduva, tendo, ao depois, então, efetuado a parada para desembarque dos denunciados.

“Nesse momento, aproveitando-se do fato de o veículo estar estacionado, a denunciada Helena de Moura,

que estava sentada no banco traseiro do automóvel, tomou de um revólver Taurus, calibre 38, que os denunciados traziam consigo sem que possuíssem a necessária autorização para tanto e, apontando-o contra as costas da vítima, de modo completamente traiçoeiro, efetuou disparo contra a mesma, colhendo-a de surpresa, de modo a assim dificultar que pudesse ela esboçar qualquer gesto de defesa.

“Ao receber o disparo, a vítima perdeu a consciência. Os denunciados, então, um emprestando auxílio ao outro, tiraram-na do veículo e arrastaram-na para trás do automóvel, onde, com manifesta intenção de matá-la para que nunca viessem a ser por ela apontados como autores do assalto que pretendiam perpetrar, efetuaram, contra a mesma, outros disparos.

“Ocorre que os disparos efetuados chamaram a atenção de pessoas que se encontravam nas imediações, em local no qual, todavia, não eram avistadas por quem estava na estrada; tais pessoas aproximaram-se rapidamente para ver o que o ocorria.

“Os denunciados aperceberam-se da aproximação de outras pessoas e viram-se forçados, por isso, a abandonar, imediatamente, a cena do crime. Deixaram ali o corpo da vítima e o veículo pertencente à mesma, e saíram às pressas, sem consumir, portanto, a subtração de nenhum objeto de valor, posto que, com a aproximação das outras pessoas, somente uma fuga imediata e desprovida de delongas como a que fizeram propiciaria livrarem-se de serem reconhecidos.

“Embrenharam-se, pois, por lavouras e matagais existentes na localidade de Agudos, mas acabaram capturados pela Polícia tempos depois, quando foram enfim avistados na Fazenda Buzzi, nesta Comarca, atravessando uma plantação de soja no intuito de alcançar reflorestamento de pinheiros que existia mais adiante, no qual pretendiam ocultar-se.

“Em função dos disparos que efetuaram, bem como do fato de terem arrastado a vítima, com violência, para trás do veículo, os denunciados produziram, na mesma, entre outras lesões, escoriações nas regiões escapular direita, infra-escapular direita e do hipocôndrio direito; orifício de forma circular com 0,5cm de diâmetro na região escapular direita, hematomas na região retro-auricular direita, supra-escapular direita, mamária direita e lombar direita e fratura do úmero do membro superior direito. Tais lesões, além de incapacitar a vítima para suas habituais ocupações por prazo superior a trinta dias, trouxeram-lhe grave perigo de vida, posto que a lesão que um dos disparos de arma de fogo causou aos órgãos torácicos internos da mesma gerou grave risco de morte decorrente de choque hipovolêmico ou insuficiência respiratória aguda”.

Finda a instrução, sobreveio a sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou os acusados à pena de 6 (seis) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicialmente semi-aberto, e pagamento de vinte dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao art. 157, § 3º, parte inicial, do CP.

Inconformado, recorreu o Dr. Promotor de Justiça requerendo a

condenação dos réus nos termos da denúncia. Para tanto, argumenta que, embora na sentença tenha sido mencionado que a denúncia foi julgada procedente, o Magistrado trocou a parte final do § 3º pela parte inicial (latrocínio tentado por roubo seguido de lesões corporais graves) contrariando a prova coligida. Alternativamente, pleiteou a imposição da pena correspondente à parte inicial do § 3º do art. 157 do CP.

Rebatido o recurso, rumaram os autos a esta Superior Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo seu conhecimento e provimento.

É o relatório.

Assiste razão ao insigne representante do Ministério Público.

A condenação pelo delito de latrocínio tentado (art. 157, § 3º, parte final, c/c o art. 14, II, ambos do CP) é medida que se impõe.

O termo de apreensão (fl. 16), o laudo pericial (fls. 40/41), o laudo complementar (fls. 68/72) e o levantamento fotográfico do local (fls. 52/56) atestam a materialidade do delito.

Quanto à autoria, esta é negada pelos apelados que, no entanto, admitiram ter efetuado os disparos na vítima.

Com efeito, a prova coligida indica que a intenção dos apelantes era a de levar a vítima para um local ermo com o intuito de subtrair-lhe o veículo e seus pertences, ceifando-lhe ainda a vida, a fim de garantir o sucesso da empreitada criminosa e a inexistência de testemunhas.

Assim é que Antonio e Helena ajustaram com a vítima, proprietária

de um táxi, para transportá-los. Após se dirigir a várias localidades, decidiram parar, momento em que Helena, que estava sentada no banco de trás, efetuou disparo pelas costas da vítima que, ainda, foi alvejada com mais três disparos, restando evidente a intenção de matá-la. Ato contínuo, os réus arrastaram a vítima até a parte traseira do automóvel com o intuito de ocultar o cadáver. Porém os disparos anteriormente efetuados chamaram a atenção das pessoas residentes na localidade, o que fez os réus se evadirem, deixando de consumir a subtração de bens de valor de propriedade da vítima.

A prova testemunhal evidencia o cometimento do crime de latrocínio tentado, senão vejamos:

"...foram até o município de Major Vieira pois ali morava a irmã do acusado (...) Que o depoente então, bem devagar, fez a volta com o carro e, quando estava prestes a parar, o depoente recebeu um tiro nas costas e em seguida recebeu mais três tiros. Que antes de dar os tiros os acusados não falaram nada. Que recebeu os tiros quando estava sentado no banco do carro (...) Que o acusado Antonio estava ao lado do depoente, e a outra acusada no banco de trás do carro" (depoimento da vítima Orlando Duffeck, fl. 87).

"...estava em sua casa quando ouviu 4 (quatro) tiros. Que na hora dos tiros ouviu um grito 'me acuda'. Que o depoente foi até a estrada e a uma distância de uns 50 metros de sua casa viu um Pálio com as quatro portas abertas, e atrás dele estava a vítima caída de lado no chão, sangrando. (...) Que, antes dos tiros, viu o mesmo Pá-

lio passar em frente a sua casa em baixa velocidade, a uns 20km por hora” (testemunha Leonardo Ricardo da Cruz, fl. 85).

“...ouviu 4 (quatro) tiros. Que seu vizinho Leonardo foi correndo em direção a um veículo Pálio que estava parado na estrada e a uma distância de 60 metros de sua casa, com as quatro portas abertas (...) Que antes dos tiros viu o mesmo Fiat Pálio passar em sua residência, sendo que estava dirigindo a vítima e duas pessoas, sendo que um estava atrás e o outro do lado da vítima” (testemunha Paulo Manoel Benda, fl. 86).

“...observou manchas de sangue sobre o banco do motorista na parte interna da porta do motorista, bem como sangue junto ao rodado traseiro esquerdo do mencionado veículo” (policial civil José Ivan Silveira, fl. 93).

Por fim, o policial Robson Kruger afirmou ter capturado os réus embrenhados no mato de posse de um revólver e de um facão (fl. 9).

As contradições existentes nas versões dos réus fazem com que caia em descrédito a versão defensiva.

O réu Antonio afirmou que ao parar o carro a vítima apenas desabotoou o cinto de segurança, ficando no seu interior; já a co-ré Helena afirmou que a vítima desceu do carro.

Antonio afirmou na fase policial que pediu que a vítima os levasse até a Colônia Santo Antônio, na residência de Zacarias Lisboa; em Juízo alterou a versão dizendo que pediu para levá-los até a Colônia Santo Antônio Coxo porque a tia da co-ré Helena morava lá; no entanto, a co-ré Helena o desmentiu dizendo que não tinha

nenhum tio ou tia que morasse ali perto.

Na fase policial Antonio disse que a vítima “cismou” de parar o carro, quando, em Juízo, disse que pediu para a vítima parar o carro.

Disse também, na fase policial, que foram alguns disparos contra a vítima, para depois afirmar em Juízo que foi somente um disparo.

Outros indícios estão a evidenciar o cometimento do crime de latrocínio tentado: estranhamente a co-ré Helena só sustentou a tese da legítima defesa em Juízo, no que foi prontamente desmentida pela vítima; extrai-se da prova coletada, inclusive das palavras dos réus, que eles não possuíam dinheiro para pagar a “corrida” do táxi; diziam-se conhecidos do taxista, que sempre os conduzia, então por que somente iriam ceifar a sua vida?; não tinham dinheiro e pediram à vítima para ir “pelo mato, pelas invernadas, e não pela estrada”; retiraram a vítima do carro, dando sinais de que queriam subtrair alguma coisa, senão iriam matá-la ali mesmo e se evadir.

A respeito da prova vale ressaltar que os indícios integram o sistema de articulação de provas e valem por sua idoneidade e pelo acervo de fatores de convencimento (art. 239 do CPP), no que pertine ao reconhecimento dos indícios como meio probante, nunca é demais lembrar o escólio de Maria Teresa Rocha de Assis Moura:

“Os indícios têm a mesma eficácia probante que qualquer outra prova, face ao princípio do livre convencimento.

“O julgador deve sopesar todas as provas produzidas, sem prevalência de uma sobre outra, expondo, exaustivamente, na sentença, os motivos que o levaram ao convencimento.

“Se, após criteriosa análise, os indícios não deixarem qualquer margem de dúvida, no espírito do julgador, quanto à certeza da imputação, poder-se-á dizer que a conclusão, do exame dos diversos indícios reunidos, é suficiente para a prolação de uma decisão condenatória” (in A Prova por Indícios no Processo Penal, Saraiva).

O egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em acórdão do Juiz Francisco Brito, in RT 673/357, a respeito da prova indiciária assim se posicionou:

“Prova indireta. Livre convencimento do juiz. É válido, de acordo com o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, que o Juiz forme sua convicção através de prova indireta, ou seja, a partir de indícios veementes que induzam àquele convencimento de maneira indubitosa (...) Já se decidiu que ‘em matéria criminal, dado o sistema do livre convencimento que o Código adota, o valor da prova indiciária mostra-se em tudo igual ao da prova indireta’ (acórdão do TJPR, in RT 261/342). Também o Tribunal de Justiça de nosso Estado manifestou-se no sentido de que ‘pode o Magistrado calcar seu veredicto em indícios e circunstâncias do factum probandum, se os mesmos são de tal monta a gerar convicção da verdade’ (JMineira 71/160), bem como que ‘a prova indireta, indiciária, circunstancial, poderá gerar a mesma convicção que a prova direta’ (Minas Forense 30/135). ‘Na hipótese, a falta de teste-

munhas oculares não tem nenhuma influência no sentido de beneficiar o réu, porque há indícios veementes de que só pode ter sido ele o agressor. Somente quando existem contra-indícios, trazendo eles profundas e fundadas dúvidas quanto à incriminação é que não se pode condenar; mas, no caso, não há contra-indícios e tudo leva a crer, sem qualquer, dúvida, que o autor dos ferimentos produzidos na vítima foi o acusado’ (RT 611/397)”.

A respeito, o nosso Tribunal assim já se manifestou:

“Os indícios, quando concludentes e desfavoráveis ao réu, autorizam o decreto condenatório, pois a prova indiciária, respaldada por elementos colhidos na instrução, tem o mesmo valor que as demais” (Ap. Crim. n. 96.002806-4, de Xaxim, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Não obstante a ausência da prova material da subtração, a violência praticada configurou o início da execução do delito.

A participação dos dois réus restou evidenciada. A vítima firmou que a ré Helena foi quem efetuou os disparos, tanto é que com ela foi apreendida a arma. Evidencia-se também que os dois participaram das negociações com a vítima e ajudaram-se mutuamente para retirá-la do carro. Logo, não há falar em participação de menor importância, mormente porque as suas participações foram decisivas para a ocorrência do delito.

Marcelo Fontes Barbosa em sua obra intitulada Latrocínio, Malheiros, 1994, págs. 50/51, leciona que “todos aqueles que quiseram ou concordaram em participar do crime de

roubo seguido de morte, dentro de uma só unidade complexa de fato, respondem pelo latrocínio ainda que não tenham atirado na vítima.

“É o que se depreende deste excelente acórdão:

‘Latrocínio — Co-autoria — Reconhecimento que independe de se saber qual dos co-réus desferiu os golpes fatais — Suficiência da presença de ambos no cenário da infração, a ela aderindo conscientemente, predispostos à subtração ocorrida. Responsabilidade solidária dos agentes pelo crime consumado.

‘Indiferente para os fins de reconhecimento da co-autoria no crime de latrocínio saber-se qual dos agentes foi o autor dos golpes fatais’ (Ap. 95.623-3, 2ª C., j. 24/9/90, rel. Des. Canguçu de Almeida).

“Assim, quem adere ao plano delituoso e nele está presente do princípio ao fim, chegando, às vezes, a participar da divisão do produto do crime, não pode eximir-se da responsabilidade pelo latrocínio, sob a alegação de que a violência contra a vítima foi praticada por outro dos assaltantes, porque toda a sua participação foi prevista e voltada para este fim.

“Para que isto ocorresse, necessário se faria a negação dos princípios da causalidade e da co-autoria adotados pelo Código Penal”.

Diante do quadro acima exposto, tipificada restou a tentativa de latrocínio, eis que presentes seus elementos constitutivos. Foi exercida a violência contra a vítima, só não lhe causando a morte por circunstâncias alheias à vontade dos agentes (o aparecimento dos vizinhos). O mesmo se

diga em relação à subtração patrimonial.

A respeito, o entendimento jurisprudencial:

“Caracteriza latrocínio tentado e não roubo qualificado em concurso com lesões, a conduta do agente que, para roubar, pretende eliminar a vítima, provocando-lhe lesões, não tendo conseguido executar seu desígnio por circunstâncias alheias à sua vontade” (RJTACrim 31/202).

“Quando o agente pratica tentativa de homicídio e subtração patrimonial tentada, responde por tentativa de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine, c/c o art. 12, II, do CP). A tentativa de crime complexo se configura como o começo de execução do crime que inicia a formação do todo unitário, donde a conclusão de que no latrocínio a tentativa se configura como o começo da execução do crime-meio, ou homicídio, considerada sempre, como é óbvio, a incindibilidade do todo complexo” (JUTACrim 93/173).

“A conduta do agente que, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, tenta subtrair bens ou valores, efetuando disparos contra a vítima, com a vontade livre e consciente de produzir o resultado morte, não conseguindo seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade, caracteriza o crime de latrocínio tentado” (TACrimSP — RDJ 18/92).

Isso posto, passo a aplicar as penas:

Consideradas favoráveis aos réus as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixo a pena-base para os réus em 20 (vinte) anos de reclusão e

pagamento de 10 (dez) dias-multa, no seu valor mínimo legal.

Na segunda fase, presente a agravante do art. 61, II, c, recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido (o disparo foi efetuado pelas costas), elevo a pena em 1 (um) ano, fixando-a em 21 (vinte e um) anos de reclusão.

Por fim, na terceira fase, reconhecido o crime tentado e considerando o iter criminis percorrido, reduzo a pena de 1/3 (um terço), fixando-a definitivamente, ante a inexistência de outras causas modificadoras, em 14 (quatorze) anos de reclusão e pagamento de 3 (três) dias-multa, no valor anteriormente fixado.

Por tratar-se de crime hediondo a pena será resgatada integralmente no regime fechado (art. 2º, § 1º, Lei n. 8.072/90).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para condenar

Antonio de Jesus Veng e Helena de Moura à pena de 14 (quatorze) anos de reclusão e ao pagamento de 3 (três) dias-multa, cada um, por infração ao art. 157, § 3º, in fine, c/c os art. 61, II, c, e 14, II, todos do Código Penal.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 20 de junho de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente para o acórdão;
Genésio Nolli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.015855-0, DE BIGUAÇU

Relator: Des. Genésio Nolli

Apelação criminal — Crime contra a pessoa — Maus-tratos — Laudo pericial demonstrando três lesões intracranianas — Testemunhas que confirmam que a vítima vinha sendo agredida desde os primeiros dias de vida — Materialidade e autoria demonstradas — Sentença reformada — Delito caracterizado — Condenação.

Crime contra o estado de filiação — Registro de filho alheio como próprio — Motivo reconhecidamente nobre não demonstrado — Ônus de quem alega — Art. 156 do CPP — Revogação do perdão judicial concedido em primeiro grau.

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.015855-0, da comarca de Biguaçu (1ª Vara), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelados Marco Antônio Paladino e Constancia Maria Bueno Paladino:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas de lei.

Na comarca de Biguaçu (1ª Vara) foram denunciados Marco Antônio Paladino e Constancia Maria Bueno Paladino porque, segundo a exordial acusatória, “no dia 25 de setembro de 1997 os denunciados, por circunstâncias que não foram apuradas, conseguiram um menino recém-nascido para adotar, porém, ao invés de dirigirem-se ao Conselho Tutelar e posteriormente ingressarem com pedido neste Juízo para postularem a adoção e ser verificado se realmente possuíam condições para tanto, foram ao Cartório e registraram como filho natural a criança que levou o nome de J. B. B. P., registrando como seu o filho de outrem.

“A partir deste momento a denunciada Constancia começou a perpetrar maus-tratos na pobre vítima J. B., raspando o seu cabelo, sacudindo o corpo da mesma constantemente, dando-lhe mordidas, principalmente nos membros inferiores, causando diversos hematomas e equimoses arroxeadas na criança conforme o laudo de fls. 5.

“Como se isso já não bastasse, em 5 de fevereiro de 1998, quando a vítima possuía tão-somente 4 meses de vida, a denunciada foi dar-lhe um

banho e sem tomar qualquer cuidado, o que era de seu hábito, imprudentemente deixou a vítima cair no chão do banheiro, tendo esta batido com a testa no piso, na região frontal da cabeça, provocando um importante edema. Após a queda a vítima não foi levada para o hospital, logo em seguida, tendo a denunciada colocado a mesma para dormir, apesar do choro contínuo, vindo a vítima novamente a cair pois não foi colocada em cama apropriada para sua idade (berço), machucando novamente a cabeça, ocasionando: ‘massa encefálica edemaciada e completamente amolecida, hemorragia intradural temporal direita, extradural temporal esquerda e occipital, hemorragia em tronco encefálico, (...) cavidade abdominal repleta de líquido e fígado aumentado de volume’.

“Em razão dos maus-tratos que sofreu e da imprudência e negligência da denunciada, tendo ficado muito mal, a vítima foi levada para o hospital, somente no outro dia, onde ficou internada por três dias na UTI, porém, não resistindo às lesões, faleceu em 8/2/98, em decorrência de traumatismo cranioencefálico, conforme o auto de exame cadavérico de fl. 5”.

Finda a instrução, Constancia Maria Bueno Paladino foi absolvida da imputação de maus-tratos e homicídio culposo, na forma do art. 386, VI, do CPP, sendo concedido a ela e a Marco Antônio Paladino o perdão judicial em relação ao delito tipificado no art. 242 do Código Penal.

Inconformada com a decisão, a Justiça, por seu Promotor, apelou objetivando a condenação dos apelados nos termos da denúncia.

Contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos e a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo seu conhecimento e provimento.

É o relatório.

Dos maus-tratos

A materialidade e a autoria delitivas exsurgem do laudo de exame cadavérico de fls. 9 e da prova oral coligida.

Ao contrário do que foi afirmado pela defesa e pelo Magistrado sentenciante não há dúvidas de que a vítima, J. B., foi submetida a maus-tratos incessantes até o momento em que foi hospitalizada e, não resistindo aos ferimentos, veio a falecer.

O laudo pericial de exame cadavérico demonstra a extensão das agressões sofridas pela pequena vítima (um bebê de apenas 4 meses de idade), expressamente consignando:

1 — cabeça e pescoço — cabelo raspado, edema de face e couro cabeludo (...) escoriação amarronzada em regiões malares pequenas; drenagem de secreção sero-sanguinolenta nasal e oral; equimose arroxeadada pequena região pré-auricular direita;

2 — membros inferiores — equimose arroxeadada em terço superior posterior da perna esquerda e terço médio perna direita;

3 — membros superiores — escoriação avermelhada braço e antebraço esquerdo;

4 — exame interno — importante edema difuso, hemorragia couro cabeludo, região parietal esquerda (ápice) temporal direita; extratemporal esquerda e occipital; hemorragia em tronco encefálico; volumosa drenagem de secreção amarelada transpa-

rente da cavidade torácica; hemorragia no lobo superior direito e inferior esquerdo; líquido em cavidade pericárdica, características idênticas ao da cavidade torácica; cavidade abdominal repleta de líquido com as mesmas características; fígado aumentado de volume (fls. 9).

As fotos que instruem o laudo demonstram claramente que a vítima tinha poli-traumatismo craniano (fls. 12/14).

As testemunhas relatam que durante os meses em que a vítima esteve em companhia da apelada foi submetida a “verdadeiras seções de tortura”, uma vez que desde tenra idade apresentava hematomas, marcas de mordidas etc., tudo indicando que era submetida freqüentemente a agressões e maus-tratos.

M. T. R. declarou, na fase policial, que “por várias vezes quando chegou na casa da indiciada e notou que a criança estava com hematomas; que a primeira vez que viu um hematoma no rosto abaixo do olho esquerdo, quando a vítima contava com dois meses de idade, e perguntou o que aconteceu e a indiciada disse que a vítima havia caído da banheira; que outra vez viu a vítima com o canto da boca machucado e a indiciada uma hora disse que a vítima caiu com a boca no cinzeiro e outra vez que caiu de uma fita; que em certo dia chegou na casa da indiciada e viu que a criança estava com o cabelo raspado (...) que a indiciada e seus familiares foram viajar e ficaram fora uns vinte dias; que no dia que retornaram à tarde a declarante foi ver a criança, e percebeu que a criança estava com um hematoma na testa, um na perna e uma marca no

pescoço; que a declarante apontou para a perna da criança e perguntou: 'o que é isso na perna da criança ao que a indiciada respondeu: 'eu mordi'; que a declarante pegou a vítima no colo e apesar dos hematomas a criança estava normal, ou seja, se alimentou normalmente e não apresentava febre e nenhum sintoma de doença; que no dia seguinte pela manhã a declarante telefonou para casa da indiciada e a filha desta disse que sua mãe havia levado J. B., se referindo à vítima, ao hospital porque ele estava doente; que à noite foi na casa da indiciada e disse para a mesma: Maria por favor me diz o que realmente aconteceu com o J. B., ao que ela disse que ele estava brincando em cima da cama e de repente revirou os olhos, faltou a respiração e fez respiração boca-a-boca e o levou para o hospital; que a declarante passou a ligar para o hospital todos os dias para saber notícias, mas não davam notícias por telefone e mandavam falar com os pais; que a declarante foi perguntar para a indiciada o que a vítima tinha e ela disse que era infecção nos rins, e a declarante perguntou à mesma como que ele estava com infecção se não tinha febre; que a declarante passou a perguntar para a indiciada nos dias seguintes o que aconteceu com a vítima, e esta disse que o menino havia caído; que no dia que a criança faleceu a declarante pediu para sua filha G. e uma vizinha de nome D. irem ao IML e soube por elas que quando a indiciada as viu lá fez o seguinte comentário: D. como estás magra, tens que parar de fazer regime; que segundo informações no IML, souberam que a criança faleceu de traumatismo craniano; que então a indiciada passou a

dizer que a vítima caiu no boxe do banheiro..." (fls. 27 e 28).

M. H. de O. asseverou que "reside no local há dezessete anos, bem como também a indiciada, a qual conhece muito bem; que quando soube que a indiciada havia adotado a vítima ainda comentou com seus familiares 'coitadinho do anjo', pois era do seu conhecimento que a indiciada costumava maltratar as próprias filhas quando eram pequenas; que quando a filha da indiciada tinha cinco anos, certa vez, chegou na casa da declarante chorando e estava com uma mordida no rosto, dizendo que foi a mãe que lhe mordeu, e que quando crescesse iria morar com sua tia; que também viu a indiciada bater com a cabeça de sua filha na parede quando estava na casa da mesma, tendo ainda na época pedido para a indiciada não proceder daquela maneira; que quando a vítima tinha quinze dias a declarante foi visitar e percebeu que a vítima estava com um corte na boca e perguntando para a indiciada esta disse que a vítima havia caído da cama e se machucado; que cinco dias após foi visitar novamente a vítima e percebeu que a indiciada enfiava com violência a chupeta na boca da mesma, e chamou a atenção da indiciada a qual disse que ele tinha que se acostumar com a chupeta, e só chamava a vítima de 'nego vagabundo'; que quando a criança tinha uns dois meses a declarante foi visitar novamente a vítima, e percebeu que ela estava com um hematoma já ficando amarelado, no rosto, e perguntou para a indiciada o que era aquilo e ela não soube explicar direito, apenas dizendo 'é ele ia me derubando', não sabendo a declarante o que ela queria dizer com aquilo; que a

declarante não foi mais na casa da indiciada, e quando a vítima tinha três meses soube que a indiciada havia raspado o cabelo da vítima com máquina zero, e foi até lá em companhia de N., sua vizinha para ver, sendo que N. ainda disse para a indiciada 'ele está mesmo servindo de cobaia para vocês', se referindo também à filha da indiciada (...) que a declarante foi perguntar para a indiciada o que tinha acontecido com a vítima e ela disse que o médico havia dito que ele estava com infecção nos rins; que no dia seguinte foi novamente falar com a indiciada e ela lhe disse que a vítima ficou ruim e revirava os olhos, sendo que fez respiração boca-a-boca e desta vez disse que o médico tinha dito que era sopro no coração..." (fls. 31 e 32).

A. P. L. afirmou que "viu a criança apenas uma vez quando tinha aproximadamente quarenta dias de vida; que nesta ocasião viu um hematoma no rosto da criança e perguntou para a indiciada o que era aquilo, a qual disse que sua filha foi pegar a criança e ela bateu com o rosto no dente da menina; que quando a criança foi internada a declarante tomou conhecimento e telefonou para o hospital para saber do estado da criança, recebendo a informação de que o estado era grave, e que foi feito um monte de exames e ainda não sabiam o que a criança tinha, mas que apresentava vários hematomas e achavam que tinha sido espancada; que a declarante não perguntou o nome da atendente que atendeu ao telefone; que quando a indiciada chegou do hospital, foi até a casa dela com mais uma vizinha, e esta disse que a vítima estava mal e que revirava os olhos, e

a declarante disse que ela havia tido convulsão..." (fls. 33 e 34).

G. C. R. disse que "é vizinha da indiciada há aproximadamente dez anos; que é do conhecimento da declarante que a indiciada adotou a vítima e a conhecia; que a vítima era saudável e uma criança bastante forte, porém sempre que passava na casa da indiciada para vê-la ela estava com hematomas, sendo que viu uma vez na perna e outra vez no rosto, porém não perguntou nada para a indiciada; que por várias vezes viu a indiciada dizer 'que é seu nego vagabundo', e também gritar com a criança, nunca a tratando com carinho; que no dia que a vítima faleceu a declarante resolveu ir até o IML, juntamente com sua amiga D., e em lá chegando encontrou a indiciada a qual não parecia triste com a morte da vítima, e ainda logo que chegaram fez comentários banais sobre a aparência da colega da declarante, dizendo: 'D. como estás magra', como se este fato fosse mais importante que a morte da criança; que a indiciada deu várias versões para a morte da criança; que lá no IML o pai da criança deu uma versão dizendo que a criança caiu à noite, e que ele fez a criança dormir e pela manhã a criança acordou chorando por isso a levaram para o hospital e a indiciada disse que a criança estava brincando e de repente deu convulsão, por isso a levaram ao hospital, dizendo que fez respiração boca-a-boca na criança..." (fls. 35 e 36).

D. da S. M. esclareceu que "em certa época costumava frequentar a casa da indiciada e era do seu conhecimento que a indiciada havia adotado um menino recém-nascido; que logo no início da adoção a declarante foi

várias vezes na casa da indiciada, sendo que a indiciada a convidou para batizar a criança em casa; que não chegou a batizar a criança; que certo dia estava na casa da indiciada e a vítima chorou, sendo que a indiciada a pegou no colo e a sacudiu bastante e ainda deu umas palmadas na vítima; que a declarante ainda chamou a atenção da indiciada dizendo para não fazer aquilo, pois havia visto uma reportagem de uma babá que provocou a morte de uma criança por sacudi-la muito, ao que a indiciada comentou que a vítima só queria colo; que a declarante deixou de ir na casa da indiciada porque sempre quando passava por lá a indiciada dizia que a vítima estava dormindo, e costumava retornar do trabalho muito tarde, por volta das 23h30min; que, muitas vezes, quando passava neste horário em frente da casa da indiciada quando retornava do trabalho, escutava a vítima chorar desesperada; que quando soube que a indiciada havia raspado o cabelo da vítima ficou horrorizada; que quando a vítima veio a falecer foi até o IML e quando lá chegou a indiciada fez um comentário de como a declarante estava magra e que deveria parar de fazer regime, como se nem fosse seu filho que tivesse falecido; que achou a indiciada muito fria em relação ao falecimento, e a reação da indiciada chegava a ser assustadora, devido à frieza; que quando soube que a vítima tinha ido para o hospital, telefonou para a casa da indiciada, e recebeu a informação de que a vítima havia tido uma convulsão, motivo por que foi internada, e que estava com uma infecção nos rins; que a declarante questionou, pois soube que a vítima não tinha febre, ao que a filha da

indiciada disse que não sabia, e que fora o médico que falou; que quanto aos hematomas a declarante não viu, somente soube através da dona N. que visitava sempre a criança e comentava ter visto os hematomas..." (fls. 37 e 38).

Em Juízo:

M. T. R. reafirmou o que havia declarado extrajudicialmente no que diz respeito aos maus-tratos praticados contra a vítima, relatando novamente que viu em ocasiões distintas hematomas na criança, marca de mordida e cabelos raspados (fls. 86 e 87).

M. H. de O. disse que "duas ou três vezes notou que a criança apresentava hematomas; que perguntada a acusada a mesma sempre respondia com acidentes domésticos; que numa oportunidade bem clara o filho da depoente chegou dizendo que a acusada teria raspado a cabeça da criança, fato constatado pela depoente, sem que a acusada desse qualquer motivo; que dias depois, após uma viagem, quando retornou a depoente soube que a criança estava internada e o motivo dado pela acusada ora era 'sopro', ora era 'rins' até que a criança veio a falecer, não podendo a depoente dizer que a acusada queria a morte da criança, mas certamente mal cuidada pela acusada teria recebido ferimento que a levou à morte..." (fl. 88).

G. C. R. afirmou que "viu algumas vezes a criança com hematomas, sem qualquer explicação daqueles ferimentos; que após a morte da criança acompanhou uma outra vizinha, D., até o IML, quando lá encontrou a acusada demonstrando indiferença quanto ao ocorrido; apenas exclamou à sua

amiga: 'D., como estás magra'..." (fl. 89).

Ao discorrer sobre o delito de maus-tratos, Julio Fabbrini Mirabete asseverou:

"O tipo penal registra a expressão 'expor a perigo a vida ou saúde da vítima pelo abuso do agente', relacionando a privação de alimento ou cuidados indispensáveis, a submissão a trabalho excessivo ou inadequado e o abuso dos meios de correção e disciplina à vítima. O poder de correção e disciplina, em especial dos pais com relação aos filhos, deve ser exercido com moderação, constituindo o abuso, como o emprego de violência, na forma configurada do ilícito" (Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, pág. 762).

As testemunhas de acusação são uníssonas ao confirmar que desde tenra idade (15 dias de vida) a vítima já apresentava sinais de agressões (hematomas), e que tal situação foi piorando com o passar do tempo, sendo revelador o relato de que a vítima era violentamente sacudida e chamada de "nego vagabundo" pelo fato de estar chorando, e que por vezes apresentava sinais de mordida no rosto e nas pernas; isso, sem dúvida, demonstra a vontade da apelada de castigar imoderadamente o bebê, o que caracteriza o delito do art. 136 do CP.

Nesse sentido:

"Maus-tratos — Crime caracterizado — Sentença confirmada — Um pai que abusa e se excede em castigos corporais dispensados a um filho de nove anos de idade, a ponto de causar-lhe lesões corporais generalizadas, inclusive no rosto, pratica, ineludivelmente, o incompreensível cri-

me capitulado no art. 136 do CP, substituindo o amor e o diálogo pelo ódio e a violência" (Apelação Criminal n. 21.994, da comarca de Indaial, rel. Des. Ernani Ribeiro).

Outro fator que leva ao convencimento de que a apelada realmente expôs dolosamente a perigo a saúde e a vida da vítima é a tentativa de esconder de todos (os vizinhos) o real motivo que levou à internação da criança. Afinal o que a levaria a esconder que a criança "caíra", se não omitir a verdade atestada pela perícia de que ela levou três, frise-se bem, três pancadas na cabeça.

Ainda pesa contra a agente o fato de os seus depoimentos serem contraditórios. Na fase policial afirmou que: 1 — a criança escorregou dos seus braços e caiu de cabeça durante o banho e bateu com a parte de trás da cabeça; 2 — a criança também caiu durante à noite, mas a queda foi amortecida por travesseiros que estavam acondicionados no chão; 3 — que tentou segurar a criança pela perna quando ela caiu da banheira; 4 — que raspou a cabeça da vítima porque tinha cortado o cabelo desta com tesoura e não tinha ficado bom. Em Juízo a versão muda sensivelmente, ocasião em que afirmara que raspou a cabeça da vítima porque ela estava com os cabelos infestados de piolhos; que a criança impulsionou com vigor físico, apoiando os pés contra o corpo da interroganda, e acabou por cair.

As versões dadas pela apelada são bem diferentes, pois, como se pode observar, no primeiro depoimento relatou duas quedas e no segundo somente uma; também não manteve o relato inicial de que havia raspado a

cabeça da vítima porque tinha efetuado um corte de cabelo malsucedido, em vez disso afirmou que tinha raspado a cabeça da criança porque esta adquirira piolho.

As manobras defensivas ficam ainda mais evidenciadas se compararmos os depoimentos dos apelados, uma vez que o apelado Marco afirmou em Juízo que quando a apelada deixou a criança cair durante o banho esta bateu com a parte frontal da cabeça (fl. 78); enquanto que a própria apelada afirmou que a vítima bateu com a parte de trás da cabeça ao cair.

Assim, fica evidente a intenção da defesa de justificar o injustificável, isso por que a necropsia atestou três lesões na cabeça da vítima: têmpera esquerda, frontal direito e nuca. Em todas as versões apresentadas pelos apelados relataram-se no máximo duas quedas. Da mesma forma não é crível que a vítima teve a infelicidade de cair três vezes de cabeça no mesmo dia, salvo por privação dolosa dos cuidados indispensáveis que uma criança de 4 meses deve ter, o que também caracteriza, sem sombra de dúvida, o delito do art. 136 do CP.

Como se vê, as contradições existentes entre os depoimentos prestados pela acusada, bem como a contradição existente entre seu depoimento e o depoimento do seu marido, aliadas à prova pericial e testemunhal produzida em Juízo e extrajudicialmente formam uma base sólida para estear um decreto condenatório contra ela.

As testemunhas de defesa nada sabiam de concreto a respeito dos fatos, e as afirmações feitas por elas, de forma genérica, de que a apelada

era uma boa mãe e que tratava bem os filhos, não são capazes de elidir a prova produzida pela acusação.

É essencial registrar, ainda, que a morte da vítima decorreu diretamente dos maus-tratos — agressões — que motivaram a sua internação (três lesões cranianas — laudo de fls. 9/16).

O art. 13 do CP determina que todo o evento que concorre para a produção do resultado lesivo é causa; adotando, assim, a chamada teoria da equivalência dos antecedentes, pela qual tudo o que contribui para o resultado é causa.

Julio Fabbrini Mirabete leciona:

“Não se distingue entre causa (aquilo que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos, seja positivamente a título de instrumento ou meio, seja negativamente, afastando os obstáculos). As forças concorrentes equivalem-se e sem uma delas o fato não teria ocorrido (*conditio sine qua non*). Todos os fatos que concorrem para a eclosão do evento devem ser considerados causa destes. Basta que a ação tenha sido condição para o resultado, mesmo que tenham concorrido para o evento outros fatos, a ação é causa, e o agente é causador dele”.

E complementa:

“Para que se possa reconhecer se a condição é causa do resultado, utiliza-se o processo hipotético de eliminação, segundo o qual causa é todo antecedente que não pode ser suprimido in mente sem afetar o resultado” (Manual de Direito Penal, 15ª ed., SP, Atlas, vol. 1, 1999, pág. 111).

E arremata:

“Não se elimina a relação de causalidade pela existência de uma concausa (preexistente, concomitante ou superveniente) (op. cit., pág. 111).

In casu, verifica-se que, suprimidas as agressões (maus-tratos) efetuadas pela apelada contra a vítima, ela não seria internada, não existiriam complicações e nem o óbito, restando claro, portanto, que a morte da vítima decorreu diretamente dos maus-tratos perpetrados pela agente.

O delito é qualificado porque a vítima morreu (laudo de fls. 9 e 10) em razão dos maus-tratos sofridos, conforme preceitua o § 2º do art. 136, bem como incide sobre ele a causa especial de aumento de pena do § 3º já que a vítima tinha apenas 4 meses de vida (certidão de nascimento de fls. 18).

É necessário consignar que o réu não se defende da capitulação dada pelo Promotor na denúncia, mas sim dos fatos nela descritos. In casu, o delito é qualificado pelo resultado (morte); obviamente que esse resultado não era querido pela autora dos fatos, porque se assim o fosse o delito perpetrado seria homicídio doloso e não maus-tratos. Houve preterdolo. A agente queria maltratar mas se excedeu e acabou causando a morte da vítima.

Como o próprio tipo descrito no art. 136 do CP estatui que em havendo resultado-morte a pena passa de detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano ou multa, para reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, fica claro o equívoco na capitulação feita na denúncia; porque o resultado, morte da vítima, não constitui delito autônomo

(art. 121, § 3º, do CP). Mas tão-somente a qualificadora prevista no próprio tipo penal violado.

Assim, em constituindo a morte da vítima qualificadora do crime de maus-tratos, não há que se falar em infringência ao § 3º do art. 121 do CP, como infração autônoma.

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a mãe que agride imoderadamente o seu filho, causando-lhe, por diversas vezes, lesões corporais e, por fim, a morte, comete o delito de maus-tratos qualificado.

Já se decidiu:

“Crime de maus-tratos — Infilção de castigos físicos imoderados — Morte superveniente — Infração ao art. 136, § 2º, do CP, tipificada — Condenação mantida — A infilção de castigos físicos imoderados, por parte da mãe e padrasto da menor que, em decorrência, vem a falecer, tipifica o crime de maus-tratos qualificado pela morte” (Apelação Criminal n. 23.520, da comarca de Biguaçu, rel. Tycho Brahe).

Dessa forma, comprovadas nos autos a materialidade e a autoria delitiva, a condenação da apelada nas penas do art. 136, §§ 2º e 3º, do CP é medida que se impõe.

Passa-se à aplicação da pena.

A culpabilidade da agente é acentuada, pois esta tinha, na condição de “mãe”, o dever de zelar pela integridade física da vítima; e em vez disso a expôs a maus-tratos que culminaram na sua morte. Os antecedentes não a desabonam. A sua conduta social também. A sua personalidade, pelo que se colhe dos autos, demonstra-se deturpada, uma vez que não é

aceitável o tratamento dispensado pela acusada aos seus filhos (relato de agressões a que submetia as filhas e a vítima). Os motivos não foram cabalmente esclarecidos, mas ao que tudo indica, o delito decorreu do destempero e má-formação da agente que covardemente agredia um bebê de quatro meses de vida. As circunstâncias do crime são aterrorizantes, pois um nenê, de apenas 4 meses, foi por diversas vezes agredido, física e mentalmente, vindo a falecer por poli-traumatismo craniano provocado pela acusada, pelo simples fato de existir. O comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do crime.

Assim, analisadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixa-se a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão.

Na segunda fase não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Na terceira fase a pena é aumentada de 1/3 porque o crime foi praticado contra criança, na forma do § 3º do art. 136 do CP, tornando-se definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Do crime contra o estado de filiação

A materialidade e autoria delitivas estão demonstradas nos autos pela certidão de nascimento de fls. 18, confissão dos apelados e pela prova oral produzida.

A prova amealhada durante a instrução processual é uníssona e demonstra claramente a infringência do art. 242 do CP, in verbis:

“Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

“Pena — reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

“Parágrafo único. Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

“Pena — detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena”.

O crime do art. 242 do CP na modalidade de registrar como seu o filho de outrem restou configurado no momento em que os réus, sabedores que eram de que J. B. não era seu filho, compareceram ao Cartório de Registro Civil e, utilizando-se de amigos como testemunhas, realizaram o registro do menino como se fosse filho do casal. Esses fatos são incontroversos nos autos, tanto que foram admitidos desde o início pela própria defesa.

No que concerne ao objeto do recurso ministerial, que foi a concessão do perdão judicial aos recorridos, ante o suposto motivo de reconhecida nobreza que tiveram ao acolher a vítima, não se vislumbra na ação perpetrada a sua ocorrência.

O motivo de reconhecida nobreza para que seja admitido tem de ser provado pelo agente, consoante a regra estabelecida no Código de Processo Penal sobre a repartição do ônus da prova.

A primeira parte do art. 156 do CPP estabelece que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer...”.

Damásio E. de Jesus assevera a respeito do ônus da prova ao co-

mentar o citado dispositivo legal que “em processo penal, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. É a regra contida na primeira parte da disposição. Assim, a prova deve ser feita por quem alega o fato, a causa ou a circunstância” (Código de Processo Penal Anotado, 17ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000).

Dessa forma, caberia aos apelados o ônus de comprovar o motivo de reconhecida nobreza alegada, o que não ocorreu no presente caso.

A prova dos autos demonstra que Marcos e Constancia, sabe-se lá por que, registraram em seu nome um menino de poucos dias de vida e, a partir de então, a apelada passou a maltratá-lo constantemente.

É difícil visualizar nessas circunstâncias qual seria a generosidade, o desprendimento, a humanidade, a solidariedade... que teria motivado o registro; isso por que a criança era, conforme relatado pelas testemunhas, mordida, sacudida violentamente, humilhada e agredida pela apelada.

Assim, é impossível reconhecer qualquer motivação nobre na atitude dos apelados que, desde o início, ao que parece, desejavam, na realidade, não um filho, mas sim um objeto para que pudessem extravasar todas as frustrações e ressentimentos que tinham da vida.

Por tais razões, revoga-se o perdão judicial concedido aos apelados e passa-se à aplicação da pena.

Marco Antônio Paladino

A culpabilidade é normal, o agente é maior e capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta, bem co-

mo de determinar-se de acordo com esse entendimento. Os antecedentes não o desabonam. A sua conduta social é boa. A sua personalidade, pelo que se colhe dos autos, também é normal, salvo o fato de ser totalmente omissivo quanto às agressões que a sua esposa praticava contra J. B. Os motivos não revelam a necessidade de exacerbação da pena-base. As circunstâncias do crime não podem ser tidas como normais, pois J. B. foi, por todo o período em que esteve em companhia de Marcos e sua esposa, exposto a diversos tipos de agressões. O comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do crime.

Levando-se em consideração as circunstâncias judiciais do art. 59, ora analisadas, fixa-se a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão.

Na segunda fase reconhece-se a atenuante da confissão, mas deixa-se de realizar qualquer redução porque a pena-base já fora fixada no mínimo legal, motivo pelo qual torno definitiva a reprimenda em 2 (dois) anos de reclusão ante a ausência de quaisquer outras circunstâncias modificadoras.

O regime inicial para o cumprimento da pena é o aberto, na forma do art. 33 do CP.

O apenado faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que preenche os requisitos objetivos e subjetivos para concessão do benefício, motivo pelo qual substitui-se a pena corporal por 2 (duas) restritivas, consistentes em prestação pecuniária de 5 (cinco) salários mínimos destinados a uma instituição que abrigue meno-

res abandonados, a ser definida pelo Juiz da execução, e limitação de final de semana.

Constancia Maria Bueno Paladino

A culpabilidade da agente quanto a este delito é normal. Os antecedentes não a desabonam. A sua conduta social é boa. A sua personalidade, pelo que se colhe dos autos, demonstra-se deturpada, uma vez que não é aceitável o tratamento dispensado pela acusada aos seus filhos (relato de agressões a que submetia as filhas e a vítima). Os motivos não são nobres, mas também não servem para exacerbar a reprimenda. As circunstâncias do crime não podem ser tidas como normais, pois J. B. foi, por todo o período em que esteve em companhia de Constancia e seu marido, exposto a diversos tipos de agressões. O comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do crime.

Assim, após a análise detida das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, fixa-se a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão.

Na segunda fase reconhece-se a atenuante da confissão, mas deixa-se de realizar qualquer redução porque a pena-base já fora fixada no mínimo legal, motivo pelo qual torno definitiva a reprimenda em 2 (dois) anos de reclusão, ante a ausência de quaisquer outras circunstâncias modificadoras.

As penas aplicadas a Constancia pelos delitos dos arts. 136, §§ 2º e 3º, e 242, ambos do CP, devem ser somadas, na forma do art. 69 do mes-

mo diploma legal, totalizando 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

O regime inicial para o cumprimento da pena é o semi-aberto, na forma do art. 33 do CP.

É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como a concessão do sursis, em face ao quantum da pena (sete anos e quatro meses), conforme o disposto nos arts. 44 e 77 do CP.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para condenar Constancia Maria Bueno Paladino à pena de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semi-aberto, por infração aos arts. 136, §§ 2º e 3º, e 242, ambos do CP, e Marco Antônio Paladino à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em uma de prestação pecuniária de 5 (cinco) salários mínimos destinados a uma instituição que abrigue menores abandonados, a ser definida pelo Juiz da execução, e uma de limitação de final de semana.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Souza Varella e Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 28 de novembro de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente para o acórdão;
Genésio Nolli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.007876-0, DE ITAJAÍ**Relator: Des. Jorge Mussi**

Ação penal — Lesões corporais de natureza grave (art. 129, § 1º, III, do CP) — Suspensão condicional do processo — Vítima que, extrajudicialmente, não aceitou o valor proposto pelo réu para a reparação do dano por ela sofrido (art. 89, § 1º, da Lei n. 9.099/95) — Audiência de proposição do benefício não efetuada — Montante que deve ser fixado pelo juiz — Pretensões do ofendido que não têm o condão de impedir o acordo — Possibilidade de complementação do montante indenizatório no juízo cível — Violação ao direito subjetivo do acusado patenteada — Conversão do julgamento em diligência para que seja efetuada a audiência para os fins do art. 89 da Lei n. 9.099/95 — Não conhecimento do apelo por ora.

É o juiz quem fixa o montante devido para a reparação dos danos porventura sofridos pela vítima, quando da audiência preconizada no art. 89 da Lei n. 9.099/95. Certo que pode tal valor ser estipulado de acordo com os anseios e expectativas do ofendido, mas jamais ser por ele determinado e, assim, levado em conta para obstaculizar a realização da audiência para proposição da suspensão condicional do processo, direito subjetivo do réu, quando preenchidos os pressupostos legais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.007876-0, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que é apelante Eduardo dos Santos, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, converter o julgamento em diligência.

Custas legais.

1 — Na comarca de Itajaí (1ª Vara Criminal), Eduardo dos Santos, vulgo "Dado", foi denunciado como incurso nas sanções do art. 129, § 1º, inciso III, do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória de fls. 2 e 3:

"No dia 22 de agosto de 1998, na Rua Anastácio do Nascimento, bairro São Vicente, nesta Cidade e Comarca, o denunciado Eduardo dos Santos juntamente com o seu pai, Afonso Arlindo dos Santos, participavam de um campeonato de sinuca no Bar Las Vegas, quando adentrou naquele recinto a vítima Emerson Patrício que, em estado de embriaguez, passou a se intrometer no jogo, além de provocar Afonso Arlindo dos Santos por meio de palavras de baixo calão.

"Por estar perturbando o jogo, a vítima foi levada para a cozinha daquele local, porém retornou e novamente passou a discutir com Afonso Arlindo dos Santos, momento em que

o denunciado Eduardo dos Santos acertou seu rosto com um copo de cerveja, causando-lhe a perda da visão do olho direito, constituindo-se este fato em debilidade permanente de função”.

Naquela mesma oportunidade, foi formulada proposta de suspensão do processo, com fulcro no art. 89 da Lei n. 9.099/95, com as condições do § 1º, incisos I, II, III e IV, da legislação específica, que acabou inexitosa (termo de audiência de fl. 21 e alegações finais — fl. 41).

O ofendido, por meio de procuração legal, requereu a sua admissão ao feito como assistente da acusação, o que foi deferido pelo Juízo a quo (fl. 34).

Concluída a instrução criminal, Eduardo dos Santos restou condenado ao cumprimento da pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, substituída pela restritiva de direitos de prestação pecuniária, no valor de 5 (cinco) salários mínimos; não sendo cumprida a prestação pecuniária, concedeu-lhe o sursis, pelo prazo de 2 (dois) anos, tudo por infração ao art. 129, § 1º, inciso III, do Estatuto Repressivo.

Inconformado com a decisão prolatada Eduardo dos Santos recorreu, tempestivamente, pretendendo a sua absolvição, alegando que não há provas suficientes nos autos para decretar um edito condenatório, porquanto não restou comprovada a sua culpabilidade no evento denunciado, eis que não tinha a intenção de ferir a vítima, e que tudo não passou de um acidente; asseverou também que agiu sob a égide da legítima defesa de seu pai, que estava indefeso (embriaga-

do), e que a vítima injustamente provocou-o, encontrando-se, então, em estado de violenta emoção, o que deu causa ao fato, sendo a vítima, por isso, a única culpada do evento, haja vista que por duas vezes foi retirada do local, para evitar novas discussões e mesmo assim insistiu no entrevero agredindo verbalmente sua família. Sustentou ainda que não houve excesso da sua parte, pois apenas repeliu as agressões feitas a sua família, agindo moderadamente. Em alternativa, requereu que a pena pecuniária seja parcelada mensalmente em meio salário mínimo, em face das suas precárias condições financeiras.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta Superior Instância, onde se manifestou a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu conhecimento e improvimento

É o relatório.

2 — Não pode o recurso defensivo aforado ser conhecido nesta oportunidade.

O delito pelo qual restou o apelante denunciado e ao final da instrução condenado — art. 129, § 1º, III, do CP — trata-se de crime em que a “pena mínima aplicável” é de 1 ano de reclusão, e com o advento da Lei n. 9.099/95, dispondo sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e que entrou em vigor na data de 26 de novembro do ano de 1995, estabeleceram-se novas normas que modificaram o procedimento de determinadas ações penais, inclusive da que trata sobre o delito sub judice.

O artigo 89 da mencionada lei dispõe que:

“Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a

um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.

Esse dispositivo, que versa sobre direito subjetivo do réu, é aplicável aos casos de infrações com pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano, o que ocorre na hipótese vertente, tanto que o Promotor de Justiça oficiante, Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes, quando do oferecimento da denúncia, expressamente assim se manifestou:

“Suspensão condicional do processo:

“Presentes os requisitos legais previstos no art. 89 da Lei n. 9.099/95, propõe o Ministério Público em favor do denunciado a suspensão condicional do processo, sob as condições previstas no § 1º, incisos I, II, III e IV, do mesmo dispositivo” (fl. 3).

Na seqüência, consoante consta do termo de deliberação em audiência de fl. 21, antes de ser interrogado o réu, “presentes o MM. Juiz de Direito, o representante do Ministério Público, o réu e seu advogado Adelenir Fernandes Martins, foi traduzida a proposta de suspensão condicional do processo lançada na denúncia. Surgiu a possibilidade de futura aceitação, contanto que ouvida a vítima a respeito de eventual pleito indenizatório, em atendimento ao disposto no artigo 89, § 1º, inciso I, da Lei n. 9.099/95. O Doutor defensor apresentará alegações preliminares e, quando

da ouvida do rol testemunhal da denúncia, inclusa a vítima, será realizada a tratativa para o efeito suspensivo do processo. (...)” (grifamos).

Procedida a oitiva das testemunhas de acusação, passou-se à fase do art. 499 do CPP, eis que nenhum testigo havia sido arrolado pela defesa, e, ausentes requerimentos das partes naquele sentido, seguiram-se as alegações finais da acusação, de seu assistente, e da defesa, sem qualquer referência por parte do representante do Ministério Público, Dr. Eduardo Mendonça Lima, do Assistente da Acusação, ou do Juízo Monocrático acerca da necessária designação de audiência para que fosse ao réu pessoalmente proposta a suspensão condicional do processo.

A defesa, contudo, não se omitiu quanto à situação, e assim se manifestou, sobre o tema, quando da apresentação das derradeiras alegações:

“O acusado foi interrogado, fl. 20v., e conforme termo de deliberação em audiência, fl. 21, foram feitas propostas pelo acusado para reparar o dano, mesmo o acusado sendo inocente, contudo a vítima não aceitou, sendo que a quantidade de dinheiro proposta pela vítima ultrapassa em muito as possibilidades financeiras do acusado, uma vez que o mesmo trabalha como montador de estruturas metálicas e percebe dois (2) salários mínimos por mês (doc. fl. 12)” (fl. 41).

A resposta da autoridade judiciária à questão, quando da prolação da sentença impugnada, está nestes termos consignada:

“Prima facie, incumbe ponderar que a proposta de suspensão condi-

cional do processo lançada na denúncia foi traduzida ao réu, ficando na pendência de deslinde quanto à reparação do dano. A defesa, em seu derradeiro pronunciamento, deixou claro que a suspensão referida acabou não se ultimando em razão da presença de impasse quanto à indenização pretendida, fora do alcance de pagamento do denunciado. Daí por que, tudo bem esclarecido, não se cogita de nulidade processual decorrente da supressão da fase processual, especificamente aquela consistente na tradução da proposta de suspensão condicional do processo" (fls. 47/48).

Certo que não se pode falar em nulidade processual no caso em tela, porquanto a suspensão condicional do processo, por se traduzir num direito subjetivo do réu, desde que preenchidas as condições legais para a sua concessão, pode ser proposta a qualquer momento processual, antes de transitada em julgado a sentença.

Da jurisprudência pátria, nesse sentido, tem-se o seguinte julgado:

"O Ministério Público não tem o dever de propor a suspensão do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, logo no oferecimento da denúncia ou antes do interrogatório, pois trata-se de prerrogativa do membro do Parquet, que deve estar convencido da oportunidade do benefício, podendo propô-lo no curso da ação penal quando mais elementos tenham vindo aos autos" (RT 756/682).

Nesse vértice, esta colenda Câmara já decidiu:

"Lei n. 9.099/95 — Suspensão condicional do processo (art. 89) — Condenação pelo delito disposto no art. 16 da Lei n. 6.368/76 — Proposta

ofertada pelo Ministério Público e aceita pela defesa quando das razões finais — Possibilidade durante o curso da ação — Direito subjetivo do réu — Decisão anulada para proporcionar a aplicação da lei mais benéfica" (Ap. Crim. n. 98.011631-7, de Balneário Camboriú, deste Relator, j. em 15/12/98).

Por outro lado, e como já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"A Lei n. 9.099/95 não é mero procedimento processual penal. Constitui sistema jurídico resultante do comando do art. 98 da Constituição da República. Reúne também normas penais mais favoráveis do que o Código Penal. Cumpre aplicá-las, por imperativo constitucional. (...) urge, todavia, abrir oportunidade para eventual aplicação da referida Lei" (REsp n. 143.519/RS, Sexta Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 7/4/98, publ. no DJU n. 87 de 11/5/98, pág. 165).

Necessário, então, que as ações em que se julgam estes tipos de infrações (em que a pena mínima não ultrapassa 1 ano), de médio potencial ofensivo, pode-se dizer, antes da prática de qualquer ato processual, seja oportunizada a possibilidade de proposição do benefício pelo Ministério Público, que deve se pronunciar sobre a aplicação imediata da suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei suso referida, e a de o réu e seu defensor aceitá-la, o que foi omitido no processamento do feito, ao entendimento de que acusado e vítima não teriam entrado em acordo quanto ao quantum a ser pago pelo

rêu para reparar o dano sofrido pelo ofendido.

Sabe-se que uma das condições para a suspensão condicional do processo, nos termos do § 1º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, é que o acusado repare o dano causado, salvo impossibilidade de o fazer.

Vê-se, à fl. 58, uma declaração juntada pela defesa dando conta de que Eduardo teve renda de R\$ 250,00 no mês de janeiro de 2000.

O deferimento do benefício, como se viu, ficou vinculado à reparação dos danos à vítima, que, entretanto, em conversações mantidas extraprocessualmente com o réu, não aceitou a soma que este lhe teria oferecido, o que, no sentir do Juízo processante, teria obstaculizado a realização da audiência para a aceitação, ou não, por Eduardo dos Santos, do benefício descrito no art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, ao tratar da participação da vítima nas tratativas para chegar-se a um quantum satisfatório para a reparação dos prejuízos havidos pelo ofendido, e que além de traduzir a devida repressão ao ilícito cometido pelo réu, deve ser favorecedor de sua ressocialização, assim comentam:

“Vítima: A Lei n. 9.099/95, ao traçar as diretrizes da suspensão condicional do processo, não determinou a intimação da vítima para vir a juízo no momento da conciliação, embora a reparação dos danos, como tantas vezes salientamos, esteja na base do modelo consensual de Justiça criminal. É uma das condições, aliás a pri-

meira, da suspensão condicional do processo (art. 89, § 1º, I)” (Juizados Especiais Criminais, RT, São Paulo, 1996, pág. 208).

E continuando, ressaltam:

“É bem verdade que não podemos transformar a Justiça criminal num market system. É bem verdade, de outro lado, que não podemos deixar a pretensão reparatória civil ‘perturbar’ o processo penal (preocupação essa de que se ocupa muito a doutrina portuguesa). Mas tudo isso não desaconselha a presença da vítima na audiência conciliatória da suspensão condicional do processo.

“Sem a presença da vítima no momento da conciliação, a determinação da reparação dos danos será apenas uma ‘condição’ legal e nada mais. Impossível será a medição no que concerne a esse conflito (civil). Não se saberá qual foi o dano, quanto é o prejuízo. A vítima não será sequer ‘vista’. Não conheceremos suas expectativas, suas ansiedades, suas pretensões.

“(…)”

“De qualquer modo, essa visão formalista (‘decisionista’) não há de necessariamente ser a única possível. Não podemos nos olvidar que a lei, acima de tudo, quis instituir (e instituiu) um novo paradigma de Justiça criminal, guiado pela informalidade, oralidade, celeridade, economia processual etc. (art. 2º). Partindo-se de tais pressupostos, nada impede que o juiz determine a intimação da vítima para comparecer à audiência especial de conciliação. Essa providência encontra base legal tanto no próprio espírito do modelo consensual de Justiça, como no art. 156 do CPP,

aplicado subsidiariamente” (ob. cit., págs. 208/209, grifamos).

Porém, como observam:

“A vítima, na audiência, não terá poder de impedir a conciliação, é verdade. Mas suas informações podem ser úteis para guiar o juiz no momento de fixar as condições da suspensão. De outra parte, essa aproximação entre o acusado e vítima pode resultar num acordo civil e extraprocessual sobre a reparação dos danos. Sairia a vítima da audiência com um título civil ou até mesmo com a indenização já paga, o que refletiria imediatamente, com afirmamos, na dosagem das condições. Em síntese, embora não exigida pela lei, é muito importante a presença da vítima na audiência conciliatória. E aqui está um ponto que moldará a atuação judicial: que pode ser formalista (puramente decisionista) ou ir em busca de uma verdadeira solução para o conflito humano que está na base de quase todos os delitos” (ob. cit., pág. 209, destacamos).

Da doutrina extrai-se ainda que é o juiz quem fixa o montante devido para a reparação dos danos porventura sofridos pela vítima, quando da audiência preconizada no art. 89 da Lei n. 9.099/95. Bem verdade que pode tal valor ser estipulado de acordo com os anseios e expectativas do ofendido, mas jamais ser por ele determinado e, assim, levado em conta para obstaculizar a realização da audiência para proposição da suspensão condicional do processo, direito subjetivo do réu, quando preenchidos os pressupostos legais, senão leia-se:

“Reparação do dano.

“O juiz deve fixar o seu valor e o prazo para sua efetivação, sem prejuízo da ação civil do ofendido para a complementação. A vítima não intervé, nada impedindo que o juiz a ouça a respeito do montante a ser fixado para efeito de reparação do dano” (Damásio E. de Jesus, Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1996, pág. 124).

Evidente, destarte, que a não realização da audiência para aceitação ou não do sursis processual pelo acusado, em razão da recusa da vítima em aceitar o montante por ele oferecido extrajudicialmente, prejudicou-o sobremaneira e ofendeu direito subjetivo seu de se ver agraciado com a benesse.

Assim, deve o caderno processual baixar à Comarca de origem, a fim de que o Juízo a quo designe data para a efetuação da audiência para os fins do art. 89 da Lei n. 9.099/95, com a presença facultativa da vítima.

Em caso de não aceitação das condições já propostas pelo Ministério Público, devem os autos retornar a este Tribunal, para apreciação e julgamento do recurso defensivo aforado.

3 — Diante do exposto, não se conhece, por ora, do apelo, determinando-se sejam os autos remetidos ao Juízo da 1ª Vara Criminal de Itajaí, a fim de que se realize a audiência preconizada no art. 89 da Lei n. 9.099/95, facultada a intimação da vítima para comparecer ao ato.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Torres Marques, e lavrou o parecer, pela

douta Procuradoria-Geral de Justiça, o
Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 29 de agosto de 2000.

Álvaro Wandelli,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.015051-7, DE CAÇADOR

Relator: Des. Jorge Mussi

Plantio de Cannabis Sativa Linneu (art. 12, § 1º, II, da Lei n. 6.368/76) — Crime impossível ante a ausência da comprovação pericial do princípio ativo da erva tóxica — Exame realizado dentro das formalidades legais e que restou positivo no tocante ao fato de ser a vegetação encontrada droga psicotrópica — Laudo definitivo atestando a presença do tetrahidrocannabinol da maconha — Absolvição afastada.

Crime contra a saúde pública — Apreensão de ínfima quantidade de pés da erva estupefaciente — Acusado que assumiu judicialmente a propriedade dos cânhamos alegando que se destinavam ao seu próprio consumo — Exame pericial positivo quanto à dependência toxicológica do réu em relação à referida substância — Inexistência de prova referente à destinação comercial do material tóxico — Conjugação do art. 12, § 1º, II, da Lei de Entorpecentes com o dispositivo menos grave — Desclassificação para a figura descrita no art. 16 da Lei n. 6.368/76 que se impõe — Interpretação analógica in bonam partem — Reconhecimento da semi-imputabilidade (art. 19, parágrafo único, da Lei Especial) — Recurso defensivo parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.015051-7, da comarca de Caçador (2ª Vara), em que é apelante Márcio Ruzza, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso defensivo para desclassificar o delito des-

crito no art. 12, § 1º, inciso II, para o constante no art. 16 c/c art. 19, parágrafo único, todos da Lei n. 6.368/76, fixando-se a reprimenda em 6 (seis) meses de detenção e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, cada qual no valor insculpido no art. 38 da mesma legislação, expedindo-se o competente alvará de soltura em favor do apelante se por al não estiver preso, em face do cumprimento integral da reprimenda.

Custas legais.

1 — Na comarca de Caçador (2ª Vara), Márcio Ruzza, vulgo “Baia-co”, foi denunciado por suposta infração ao art. 12, § 1º, inciso II, da Lei n. 6.368/76, porque, conforme explicita a exordial acusatória de fl. 3:

“Por volta do início de setembro de 1999, o denunciado Márcio Ruzza adquiriu sementes de maconha e decidiu efetuar uma plantação destinada a posterior venda a terceiras pessoas ou mesmo cessão gratuita a seus amigos, igualmente dependentes de tal estupefaciente, semeando o solo em terreno de propriedade de sua família — cujo endereço consta do preâmbulo da presente — e também recipientes menores (vasos).

“Porém, no dia 12 de novembro desse mesmo ano, por volta das 14h30min, policiais militares foram cientificados de que o denunciado efetivamente estaria cultivando planta destinada à preparação desse aludido entorpecente. Ao chegarem no local, os milicianos confirmaram a informação e lograram apreender 13 (treze) mudas da planta *Cannabis sativa* Linneu (conforme auto de fl. 13), com aproximadamente 40cm de comprimento cada uma, que produz substância tóxica conhecida por ‘maconha’, esta capaz de determinar dependência física e/ou psíquica”.

Concluída a persecução penal, a denúncia foi julgada procedente para condenar o acusado à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, negada qualquer substituição, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (art. 38 e §§ da Lei de Tóxicos), por infração ao dis-

posto no art. 12, § 1º, inciso II, da Lei n. 6.368/76, sendo-lhe negado o direito de apelar em liberdade.

Inconformado com o teor do decidido, o condenado recorreu, tempestivamente e com fundamento no art. 593, inciso I, do Código de Processo Penal, requerendo a absolvição, com espeque no art. 17 do Código Penal, alegando não existir provas nos autos de que as plantas apreendidas fossem efetivamente maconha ou ainda que contivessem o princípio ativo da “*Cannabis sativa*”, fundamental para classificá-las como entorpecentes. Alternativamente, requereu a desclassificação do delito para o artigo 16 da Lei de Tóxicos, argumentando que é dependente e que as plantas serviam para seu próprio consumo.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu conhecimento e improvemento.

É o relatório.

2 — Não merece acolhida a pretendida absolvição, baseada na ocorrência do crime impossível no termos do art. 17 do Código Penal, ao argumento de que não há prova suficiente de que as plantas apreendidas na propriedade do acusado continham o princípio ativo da *Cannabis Sativa* Linneu.

Ora, a figura denominada crime impossível, que na verdade é somente impossível e não crime, apenas se caracteriza quando a inidoneidade do meio ou do objeto se demonstrem como absolutas, ou seja, sem a mínima condição de aperfeiçoabilidade.

Segundo entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça,

“Diz-se que a impossibilidade é absoluta quando, nas condições verificadas, o crime de forma alguma poderia consumir-se. Diz-se relativa, quando, a despeito de não ter havido consumação, esta não era de todo impraticável. No que se refere ao meio, tem-se que é absolutamente inidôneo quando não possui eficácia alguma para a consumação do objetivo criminoso. Quanto ao fim ou objeto, a imprópriedade é absoluta se o objeto da infração não existe ou lhe falta alguma qualidade indispensável para constituir-se o delito’ (Basileu Garcia, Instituições, vol. I, tomo I)” (RSTJ 75/416).

A doutrina ainda explica:

“Crime impossível é aquele em que o agente quer cometer fato penalmente proibido e emprega na sua execução meio absolutamente ineficaz ou objeto também absolutamente impróprio para a sua consumação.

“(…).

“É necessário que o meio empregado tenha absoluta incapacidade de causar o dano pretendido pelo autor do fato. Não basta, pois, a relativa incapacidade” (Odin Índio do Brasil Americano, in Manual de Direito Penal, São Paulo, Saraiva, vol. 1, pág. 236).

Julio Fabbrini Mirabete a respeito do crime impossível preleciona:

“O crime impossível, também denominado de tentativa impossível, tentativa inidônea, tentativa inadequada e quase crime, em que o agente, de forma alguma, conseguiria chegar à consumação, motivo pelo qual a lei deixa de responsabilizá-lo pelos atos praticados, apresenta-se em duas espécies diferentes: pela ineficácia absoluta do meio e pela absoluta impro-

priedade do objeto. Na primeira hipótese, em que há ineficácia absoluta do meio empregado pelo agente, o meio é totalmente ineficaz, inidôneo, inadequado para que o sujeito obtenha o resultado. Não exclui a possibilidade de tentativa, respondendo o agente por ela, quando o meio é relativamente ineficaz, ou seja, quando há uma mínima possibilidade de atingir o resultado. A inidoneidade do meio deve ser perquerida no caso concreto, já que um meio pode ser ineficaz em determinadas situações e possível de eficácia em outras, em que se incluem as condições pessoais da vítima” (in Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, págs. 160/1).

E a jurisprudência tem assentado que:

“Crime impossível é aquele que se caracteriza pela ineficácia absoluta do meio utilizado ou pela absoluta imprópriedade do objeto, de modo a tornar impossível a concretização do resultado lesivo e, portanto, a consumação do crime” (RJD 7/175).

Como visto não é a hipótese dos autos a de crime impossível como apontado pela defesa do apelante. In casu, o Instituto de Análises Laboratoriais da Diretoria de Polícia Técnico-Científica da Delegacia Geral de Polícia Civil, da Secretaria de Segurança Pública do Estado, realizou a devida pesquisa nas plantas apreendidas, em que se constatou que os vegetais eram da família das “Moráceas”, as quais submetidas a processos extrativos com solventes apropriados, verificou-se “Cromotografia em camada delgada sílica gel G. Merck; constatando-se a presença do princípio ati-

vo tetrahidrocannabinol da maconha" (fl. 54).

As respostas dos requisitos ficou consignado que o material analisado é "erva *Cannabis sativa* Linneu, conhecida popularmente como maconha" (fl. 54). Finalizando a pesquisa, o laudo traz que "A espécie vegetal *Cannabis Sativa* Linneu (maconha) é droga psicotrópica, podendo causar dependência física e/ou psíquica, estando seu uso proibido em todo o território nacional, de acordo com a portaria n. 344, de doze (12) de maio de mil novecentos e noventa e oito (1998), da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde" (fl. 55). Em anexo, consta a reprodução de cromatografia em sílica realizada (fl. 56).

Portanto, inviável acolher-se a tese defensiva que acoimou o Laudo Pericial n. 5.356/99 de inconclusivo quanto ao princípio ativo das plantas apreendidas, exame, aliás, realizado por dois experts devidamente qualificados, uma Técnica Criminalística e um Químico, os quais bem concluíram que a vegetação encontrada na propriedade do recorrente tratava-se da erva vulgarmente conhecida como maconha.

Sobre o mesmo tema cita-se o seguinte julgado catarinense:

"Crime contra a saúde pública. Maconha. Laudo pericial firmado por experts. Termo de compromisso. Desnecessidade. Princípio ativo do THC. Falta. Alegação despicienda (...).

"(...).

"Não há falar em crime impossível, por falta do princípio ativo do tetrahidrocannabinol da maconha, se o laudo, taxativamente, constatou a presença do mesmo "(...)" (Ap. Crim. n.

23.733, de Balneário Camboriú, rel. Des. Tycho Brahe).

Dessa forma, cai por terra o pleito absolutório sustentado na ocorrência do crime impossível.

3 — Por outro lado, reparo merece o decisum que condenou o acusado na figura descrita no art. 12, § 1º, inciso II, da Lei de Entorpecentes, devendo ser desclassificada a conduta tipificada na sentença para o crime disposto no art. 16 da Lei n. 6.368/76, eis que do contido no processado esta é a hipótese que se adapta com maior justeza ao caso em testilha.

Por tudo que se vê dos autos, não resta qualquer dúvida de que o material estupefaciente apreendido em poder do réu, ou seja, os 13 (treze) pés de maconha plantados na sua propriedade tinham como destino o consumo próprio.

Os policiais que efetuaram a sua prisão em flagrante nada relataram a respeito da mercancia, acrescentando que tinham conhecimento de que o réu era usuário da substância entorpecente (fls. 6 a 9); fato que confirmaram no contraditório (fls. 69 e 70).

Na fase administrativa o réu negou que tivesse efetuado a dita plantação, aduzindo que é consumidor de drogas, inclusive maconha (fls. 10 e 11), porém, em Juízo, confessou que "plantou a maconha nos fundos de sua residência para o seu consumo; que não tinha a intenção de entregar a droga para terceiros ou vender o produto da plantação", acrescentando que é dependente de drogas (fl. 50). Sua mãe confirmou, perante a autoridade policial, que Márcio era usuário de drogas desde os 13 (treze) anos de

idade (fl. 32); versão corroborada pelo depoimento de seu irmão, também na fase investigatória e judicial (fls. 33 e 63). Levado a exame pericial foi constatada a sua dependência na referida substância estupefaciente (fl. 16 dos autos apensados).

E mesmo diante desses elementos constantes nos autos o Juízo a quo, entendendo que a só plantação da erva tóxica que era de propriedade do acusado caracterizava o crime denunciado, decidiu que a sua conduta não poderia ser desclassificada para a figura disposta no art. 16 da Lei n. 6.368/76, amparado no fato de que o tipo descrito no art. 12, § 1º, inciso II, ou seja, semear, cultivar ou fazer colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou substância que determina dependência física ou psíquica, não tem qualquer similitude com os núcleos trazidos por aquele primeiro dispositivo, pouco importando, então, qual o destino dado ao material tóxico.

Porém, a questão que ronda o caso sub judice é a admissão ou não de interpretação analógica *in bonam partem*, haja vista os divergentes e controversos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Isso se dá diante da perfeita razoabilidade de que alguém colha, cultive e semeie plantas destinadas ao preparo de entorpecente para fins de uso próprio.

Azevedo Francheschini, in *Tóxicos*, asseverou que "tratando-se de pequena plantação, destinada ao preparo de entorpecente apenas para uso próprio e não para tráfico, embora os verbos 'colher', 'cultivar' e 'semear' não constem explicitamente do art. 16 da Lei n. 6.368/76, admissível por in-

terpretação analógica *in bonam partem*, a condenação por este dispositivo em lugar da aplicação do art. 12, § 1º, II, do mesmo diploma" (São Paulo, Eud, pág. 119).

Assim inclina-se a jurisprudência do Estado de São Paulo, veja-se:

"Entorpecente — Semeadura, cultivo ou colheita de planta destinada à sua preparação — Pequena plantação mantida pelo acusado sem propósito de tráfico ou mercancia — Conduta enquadrável no art. 16 c/c art. 12, § 1º, II, da Lei n. 6.368/76, por interpretação analógica *in bonam partem*" (RT 672/300).

In casu, não restam dúvidas quanto à existência de lacuna na lei e que, conforme se infere de diversos julgados, referido vácuo está superado pela construção jurisprudencial, leia-se:

"Entorpecente — Semeadura, cultivo ou colheita de planta destinada à sua preparação — Reduzida quantidade da droga a ser obtida, suficiente apenas para uso próprio — Conduta não tipificada na Lei n. 6.368/76, que, no art. 12, § 1º, II, liga-a ao fim de tráfico — Ação de caráter distinto que, se não pode ser equiparada àquela descrita no tipo de preceito sancionatório rigoroso, não deve ficar impune, em virtude do propósito de defesa social que marca a Lei Antitóxicos — Aplicação da analogia *in bonam partem*, desclassificando-se a conduta para o tipo do art. 16 (posse de entorpecente para uso próprio).

"Não existindo na Lei n. 6.368/76 norma que preveja semeadura, cultivo ou colheita para uso próprio de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou

psíquica, conduta prevista no art. 12, § 1º, II, com fim de tráfico, admite-se a aplicação da analogia in bonam partem para enquadrá-la no art. 16 da Lei (posse para uso próprio). A solução tem o duplo mérito de não conduzir à impunidade, realizando o propósito de defesa social que marca a Lei Antitóxicos, e de evitar a equiparação punitiva de fatos de índole substancialmente diversa, propiciando a realização de uma justiça mais perfeita" (RT 666/282 — vide também RT 635/353).

Do corpo do sensato acórdão extrai-se a seguinte explanação:

"Mas 'todo o sistema de Direito Positivo tem lacunas', assinalou Aníbal Bruno: 'Além disso, mesmo que uma sábia interpretação evolutiva distenda o sentido primitivo dos textos que regem determinados fatos para acomodá-los à transformação destes, não basta essa função para manter o sistema jurídico em condições de abranger com as suas normas todas as novas necessidades sociais. A vida, na sua evolução, se distancia do Direito legislado, ultrapassa-o e vai criar, assim, outras lacunas no sistema jurídico. Se novas leis não concorrerem a cobri-las, é ao juiz que cabe preenchê-las por meio do processo de analogia' (Direito Penal — parte geral, t. I/208).

"Existe a lacuna na lei e 'seria severidade desproporcional condenar-se nas penas do art. 12 o agente que cultivasse ou produzisse quantidade reduzida de droga, suficiente apenas para o seu uso próprio' — acentuou Celso Delmanto in Tóxicos, Ed. Saraiva, 1982, pág. 18)" (págs. 283/4).

É certo que há os entendimentos diametralmente opostos, calcados na condenação no delito mais gravoso (art. 12 da Lei n. 6.368/76), ou, ainda, no princípio nullum crimen, nulla poena sine lege (absolvição), o qual tem por base a segurança do réu, contudo, não se pode proibir a analogia nos casos favoráveis ao agente, isto é, que vêm em seu benefício.

O catedrático de Direito Penal da Universidade de Barcelona, Santiago Mir Puig, destacou:

"A interpretação é lícita ainda que resulte extensiva de delitos ou penas, ou restritivas de eximentes ou atenuantes. Com isto não se ultrapassa o limite da garantia representada pela letra da lei, porque toda a interpretação se move dentro deste limite (o 'sentido literal possível'). Em contrapartida, como a analogia ultrapassa essa fronteira, não será admissível que se prejudique o réu (analogia in malam partem). Quando favoreça o réu (analogia in bonam partem) não colidirá com o sentido garantidor que possui o texto legal: dito limite só colima garantir ao cidadão que não poderá ver-se atingido por uma pena que não esteja prevista pela letra da lei, e não que não poderá ser castigado mais brandamente ou, inclusive, ficar isento de pena se não prevê literalmente a lei. Sendo assim, parece lógico admitir a aplicação de um benefício legal para o réu quando sua situação seja análoga à que motiva o referido benefício" (in Derecho Penal, PPU, págs. 70/2).

Ora, não há coerência, dentro dos conceitos e princípios que norteiam a Justiça e o sistema repressor brasileiro, condenar um indivíduo à pena tão rigorosa de reclusão, em regime

integralmente fechado, admitindo-se que a sua conduta é equiparada aos ilícitos hediondos, se da sua ação não se vislumbra conseqüências danosas a quem quer que seja, a não ser a ele próprio.

E é seguindo esta sensatez que se colaciona a seguinte decisão do repertório Catarinense:

“Crime contra a saúde pública. Plantio de maconha (...).

“(…)”.

“Admissível a desclassificação do delito de plantio de maconha para o artigo 16, da mesma Lei Antitóxicos, por não haver prova de serem os réus traficantes” (JC 35/438, rel. Des. Rid Silva).

Extrai-se do citado acórdão a seguinte citação:

“‘Existe um claro na Lei n. 6.368, de 1976, que pode perfeitamente ser preenchido à custa de uma interpretação analógica favorável ao réu, conciliando-se as aparentes divergências entre os arts. 12 e 16, solução muito mais equânime do que, como se vem fazendo, sempre, obrigatoriamente punir-se alguém com o mínimo de três anos de reclusão desde que plante maconha, sejam em que circunstância for, objetividade que não se compadece com o estágio de evolução do Direito Penal moderno, franca e escancaradamente subjetiva’ (ver. Trib. 515/386)” (pág. 440).

Seguindo essa mesma orientação o Distrito Federal julgou caso semelhante ao dos autos em que foi ementado:

“Aquele que cultiva alguns poucos ‘pés de maconha’ em sua casa com o fim, inequivocamente provado,

de manutenção de seu vício, incide nas penas do art. 16 da Lei n. 6.368/76, por analogia in bonam partem” (rel. Hermenegildo Gonçalves, j. em 1º/10/1992).

Mas não é só. Recentíssimo julgado desta Corte de Justiça assim também decidiu, veja-se:

“Crime contra a saúde pública (...).

“Plantio de maconha — Uso próprio — Pleiteada a desclassificação para o delito previsto no art. 16 da Lei de Tóxicos — Provas que não induzem ao tráfico — Desclassificação concedida” (Ap. Crim. n. 00.009076-0, de Palhoça, rel. Des. Torres Marques, j. em 22/8/2000).

Também nessa alheta cita-se outra decisão do elenco Paulista:

“Não se pode enxergar tráfico de entorpecentes no plantio de poucos pés de maconha no quintal de uma moradia para uso próprio de quem ali habita” (RT 560/322).

Navegando nesse mesmo sentido colaciona-se decisum unânime da Primeira Câmara Criminal deste egrégio Tribunal:

“Por aplicação da analogia in bonam partem, correta é a decisão que condena quem planta dois arbustos de maconha no quintal de casa para, como efetivamente ficou comprovado, consumo próprio, nas disposições do art. 16 da Lei n. 6.368/76. Precedentes jurisprudenciais. Recurso desprovido” (Ap. Crim. n. 98.009261-2, de Papanduva, rel. Des. Genésio Nollí, j. em 8/9/98).

Nesse prisma também se sustentou o seguinte julgado:

“Crime contra a saúde pública. Entorpecente. Pequena plantação de maconha.

“Quem semeia, cultiva e colhe pequena quantidade de plantas destinadas ao preparo de entorpecentes para uso próprio, ou, inocorrendo qualquer indício de que assim procedera para o narcotráfico, pratica o delito do artigo 16 da Lei n. 6.368/76, malgrado tais condutas não constem explicitamente do referido artigo” (Ap. Crim. n. 33.878, de Joaçaba, rel. Des. José Roberge, j. em 20/11/95).

A gama de decisões nessa alheta não pára por aí, veja-se:

“Crime contra a saúde pública. Plantio de maconha, com prova indiciária estabelecendo que destinada a uso próprio. Pretendida negativa de autoria repelida. Provimento parcial dos apelos para desclassificar o crime para uso” (Ap. Crim. n. 98.127, de São Carlos, rel. Des. Rogério Lemos, j. em 24/4/92).

E por derradeiro, extrai-se:

“Crime contra a saúde pública — Posse de entorpecente — Plantas de maconha encontradas no quintal da casa do acusado — Pequena quantidade destinada para uso próprio — Desclassificação do delito de tráfico operada — Inteligência dos arts. 12 e 16 da Lei n. 6.368/76.

“É perfeitamente razoável que alguém colha, cultive ou semeie plantas destinadas ao preparo de entorpecentes para fins de uso próprio, caracterizando o delito de posse, ainda que tais condutas não constem explicitamente do art. 16 da Lei n. 6.368/76” (RT 623/291).

Pois bem. Na hipótese em questão, de acordo com o mister de que se levem em conta os parâmetros traçados no art. 37 da Lei n. 6.368/76, vê-se que o número de pés de maconha plantados pelo recorrente (13), forçosamente iriam resultar em pouca ou mínima substância entorpecente; o lugar onde foram encontrados, unidos à circunstância de que os próprios policiais disseram que o réu assumiu a propriedade do material tóxico e que era para o seu próprio consumo, o que se ficou sabendo por denúncia de seu próprio irmão; sendo o acusado viciado desde os 13 (treze) anos de idade, conhecido pelos policiais pela sua dependência, com HIV positivo; chega-se à conclusão de que não era a droga destinada ao tráfico, levando à evidência indisputável do porte e cultivo para seu uso.

Assim, cingindo-se a controvérsia tão-somente no tocante à adequação típica do fato, respeitando-se entendimentos contrários, defende-se a adoção da interpretação analógica in bonam partem, em face da hermenêutica teleológica que se dá ao espírito latente da Lei n. 6.368/76, a qual revela que o legislador quis punir com intensidades distintas o usuário de entorpecentes e as condutas caracterizadoras do narcotráfico. E diante do caso delineado não há como se fugir da desclassificação do tipo imputado para a figura descrita no art. 16 daquela legislação, razão pela qual merece reforma a sentença que o condenou no tipo mais grave.

Dessa forma, passa-se à dosimetria penal.

Analisadas as circunstâncias dispostas no art. 59 do Código Penal,

tendo-se como desfavoráveis em parte, como consubstanciado na decisão monocrática, fixa-se a pena-base um pouco acima do mínimo legal, ou seja, em 9 (nove) meses de detenção e no pagamento de 30 (trinta) dias-multa, cada qual no valor mínimo previsto no art. 38 da Lei n. 6.368/76.

Inexiste agravante ou atenuante a se considerar.

Ausente qualquer causa de especial aumento de reprimenda, presente, porém, a causa de especial diminuição da sanção disposta no art. 19, parágrafo único, da Lei de Entorpecentes, razão pela qual se minor a pena em 1/3 (um terço), restando definitiva em 6 (seis) meses de detenção e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, ante a falta de quaisquer outras circunstâncias a se computar.

Por outro lado, deixa-se de analisar qualquer possibilidade de substituição ou de concessão do sursis, bem como o regime prisional a ser fixado, haja vista o já cumprimento integral da reprimenda imposta.

4 — Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso defensivo para desclassificar o delito descrito no art. 12, § 1º, inciso II, para o constante no art. 16 c/c art. 19, parágrafo único, todos da Lei n. 6.368/76, fixando-se a reprimenda em 6 (seis) meses de detenção e no pagamento de 20 (vinte) dias-multa, cada qual no valor insculpido no art. 38 da mesma legislação, expedindo-se o competente alvará de soltura em favor do apelante se por al não estiver preso, em face do cumprimento integral da reprimenda.

Participaram do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, e com voto

vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 12 de setembro de 2000.

Álvaro Wandelli,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite:

Dissenti da douta maioria porque, tendo o apelante sido denunciado e condenado pela prática do delito descrito no artigo 12, § 1º, inciso II, da Lei n. 6.368/76, ou seja, por semear, cultivar, ou fazer a colheita de "plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica", não havendo previsão expressa sobre este fato na redação do artigo 16 da Lei de Tóxicos, é inviável a desclassificação pretendida, mesmo porque, para a caracterização do delito pelo qual foi condenado o embargante, é irrelevante o destino da droga plantada, cujo tipo se subsume no ato de plantar, cultivar e colher. Esta a corrente jurisprudencial mais adequada à espécie.

Sobre o assunto: "Agente que cultiva, em seu terreno, pés de maconha. Descabido deslizamento do tipo para o do art. 16 da Lei n. 6.368/76. Irrelevância sobre a destinação do produto, se para comércio ou uso próprio, em face da pequena quantidade da erva apreendida. Configuração do crime previsto no art. 12, § 1º, II, da Lei n. 6.368/76" (TJPR — AC — rel.

Eros Gradowski — RT 668/303). E mais: "Em tema de comércio clandestino de entorpecentes, o fato do agente semear e vir cultivando maconha, com plena consciência da ilicitude desse procedimento, por si só tipifica sua conduta. Não há indagar se ia ou não destinar a erva proibida a consumo" (TACrimSP — AC — rel. Franciulli Netto — j. 22/12/1977).

Consoante ensina Damásio E. de Jesus: "Não pretendendo deixar de punir diversas condutas que entendeu importantes, o legislador resolveu, nos §§ 1º e 2º do art. 12, descrevê-las separadamente. Como disse Eugênio Raúl Zaffaroni, o legislador, 'antes de tudo, está revelando um afã no sentido de não deixar alguma brecha na punibilidade: aquele que tenha algo que ver com um tóxico proibido, comete delito' (A legislação antidroga latino-americana: seus componentes de direito penal autoritário, RT 679/446 e 449).

"O tráfico de entorpecentes, decidiu o TJSP, 'é infração penal que se integra através de várias fases sucessivas, articuladas umas com as outras, desde a produção até sua entrega a consumo, com atos de comércio propriamente ditos, bem como os que lhe são preparatórios, acessórios e

complementares, e alguns até despidos de mercancia. Como seria extremamente difícil, para não se dizer praticamente impossível, apurar em conjunto e em sua integridade, todas as fases em que se desenvolve essa ação criminosa, contenta-se a lei, no esforço de combater as toxicomanias, em admitir que qualquer uma delas configura, por si só, delito contra a saúde pública' (El n. 3.573, RJTJSP 81/391). Assim, estão especificados os comportamentos referentes a: a) matéria-prima (§ 1º, I); b) cultivo (§ 1º, II); c) induzimento ou auxílio (§ 2º, I); d) utilização de lugar (§ 2º, II); e) contribuição (§ 2º, III)" (Lei Antitóxicos Anotada, Saraiva, 3ª ed., São Paulo, 1997, pág. 45).

O tipo, portanto, não exige que o sujeito seja traficante ou viciado, bastando o dolo de cultivo, vontade de semear, cuidar e colher, não sendo necessária nenhuma outra finalidade. Nesse sentido: RT 585/343. A conduta típica, portanto, é plantar, cultivar, a droga, o que, de forma incontestes, fazia o apelante, pelo que entendo que a condenação pelo delito descrito no artigo 12, § 1º, inciso II, da Lei n. 6.368/76, deva ser mantida.

Maurílio Moreira Leite.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.007950-2, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Francisco Borges

Roubo qualificado. Concurso de agentes. Depoimentos divergentes. Prova insuficiente. In dubio pro reo. Absolvição confirmada.

A condenação no processo criminal há de repousar na certeza do fato delituoso e da sua autoria. Se os elementos probatórios resu-

mem-se às declarações da suposta vítima, gerando incerteza, que equivale à ausência de prova, há de aplicar-se o princípio do in dubio pro reo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.007950-2, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelados Lourival Anísio Rocha Júnior e Jaime dos Santos:

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

Custas de lei.

Na comarca de Itajaí, o representante do Ministério Público denunciou Jaime dos Santos e Lourival Anísio Rocha Júnior como incursores nas sanções do art. 157, § 2º, II, do Estatuto Repressivo.

Extrai-se da peça inaugural:

“No dia 1º de março de 1999, por volta da 1h30min, na Rua Campos Novos, próximo da ponte pênsil, na localidade de Rio Bonito, Bairro São Vicente, nesta Cidade e Comarca, os denunciados Jaime dos Santos e Lourival Anísio Rocha Júnior abordaram a vítima Lourival Marquesi, logo afirmando ‘és tu mesmo!’. De imediato passaram a desferir socos e pontapés contra o ofendido, fazendo com que este empreendesse fuga e deixasse para trás sua bicicleta e sua carteira com documentos pessoais, que estava no bagageiro do veículo.

“Valendo-se da violência empregada, que reduziu a possibilidade de resistência de Lourival Marquesi, os denunciados, de comum acordo,

subtraíram a bicicleta de marca Ventura, de cor roxa e a carteira de documentos da vítima” (fls. 2/3).

Finda a instrução processual, sobreveio a sentença que julgou improcedente a denúncia, para absolver Jaime dos Santos e Lourival Anísio Rocha Júnior, com fundamento no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Irresignado, o Dr. Promotor de Justiça apelou, clamando pela reforma do decisum, para condenar os réus pelo delito descrito na denúncia.

Em contra-razões, os apelados rogaram pela manutenção da sentença guerreada.

Após, os autos alçaram a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Da análise do caderno processual, constata-se indemonstrada a materialidade delitiva por falta de elementos neste aspecto, ainda que não absolutamente essencial. Com efeito, nada foi registrado de consistente a respeito da prática criminal: inexistente termo de apreensão, a res furtiva não foi encontrada em poder dos acusados, nem mesmo foram verificadas eventuais lesões na vítima.

Pertinente à autoria, o acusado Lourival Anísio Rocha Júnior, nas duas oportunidades em que foi ouvido, negou com firmeza a autoria do ilícito (fls. 9 e 22v.). Por sua vez, o acusado Jaime dos Santos negou os fatos em

Juízo (fl. 23v.), mas na fase de inquérito, alegou:

“que na data de 1º/3/99, por volta da 1h30min, na localidade da Rua Campos Novos, Rio Bonito, o interrogado, juntamente com o outro elemento conhecido por Lourival Anísio Rocha Júnior, de alcunha ‘Nenê’, abordaram a vítima, agredindo-a com socos e pontapés, porque já tinham tido uma desavença anterior com a mesma; que, a vítima, amedrontada, saiu correndo, tendo o interrogado saído em seu encalço, mas não conseguiu alcançá-lo; que a vítima deixou para trás a sua bicicleta e sua carteira, que estava na garupa, contendo todos os seus documentos; que, o interrogando acha que ‘Nenê’ ficou com a bicicleta e a carteira da vítima, mas depois que o interrogando foi atrás da vítima não falou mais com aquele elemento” (fl. 8).

Quanto à vítima Lourival Marquesi, são perceptíveis as contradições existentes em seus depoimentos, em ambas as fases processuais, senão vejamos:

“...o declarante retornava de seu serviço, quando foi abordado por dois elementos que disseram ‘É tu mesmo’ e começaram a agredir a vítima com socos e pontapés, pegando a bicicleta do declarante; (...) que, após, o declarante empreendeu fuga, deixando para trás a sua bicicleta, bem como, sua carteira com todos os seus documentos a qual estava no bagageiro da bicicleta; que, um dos elementos ainda tentou alcançar o declarante” (fl. 7).

“que o informante ia para casa de bicicleta quando o acusado Jaime que reconhece presente na audiência

em companhia de outro elemento se aproximou do informante e disse ‘é esse mesmo’; que o informante diz que em seguida se agarraram e começaram a brigar, isto com o acusado Jaime; que o outro denunciado somente ficou olhando e nada disse e nada fez; que o informante largou a bicicleta e saiu correndo e viu quando o outro acusado pegou a bicicleta e foi embora; que o acusado Jaime deu umas lambadas nas costas do informante para pegar a bicicleta; que nenhum dos dois acusados deu socos e pontapés no informante; (...) que o informante também notou que quando o outro acusado saiu com a bicicleta o denunciado Jaime saiu junto” (fl. 30v.).

A contradição nas declarações prestadas pela vítima evidencia-se principalmente quando, primeiro, afirmou que houve luta corporal com os acusados e, depois, disse que nenhum dos dois deu socos ou pontapés.

A par disso, não há elementos mínimos que permitam vislumbrar a participação dos agentes no crime que lhes é imputado. A acusação escora-se nos limitados depoimentos dos agentes, negando a autoria delitiva, e nas declarações da vítima, flagrantemente divergentes entre si.

É de se ressaltar, ainda, que em crimes contra o patrimônio, geralmente cometidos na clandestinidade, a palavra da vítima, embora contenha forte elemento probatório, há de encontrar-se roborada por outros elementos. Nesse caso, as palavras da vítima, além de controversas, encontram-se isoladas nos autos.

Camargo Aranha preleciona a respeito da prova:

“A sentença condenatória criminal somente pode vir fundada em provas que conduzam a uma certeza. Até mesmo a alta probabilidade servirá como fundamento absolutório, pois teríamos tão-só um Juízo de incerteza que nada mais representa que não a dúvida quanto à realidade” (Da Prova no Processo Penal, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1994, pág. 64).

Entende esta egrégia Corte:

“A condenação exige demonstração segura da autoria e da materialidade da infração penal. Havendo incerteza, o que equivale à ausência de prova, aplica-se o clássico princípio in dubio pro reo” (Ap. Crim. n. 97.015243-4, da Capital, rel. Des. Paulo Gallotti, DJ de 1º/12/98).

No mesmo norte:

“No processo criminal, máxima para condenação, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algebrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquele; e não pode, portanto, ser a certeza subjetiva, formada na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio” (Ap. Crim. n. 29.991, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 9/9/93).

E mais:

“Para prolação de decreto condenatório em processo crime, a autoria

deve estar certa, evidente, categoricamente segura e indiscutível. Havendo dúvidas, não basta para condenação, que exige certeza, a dilatada probabilidade no espírito do julgador, porquanto o princípio do livre convencimento acaba por se afeiçoar em arbítrio” (Ap. Crim. n. 98.003459-0, de Criciúma, rel. Des. Jorge Mussi, DJ de 13/7/98).

Por fim:

“Furto qualificado — Concurso de agentes — Prova duvidosa — Absolvição.

“Para a condenação exige-se a certeza, não bastando, sequer, a alta probabilidade, que é apenas um juízo de incerteza em nossa mente em torno à existência de certa realidade” (Ap. Crim. n. 96.002152-3, de Chapecó, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 24/6/96).

Devido à presença de meros indícios conflitantes, aliada à falta de prova material, a absolvição é a medida que se impõe.

Por esses fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nilton Macedo Machado e Nelson Schaefer Martins. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 29 de agosto de 2000.

Francisco Borges,
Presidente para o acórdão e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.008222-9, DE XANXERÊ**Relator: Des. Souza Varella**

Furto qualificado pelo arrombamento — Princípio da bagatela — Agente de maus antecedentes — Inaplicabilidade — Condenação mantida — Arrombamento — Falta de exame pericial — Qualificadora rejeitada — Recurso parcialmente provido.

É imprescindível ao reconhecimento, em tema de furto, da qualificadora do rompimento de obstáculo, a realização de exame pericial, não sendo este suprido pelo simples auto de verificação e descrição do local do delito assinado pela autoridade policial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.008222-9, da comarca de Xanxerê (2ª Vara), em que é apelante Gilmar Rogofki, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para excluir a qualificadora do arrombamento.

Custas ex lege.

Na comarca de Xanxerê (2ª Vara), Gilmar Rogofki foi condenado à pena de 2 (dois) e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, por infração ao artigo 155, § 4º, I, do Código Penal porque, em data de 16/2/1996, por volta das 5 horas da manhã, utilizando-se de um pedaço de pau, quebrou o vidro frontal direito da Pizzaria Chopen e subtraiu para si, do estabelecimento comercial, vários carteiras de cigarro.

Irresignada, a ilustre defesa apelou objetivando a absolvição ou a redução da reprimenda.

Contra-arrazoados, os autos subiram e, nesta Instância, a douta

Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento em parte do recurso, apenas para reduzir a pena-base aplicada.

No que pertine à pretendida absolvição calcada no reconhecimento do furto de bagatela, dado o pequeno valor da res furtiva, constata-se, pelas certidões de antecedentes do acusado (fl. 35), que este é voltado para práticas criminosas, especialmente as que dizem respeito ao patrimônio alheio.

Ora, é manifesto na jurisprudência que “Não se pode aplicar o denominado princípio da ‘bagatela’ ou da ‘insignificância’ à tentativa de furto simples, assim considerada porque realizada mediante arrombamento sem a devida comprovação e que, causando transtorno à vítima, foi praticada por agente de maus antecedentes e reincidente” (Ap. Crim. n. 96.008215-8, de Palhoça, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Todavia, o recurso merece provimento parcial para excluir a qualificadora do arrombamento porque consta nos autos somente um auto de verificação e descrição do local do de-

lito, sem o adinículo de perícia técnica.

E como já se proclamou que o inquérito policial se constitui em peça meramente informativa, tornou-se pacífico na jurisprudência, em casos que tais, a indispensabilidade do exame pericial realizado na forma prevista em lei a dar cunhos de certeza quanto à ocorrência da qualificadora denunciada.

Destaque-se: “A falta de exame técnico-pericial impede o reconhecimento da qualificadora do arrombamento, falta esta que não se considera suprida com confissão do acusado e nem com auto de verificação e descrição do local do delito procedido pelo Delegado de Polícia e assinado por pessoas que não se sabe se peritos oficiais ou leigos, estes, não compromissados” (JC, vol. 40/509).

Na mesma linha os julgados insertos in Jurisprudência Catarinense, vols. 45/468; 50/376; 55/445.

Desse entendimento não discrepa o Tribunal de Alçada paulista: “Para a caracterização da qualificadora de rompimento de obstáculo, em caso de furto, é necessário a realização de

perícia, que não pode ser substituída por simples auto de levantamento do local” (JUTACrim, vol. 84/319).

Por essas razões, a Câmara, unanimemente, dá provimento parcial ao recurso para, excluída a qualificadora do arrombamento, fixar a pena-base em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, diminuída em dois meses pelas atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, totalizando-se em 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa mantidas no mais as demais cominações da sentença.

Presidiu a sessão de julgamento, com voto vencedor, o Des. Genésio Nolli, e dela participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 16 de maio de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente para o acórdão;
Souza Varella,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.000379-4, DA CAPITAL

Relator: Des. Souza Varella

Apelação criminal — Roubo — Recursos objetivando a absolvição ou redução da pena, de um, e a absolvição do outro, por insuficiência de provas — Palavras das vítimas corroboradas pela confissão de um dos réus — Provas suficientes para sustentar a condenação.

Recursos desprovidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.000379-4, da comarca da Capital (4ª Vara), em que são apelantes Adriano Murilo Nascimento e Renato Adão, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas legais.

Renato Adão e Adriano Murilo Nascimento foram condenados, cada qual, à pena de 6 (seis) anos e 6 (seis) dias de reclusão, em regime semi-aberto, e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, ambos por infração ao artigo 157, § 2º, I e II, c/c o artigo 71 do Código Penal.

Inconformados, apelaram, pretendendo, o primeiro, a absolvição ou, alternativamente, a redução da pena e, o segundo, a absolvição, por insuficiência de provas.

Contra-arrazoados, os autos subiram e, nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso.

Impossível acolher-se as pretensões defensivas.

De fato, com relação ao primeiro apelante, Renato Adão, constata-se que o conjunto probatório é farto e consistente, quer pela sua confissão na fase policial e em Juízo, como também pelos depoimentos das próprias vítimas que o reconheceram, sendo suficiente para sustentar uma condenação.

Realmente, o acusado confessou com riqueza de detalhes toda a ação delituosa praticada por ele e seu

comparsa, conforme se extrai das suas declarações de fl. 50: "...que no dia dos fatos no começo da noite resolveram promover um assalto eis que precisavam arrumar algum dinheiro e o Adriano estava armado com um revólver calibre 32; que no Aterro da Baía Sul assaltaram primeiramente um rapaz, porém esse não tinha nada e posteriormente resolveram assaltar uma moça enquanto Adriano 'calçava' as vítimas no revólver o declarante se dispunha a despojá-los dos seus pertences...".

As referidas vítimas reconheceram pessoalmente, na delegacia, o acusado e, como é sabido, crimes desta espécie são quase sempre praticados sem a presença de testemunhas, sendo que a palavra da vítima com o conseqüente reconhecimento do assaltante têm alto valor probante para ensejar um decreto condenatório.

É também o entendimento do nosso Tribunal:

"A confissão prestada perante a autoridade policial, corroborada pelas demais provas colhidas durante a instrução criminal, merece credibilidade, sendo apta a embasar um decreto condenatório, ainda mais quando aliada ao fato de a vítima ter reconhecido o réu como o autor do delito" (Ap. Crim. n. 28.631, de São Bento do Sul, rel. Des. Jorge Mussi).

No tocante à alegação de que o acusado não tinha consciência dos seus atos por encontrar-se alcoolizado no momento do delito, não há o que falar, pois, conforme dispõe o artigo 28, II, do Código Penal, a embriaguez, voluntária ou culposa, não é causa excludente de culpabilidade, mais

apenas aquela que decorrer de caso fortuito ou força maior, o que in casu obviamente não ocorreu, já que o próprio Renato Adão admitiu ter tomado um whisky antes dos fatos.

E da Jurisprudência:

“A embriaguez que isenta de responsabilidade é a decorrente de caso fortuito ou de força maior, isto é, provocada por causas alheias à vontade do agente, não a voluntária, a de quem bebeu porque quis, conhecendo os efeitos do álcool sobre o seu psiquismo” (Ap. Crim. n. 33.879, de Piçarras, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 28/11/95).

Quanto ao pedido de redução da pena, esta não merece reparos, haja vista ter sido aplicada no mínimo legal.

No que pertine ao apelante Adriano, melhor sorte não o socorre, pois ao contrário do argumento utilizado pela sua defesa, de que a condenação se baseou somente no reconhecimento fotográfico, existem nos autos elementos suficientes para a manutenção do decisum recorrido.

Primeiramente, tem-se as palavras do co-réu Renato que confirmou, ao ser inquirido em todas as fases do processo, a participação de Adriano no delito.

Tais palavras encontram ressonância no depoimento da vítima Sa-

muel Ramos que, além de reconhecer o acusado por fotografia na delegacia (fls. 15/16), o reconheceu pessoalmente na sala de audiências, quando ouvido em Juízo (fl. 88), chegando inclusive a pedir a retirada deste da sala.

Ademais, o álibi apresentado, segundo sua amásia Raquel Maria Hass à fl. 141, de que o apelante se encontrava com ela em sua residência no momento dos fatos, não encontra qualquer apoio nos autos.

Assim, conclui-se que, diante de tal quadro probatório, formado pelas declarações do co-réu, corroboradas pelo reconhecimento formal do ofendido, o apelante participou ativamente da conduta delituosa.

Diante do exposto, a Câmara, unanimemente, nega provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli, e lançou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 29 de fevereiro de 2000.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Souza Varella,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.019041-1, DE ARARANGUÁ

Relator: Des. Souza Varella

*Apelação criminal — Furto qualificado pelo arrombamento
— Recurso objetivando a absolvição ou, alternativamente, a des-*

classificação para furto simples mediante a exclusão da qualificadora — Autoria e materialidade devidamente comprovadas — Apreensão da res furtiva em poder do agente, sem apresentação de uma justificativa admissível para tal posse — Condenação por furto mantida — Prover parcialmente para excluir a qualificadora — Laudo pericial imperfeito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.019041-1, da comarca de Araranguá, em que é apelante Sidnei de Andrade, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para excluir a qualificadora.

Custas legais.

Sidnei de Andrade restou, a final, condenado ao cumprimento da pena de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, I, do Código Penal. Não obteve o direito de apelar em liberdade.

Inconformado, apelou buscando a absolvição por falta de prova ou, alternativamente, desclassificação para furto simples.

Com as contra-razões, os autos subiram e, nesta Instância, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso.

Em que pesem as alegações ofertadas pelo ilustre parecerista, é de se acolher, em parte, o apelo defensivo.

Inicialmente, quanto ao pedido de absolvição, por insuficiência de

provas, não há como agasalhar tal pretensão, pois ao contrário do alegado as provas carreadas aos autos são suficientes para embasar um decreto condenatório.

A materialidade está devidamente evidenciada pelo termo de apreensão de fl. 14, auto de avaliação de fl. 15 e termo de reconhecimento e entrega de fl. 16.

Quanto à autoria, uma das principais razões que sustentam a condenação é o fato de o produto do furto ter sido encontrado em poder do acusado, e, tratando-se desse delito, a apreensão da res furtiva em poder do réu, inverte-se o ônus da prova, cabendo à defesa apresentar uma justificativa admissível para tal apossamento, o que in casu não ocorreu.

Nesse sentido é a Jurisprudência:

“Com a apreensão da res na posse dos indiciados, inverte-se o ônus da prova, impondo-lhes provar sua inocência. A justificação duvidosa ou pouco crível autoriza a condenação” (Ap. Crim. n. 98.003721-1, rel. Des. Paulo Gallotti).

A versão apresentada, de que o réu se encontrava a pé no momento da prisão não convence, pois a única testemunha, depoimento de fls. 72, que corroborou tal afirmação, além de tratar-se de um amigo do acusado, não estava presente no momento da

prisão em flagrante, sendo que quando o viu a pé eram 19h45min e a prisão deu-se às 23h30min, conforme consta no auto de prisão em flagrante às fls. 5/7.

Por outro lado, as outras testemunhas arroladas ao processo encontravam-se presentes no momento dos fatos e afirmaram que o acusado estava em poder da motocicleta.

Acerca do assunto, oportuno citar entendimento jurisprudencial:

“Compete ao alegante a comprovação do álibi e se a prova produzida não exclui totalmente a possibilidade de ter sido o interessado o autor da infração, cai por terra a negativa de autoria” (JC 32/540).

Portanto, verifica-se que em nenhum momento foram trazidas, para o processo sub judice, provas que possam levar a um decreto absolutório, pelo contrário, todas evidenciam a autoria e a materialidade do delito imputadas pela denúncia.

No tocante ao pedido de desclassificação para furto simples, melhor sorte socorre ao apelante.

De fato, a qualificadora do arrombamento, reconhecida pela r. decisão, não deve perseverar, pois não restou devidamente comprovada nos autos, pelo laudo pericial.

Na verdade, o laudo pericial não é perfeito, pois demonstrou não ter sido possível determinar o tipo de instrumento que foi usado, nem mesmo se o rompimento foi recente ou não, limitou-se apenas a afirmar que a haste teria sido rompida.

Ora, como muito bem definiu o ilustre Des. Adalberto Aranha “a perícia é a lanterna que ilumina o caminho

do juiz que, por não a ter quanto a um determinado fato, está na escuridão. A lente que corrige a visão está deficiente pela falta de um conhecimento especial” (in Da Prova no Processo Penal, Saraiva, 1994, pág. 143).

Sobre a matéria, também lecionam os doutrinadores José Lopes Zarzuela, Minoru Matunaga e Pedro Lourenço Thomaz: “A lei processual não determina expressamente que o Laudo Pericial seja fundamentado, porém nas entrelinhas dos Códigos de Processo essa exigência está presente, a fim de que o juiz possa avaliar a procedência do conteúdo probatório do laudo pericial. Considerando que a sentença judicial, que traduz ato de autoridade, deve ser fundamentada, com mais razão o laudo pericial deverá sê-lo, pois, não raro, é o instrumento em que o órgão judicante se apóia em suas decisões” (in Laudo Pericial: Aspectos Técnicos e Jurídicos — São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Sindicato dos Peritos Criminais do Estado de São Paulo, 2000, pág. 317).

Dessa forma, deve ser excluída a qualificadora do arrombamento, mantendo-se o furto com fixação da pena-base em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, aumentada em mais 2 (dois) meses em razão da reincidência, totalizando a pena em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, bem como o pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Ante o exposto, a Câmara, unanimemente, dá provimento parcial ao recurso.

Presidiu a sessão de julgamento o Exmo. Sr. Des. Genésio Nollí, e dela participaram, com votos vence-

dores, os Exmos. Srs. Des. Solon d'Eça Neves e Nilton Macedo Machado, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 7 de novembro de 2000.

*Amaral e Silva,
Presidente para o acórdão;
Souza Varella,
Relator.*

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.011665-3, DE FRAIBURGO

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Crime contra a saúde pública. Tráfico ilícito de entorpecentes. Agente presa em flagrante com considerável quantidade de entorpecente em depósito em sua residência. Depoimentos de usuários noticiando que dela adquiriam drogas. Prova robusta da autoria e materialidade. Condenação mantida. Desclassificação para o crime de uso. Inviabilidade. Pena fixada acima da mínima. Medida justificada diante da quantidade da droga (mais de meio quilo de maconha), da personalidade da agente, e de ter esta oferecido e incentivado menores ao vício. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inviabilidade, tendo em vista o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. Apelo provido parcialmente tão-somente para adequar o valor unitário do dia-multa ao estatuído pelo artigo 38 da Lei n. 6.368/76.

Sendo a agente surpreendida em flagrante na posse de mais de meio quilo de maconha, em depósito em sua residência, com o destino comercial comprovado pelos depoimentos de vários usuários, não há como se afastar a condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, nem tampouco acolher a pretensão desclassificatória para o delito de uso.

Se comprovado que a ré responde a processo em outro Estado, e destinava grande parte do entorpecente à venda a menores de idade, instigando o vício, aliado à grande quantidade da droga apreendida em seu poder, impõe-se a fixação da pena em patamar superior ao mínimo previsto em lei.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cuja disposição legal foi alterada pela Lei n. 9.714/98, não se aplica ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, equiparado a

hediondo, com vedação expressa do benefício pelo artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

O valor diário da pena pecuniária nos crimes contra a saúde pública deve obedecer o estatuído pelo artigo 38 da Lei n. 6.368/76.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.011665-3, da comarca de Fraiburgo, em que é apelante Rosângela Aparecida Souza Reis Pereira, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, tão-somente para adequar o valor unitário do dia-multa aos termos do disposto no artigo 38 da Lei Antitóxicos, mantidas as demais cominações da sentença.

Custas legais.

Na comarca de Fraiburgo, Rosângela Aparecida Souza Reis Pereira foi denunciada pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes porque, em 12 de setembro de 1999, por volta das 9h30min, após a realização de uma busca pelas dependências de sua casa, por indicação do traficante Adelir Gambirazi da Silva, policiais militares lá encontraram, embaixo de um puxado nos fundos desta, um pequeno vaso de plástico contendo uma planta de maconha e, embaixo da casa, um tijolo de aproximadamente 495 gramas e uma bucha de 5 gramas da erva, bem como um pacotinho contendo cerca de 25 gramas de semente de maconha.

No momento procedimental pertinente, resultou condenada à pena de quatro anos de reclusão, em re-

gime fechado, e ao pagamento de sessenta dias-multa, à razão diária de um trigésimo do salário mínimo. Negado o direito de apelar em liberdade.

Da sentença foi intimada pessoalmente, por meio de carta precatória, tendo apresentado recurso de apelação por meio de advogado constituído. Pretende, inicialmente, ver-se absolvida da imputação, por falta de provas da prática do crime, alegando que a droga apreendida em sua residência “pertencia a Adelir e que só deixou que o mesmo guardasse embaixo de sua casa em troca de um pouco de maconha para seu uso próprio, em razão da dependência. As testemunhas ouvidas em juízo não confirmaram que a apelante estaria vendendo maconha na época dos fatos, inclusive uma delas afirma que fazia mais de seis meses que não fumava. Além disso, os documentos de fls. 94/96 não são hábeis para a condenação, eis que tratam-se de ‘prova emprestada’ em que não houve o necessário contraditório”. Caso acolhidos seus argumentos, requer a desclassificação para o crime de uso próprio. Ainda, alternativamente, objetiva a redução da pena ao mínimo legal, eis que é primária e possível a substituição por restritiva de direitos, consoante a nova redação dada ao artigo 44 do Código Penal pela Lei n. 9.714/98.

Em contra-razões, pugnou o Ministério Público pela manutenção do decidido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Robison Westphal, manifestou-se pelo conhecimento e improvemento do recurso.

É o relatório.

A pretensão absolutória não merece acolhida.

Os policiais, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, narraram, em uma só voz, que, após indicação do traficante Adelir Gambirazi da Silva, vulgo “Delo”, chegaram à residência da apelante, onde encontraram um vaso contendo um pé de maconha, um tijolo de 495 gramas e uma bucha de 5 gramas da erva, bem como 25 gramas de semente de maconha, tudo evidentemente escondido embaixo da casa e de um puxado nos fundos. Em Juízo, além de ratificarem a versão, acrescentaram que, há meses, vinham recebendo denúncias anônimas de que a apelante comercializava entorpecentes. Esta, em ambas as fases processuais, admitiu a posse da droga, dizendo, contudo, que a guardou para prestar um favor ao amigo “Delo”, que lhe gratificaria com certa quantidade do material para que fizesse uso posteriormente.

Tais elementos, por si só, já seriam suficientes para ensejar a condenação, haja vista que o simples fato de ter considerável quantidade de material entorpecente em depósito, a fim de auxiliar traficante, já se enquadra nas modalidades descritas no artigo 12 da Lei n. 6.368/76. Contudo, há nos autos, ainda, os depoimentos de vários usuários de entorpecentes, todos afirmando que adquiriam droga da apelante, ao preço de cinco reais a porção (fls. 13, 14, 15, 16 e 102). Embora o usuário A. A. de L. de ape-

nas catorze anos de idade, tenha se retratado em Juízo (fl. 103), sua versão cai por terra diante das palavras firmes e coerentes da testemunha Neuza de Siqueira (fl. 102): “conheço a denunciada lá da rua, e um certo dia ela me ofereceu maconha para que eu experimentasse, uma vez que nunca tinha fumado antes; em face da minha aceitação, a denunciada me deu um cigarrinho de maconha, onde eu fumei e, apesar de não ter gostado, adquiri um cigarrinho num outro dia, pelo preço de R\$ 0,50; que tenho conhecimento que a denunciada vendeu maconha para um tal de Nelci e A.”. Este, certamente se trata de A. A. de L., e Nelci, Antônio Nerci Antunes, também ouvido na fase policial à fl. 13, na qual admitiu que “comprava maconha há mais ou menos um ano da Preta, a Rosângela”.

A testemunha Fernando José da Luz, à fl. 89, também declarou que comprava droga da ré.

Não resta, portanto, qualquer dúvida de que a apelante comercializava francamente entorpecentes.

No tocante à prova emprestada, consistente nas cópias dos interrogatórios de “Delo” e Anози de Jesus Oliveira, acostadas às fls. 94/95, oriundas de outro processo, salienta-se que, embora tenham valor reduzido diante das demais, não são de todo imprestáveis, pois o conteúdo daqueles documentos estão em total consonância com as provas até então amealhadas.

O Supremo Tribunal Federal já assentou que “A prova emprestada, especialmente no processo penal condenatório, tem valor precário, quando produzida sem observância do princí-

pio constitucional do contraditório. Embora admissível, é questionável a sua eficácia jurídica. Incorre, contudo, cerceamento de defesa se, não obstante a existência de prova testemunhal emprestada, não foi ela a única a fundamentar a sentença de pronúncia" (HC 67.797-0—RS — DJU de 14/8/92, pág. 12.255). E Julio Fabbrini Mirabete, melhor esclarece que "quanto à prova emprestada, aquela produzida num processo, para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmentemente para outro, com o fim de gerar efeitos neste, é ela admissível, mas seu valor probatório é diminuto se não foi produzida em processo formado entre as mesmas partes e, portanto, submetida ao contraditório" (in Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, 4ª ed., São Paulo, 1996, pág. 218).

Melhor sorte não lhe socorre quanto à pretensão desclassificatória, pelos motivos até aqui expostos, demonstrando cristalinamente a autoria do crime de tráfico.

Igualmente sem razão a apelante quando pretende reduzir sua pena, pois embora não haja qualquer esclarecimento acerca de que tipo de delito se envolveu na comarca de São José dos Pinhais, a certidão de fl. 67 dá conta que lá responde a um processo (Autos n. 40/98), o que demonstra que esta não foi a primeira vez que se envolveu na prática criminosa, possuindo, assim, personalidade desvirtuada. Além disso, conforme bem salientado na r. sentença, a quantidade exacerbada do entorpecente apreendido em seu poder dá ensejo ao aumento, conforme orientação pacífica desta Corte. Por fim, cabe lembrar que as conseqüências fo-

ram nefastas, tendo em vista que a maioria absoluta dos usuários ouvidos contavam com menos de vinte anos de idade, sendo que Neuza de Siqueira foi por ela levada ao consumo pela primeira vez. Mantém-se, assim, a pena acima da mínima.

Quanto à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante a nova redação dada ao artigo 44 do Código Penal, pela Lei n. 9.714/98, o recurso não merece provimento, haja vista o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, que determina o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Tratando-se de lei especial, com disposição expressa a respeito da matéria invocada, o disposto na Parte Geral do Código Penal não lhe atinge, em face do estatuído no seu artigo 12, in verbis: "As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso". Sem perder de vista o disposto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, que considera a espécie como crime de extrema gravidade, tanto que lhe nega o benefício da fiança. Leia-se: "A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem". E, na Exposição de Motivos que encaminhou o projeto, transformado em lei, constou: "a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social. Para os crimes de menor gravidade, a melhor so-

lução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social". E, logo, evidente a incompatibilidade da substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos na hipótese aqui tratada.

Acerca do tema, decidiu recentemente o Supremo Tribunal Federal que "o benefício da substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, prevista no art. 44 do CP, com a redação dada pela Lei n. 9.714/98 ('As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I — aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa [...]'), por ser regra geral, não se aplica à Lei n. 6.368/76, art. 12) — cuja pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado por se tratar de crime hediondo, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 —, a Turma, por maioria, indeferiu habeas corpus contra acórdão do STJ, em que se pretendia a substituição da pena privativa de liberdade imposta, por estarem presentes os requisitos previstos no art. 44 do CP (...) Precedentes citados: HC n. 70.445—RJ (RTJ 152/845) e HC n.

79.567—RJ (DJU de 3/3/2000)" (HC n. 80.010—MG, rel. Min. Octávio Gallotti, j. 25/4/2000).

Pequeno reparo merece, contudo, a sentença, no que diz respeito ao valor unitário do dia-multa, que deve obedecer o estatuído pelo artigo 38 da Lei n. 6.368/76.

Dessa forma, conhece-se do presente recurso, porque próprio e tempestivo, e dá-se-lhe provimento parcial, tão-somente para adequar o valor unitário da pena pecuniária arbitrada à apelante aos termos do artigo 38 da Lei de Tóxicos, ressalvado o posicionamento do Exmo. Sr. Des. Presidente e do Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, no sentido da aplicabilidade, em tese, da Lei n. 9.714/98 aos crimes dessa natureza.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 8 de agosto de 2000.

Álvaro Wandelli,
Presidente com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.015684-1, DE VIDEIRA

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Apelação criminal. Competência em razão da matéria. Policial militar que, no exercício de suas funções, comete, em tese, crime previsto no artigo 147 do Código Penal, também capitulado no Código Penal Militar. Inteligência da Súmula 90 do Superior Tribunal de

Justiça. Nulidade absoluta decretada, de ofício, declinando à Justiça Militar a competência para processar e julgar.

Sentença criminal. Nulidade. Falta de apreciação de tese apresentada pela defesa. Vício insanável. Necessidade de exposição da convicção do magistrado, com exame do suscitado pelas partes, das questões retratadas e repercussões de direito. Processo anulado.

A sentença é ato processual formal, constituindo-se a motivação, vale dizer, fundamentação, em elemento essencial, em que o Julgador expõe sua convicção, examinando todas questões apontadas pelas partes, aduzindo as razões de fato e de direito que o conduziram a concluí-la, sob pena de nulidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.015684-1, da comarca de Videira, em que é apelante Danilo do Prado, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, decretar, de ofício, a nulidade do processo ab initio, no que se refere ao crime previsto no artigo 147 do Código Penal, remetendo-se cópia integral do inquérito policial à Justiça Militar para as providências cabíveis, e a partir da sentença, inclusive, no que se refere aos crimes previstos nos artigos 3º e 4º da Lei n. 4.898/65, e 230 e 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo outra ser prolatada, com a observância dos requisitos legais.

Custas legais.

Na comarca de Videira Danilo do Prado foi denunciado pela prática dos crimes definidos nos artigos 3º, alínea a, e 4º, alíneas a e b, ambos da Lei n. 4.898/65, artigos 230 e 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente,

e 147 do Código Penal, na forma do artigo 69, também do Código Penal, porque, segundo narra a denúncia, "Em data de 16 de março de 1999, por volta das 23 horas, quando fazia rondas pela cidade a bordo de uma viatura, o denunciado, ao trafegar pela Rua Padre Anchieta, proximidades da Panificadora Novidades, e avistar a adolescente e vítima S. K. P., de 17 anos de idade, caminhando pela calçada em companhia do também ofendido Ivonei de Souza Fontana, este já maior, estacionou o carro oficial no local, dirigindo, então, visivelmente transtornado, em direção aos pedestres.

"Ato seguinte, abusando, injustificadamente, de sua autoridade, o denunciado, de arma em punho, mesmo tendo sido alertado sobre a menoridade da vítima S., passou a proferir diversos impropérios contra a mesma, dizendo, dentre outras frases, que moça direita não anda na rua tão devagar àquela hora da noite, ainda mais conversando com um rapaz.

"Dando continuidade à sua atitude arbitrária, o denunciado, sem qualquer razão que justificasse tal me-

dida, solicitou ao seu companheiro militar Mauro Peliccioli que efetuasse uma revista pessoal na vítima Ivonei, algemando, posteriormente, os ofendidos, e os colocando, com violência, já privados de sua liberdade, no interior da viatura policial, para serem conduzidos à Delegacia de Polícia da Comarca.

“Durante todo o trajeto até a Delegacia local, o denunciado, ainda bastante alterado, proferiu inúmeras ofensas morais contra as vítimas, sujeitando-as à situação humilhante e vexatória, pois que chamava a adolescente S. de ‘vaca’ e ‘cadelinha’, bem como o ofendido Ivonei de ‘alemãozinho aguado’, desferindo, também, socos contra o rosto e peito de ambos, acabando por ameaçá-los de provocar mal maior e de forjar a apreensão de cocaína em poder da menor, caso a mesma falasse sobre o ocorrido para qualquer pessoa” — fls. 2/3.

No momento processual pertinente, restou condenado às penas de 3 meses de detenção e proibição do exercício da função policial na Comarca pelo prazo de 3 anos, pela prática dos crimes definidos nos artigos 3º, alínea a, e 4º, alíneas a e b, c/c o artigo 6º, § 3º, letra b, e § 5º da Lei n. 4.898/65; 3 meses de detenção pela prática do crime definido no artigo 147, c/c o artigo 61, inciso II, letra i, ambos do Código Penal, e 10 meses de detenção pelo cometimento dos crimes previstos nos artigos 230 e 232 da Lei n. 8.069/90, c/c o artigo 70 do Código Penal, totalizando 1 ano e 4 meses de detenção, incidente a norma do artigo 69 do Código Penal, e proibição do exercício da função de policial na Comarca, pelo prazo de 3 anos. A pena restritiva de liberdade foi

substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, a ser cumprida à razão de 1 hora de trabalho por dia de condenação, e interdição temporária de direitos, implicando esta na proibição de freqüentar bares e locais de baixa reputação, bem como ingressar ou permanecer nos arredores de colégios escolares, salvo na condição de estudante, pelo prazo de duração da pena privativa de liberdade substituída.

Da decisão foi intimado pessoalmente (fl. 207). Com o resultado não se conformou a defesa. No prazo legal, interpôs apelo. Nas razões apresentadas, constantes às fls. 210/226, é alegada, em preliminar, a nulidade da sentença, em face da não apreciação de uma das teses esposadas em alegações finais, referente a excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal, porquanto, restou sobejamente demonstrado, quando analisado, “que a vítima S. aceitou a penalidade de advertência pela infração de desacato de autoridade na Promotoria da Comarca, envolvendo os mesmos fatos, ou seja, a Promotoria entendeu que a vítima S. desacatou a autoridade, e, em teses antagônicas, também entendeu que houve abuso de autoridade”. Assim, finaliza, “tivesse prevalecido a tese do estrito cumprimento do dever legal, restariam prejudicados os fatos narrados na exordial. Portanto, deixando o douto Magistrado de analisar a referida tese cerceou a defesa do réu, incorrendo em nulidade o ato sentencial” — fls. 210/211. No mérito a meta perseguida é a absolvição de todas as imputações, em face da ausência de provas suficientes para alicerçar o de-

creto condenatório, já que “os elementos de convicção trazidos aos autos não proporcionam a necessária certeza do cometimento de qualquer crime na conduta do acusado, e tendo em vista que a versão do réu encontra apoio nos autos, não sendo razoável embasar a condenação com base nas declarações das vítimas que possuem nítido interesse no feito” — fl. 224.

Contra-razões às fls. 227/235, no sentido de ser mantido o que foi decidido. A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, posicionou-se pela rejeição da nulidade argüida e, no mérito, pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Primeiramente, é de se decretar a nulidade do processo, a partir da denúncia, no que se refere ao crime capitulado no artigo 147 do Código Penal (ameaça), porquanto o denunciado é policial militar e cometeu, em tese, o delito quando no exercício de suas funções. Assim, estando o referido crime também previsto no Código Penal Militar (artigo 223), incompetente a Justiça Estadual de processar e julgar o feito, nos termos da Súmula 90 do Superior Tribunal de Justiça, de seguinte teor: “Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática de crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele”.

Quanto à matéria, oportuno consignar a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, “A competência da Justiça Militar está estabelecida na Constituição Federal, e, assim, como visto, será con-

siderado inexistente o processo referente a crime comum por ela instruído e julgado, e, da mesma forma, aquele por crime militar cuja instrução e decisão foram realizadas na Justiça Comum. Se o réu foi condenado e a sentença transitou em julgado, necessária outra denúncia na Justiça competente, renovando-se todos os atos processuais” (As Nulidades no Processo Penal — Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, pág. 56).

Em decorrência, declara-se a incompetência *ratione materiae* da Justiça Comum para conhecer, processar e julgar o processo, no que diz respeito ao crime de ameaça, por se tratar de regra de ordem pública, podendo ser conhecida a qualquer tempo, anulando-se o processo *ab initio* e, em consequência, declinando-se à Justiça Militar a competência para oficiar no feito.

De outro tanto, no que refere aos demais crimes imputados ao réu (abuso de autoridade e aqueles concernentes do Estatuto da Criança e do Adolescente), a sentença proferida pelo MM. Juiz não pode prevalecer, eis que peca pela falta de fundamentação, quanto a uma das teses defensivas, porquanto, em alegações finais, o advogado apresentou, entre outras, a tese defensiva referente à excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal.

O artigo 381 do Código de Processo Penal estabelece os requisitos formais que a sentença deve necessariamente obedecer, o que gera a obrigatoriedade de apreciação de todas as proposições desenvolvidas pelas partes, tanto sob o prisma processual como de mérito.

Consoante nos diz Julio Fabriani Mirabete, "Embora fundado no livre convencimento impõe-se que o juiz demonstre sua convicção mediante a análise da prova constante dos autos. É imperativo constitucional que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentados, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da CF). É uma garantia não só para as partes como para o Estado, pois a ele interessa que sua vontade superior seja exatamente aplicada e se administre corretamente a Justiça" (Código de Processo Penal, pág. 436).

A decisão, objeto do apelo, não analisou a tese argüida, limitando-se a discorrer sobre a autoria dos crimes capitulados na denúncia, deixando, contudo, de apreciar como deveria ter feito, acerca da tese defensiva, sob pena de nulidade, como de fato ocorreu.

Assim, é nula a sentença que não responde às teses propostas nas razões das partes, seja para acolhê-las, seja para repeli-las. Ignorar simplesmente qualquer das proposições de qualquer das partes, implica manifesta nulidade por falta de motivação, compreendidas aí, tanto as matérias jurídicas como as de fato, devendo ser examinadas em todas as circunstâncias juridicamente relevantes.

Nesse sentido:

"A falta de manifestação judicial, nesse aspecto da lide penal, revela in-

justificável omissão que caracteriza nulidade da sentença, com afronta às exigências do artigo 381 do Código de Processo Penal, por se tratar de defeito insanável, precipuamente em face de elementares princípios de natureza processual insculpidos na Constituição da República" (RT vol. 520/370; RJTJESP vol. 123/467).

Em decorrência, decreta-se, de ofício, a nulidade do processo ab initio no que se refere ao crime previsto no artigo 147 do Código Penal, remetendo-se cópia integral do inquérito policial à Justiça Militar para as providências cabíveis, e a partir da sentença, inclusive, no que refere aos crimes previstos nos artigos 3º e 4º da Lei n. 4.898/65, e 230 e 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo outra ser prolatada, com a observância dos requisitos legais.

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. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 26 de setembro de 2000.

Jorge Mussi,

Presidente;

Maurílio Moreira Leite,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.015846-1, DA CAPITAL**Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

Quadrilha armada e roubo praticado com emprego de arma e concurso de agentes. Autoria e materialidade comprovadas. Concurso material entre ambos os crimes. Bis in idem. Inocorrência. Pena. Incidência de duas causas especiais de aumento no roubo. Migração de uma delas para o cálculo da pena-base. Apelo ministerial provido para este fim.

Não há falar em bis in idem quando restar o réu condenado pela prática, em concurso material, de quadrilha armada, e roubo com o emprego de arma de fogo, posto que são diversas as condutas.

Incidindo mais de uma causa especial de aumento prevista no artigo 157, § 2º, do Código Penal, uma delas, caso haja idêntica previsão legal, pode, quando da aplicação da pena, migrar para a segunda fase. Caso contrário, deve ser considerada como circunstância quando da fixação da pena-base.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.015846-1, da comarca da Capital, em que são apelantes e apelados a Justiça por seu Promotor, e José Carlos de Oliveira, Luiz Alberto Estradet Cabrera e Marcelo Rodrigues:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos, negando-se provimento aos manifestados pela defesa, e dando-se provimento parcial àquele aforado pelo Ministério Público para condenar Marcelo Rodrigues pela prática dos crimes descritos na exordial, e exacerbar a pena dos sentenciados no tocante ao crime de roubo, ficando Marcelo Rodrigues e Luiz Alberto Estradet Cabrera apenados com oito anos de reclusão, em regime semi-aberto, e catorze dias-multa, e José Carlos de Oliveira, com nove anos de

reclusão, em regime fechado, mais vinte e quatro dias-multa.

Custas legais.

Na comarca da Capital, 2ª Vara Criminal, José Carlos de Oliveira, Marcelo Rodrigues, Victor Hugo Estradet Cabrera, este posteriormente identificado como Luiz Alberto Estradet Cabrera, e Luiz Daniel Pallero, foram denunciados pela prática dos delitos descritos nos artigos 180, caput, 157, § 2º, incisos I e II, e 288, parágrafo único, todos do Código Penal, em concurso material, os dois primeiros; artigos 10, § 3º, inciso I, da Lei n. 9.437/97, 180, caput, 157, § 2º, incisos I e II, e 288, parágrafo único, em concurso material, do Código Penal, o terceiro, e artigo 288, parágrafo único, do Estatuto citado, o último.

Narra a exordial que, com o objetivo de cometer crimes, especial-

mente o de roubo, os denunciados, juntamente com o menor V. J., vulgo “Filé”, bem como outros indivíduos não identificados, “organizaram-se, já há algum tempo, em bando ou quadrilha armada, de maneira estável e permanente, vindo a delinquir em diversos pontos do Estado. Assim que, por volta das 12h30min do dia 15/3/99, os ora denunciados José Carlos de Oliveira e Victor Hugo Estradet Cabrera, também acompanhados pelo menor V. J., adentraram a agência 254-2, do Banco do Estado de Santa Catarina (Rua Henrique Veras do Nascimento, Lagoa da Conceição, nesta Capital), armados e vestidos com perucas e bonés. Ato contínuo, enquanto José Carlos e Victor Hugo ameaçavam os funcionários (dentre os quais Luiz Mário Vieira da Silva, Roberto Barleta Basílio e Sérgio Carioni) e clientes do estabelecimento por meio de dois revólveres calibre 38, o menor V. J. efetuava a subtração, dos caixas, das quantias de R\$ 12.951,67 (doze mil, novecentos e cinquenta e um reais e sessenta e sete centavos), em espécie, e de R\$ 7.627,90 (sete mil, seiscentos e vinte e sete reais e noventa centavos), em 22 (vinte e dois) cheques de diversos titulares de contas no banco. Antes de empreenderem fuga, em um veículo conduzido pelo denunciado Marcelo Rodrigues, o qual estrategicamente aguardava os demais comparsas no lado de fora da agência bancária, o menor V. ainda tomou para si, efetuando um segundo ato violento de subtração, a pedido de José Carlos, o revólver calibre 38, marca Rossi e n. 605.379, registrado em nome da empresa Soseban — Vigilância Bancária, Indústria e Comércio Ltda., que estava em posse do funcio-

nário e vigilante Luiz Ires Lemos e teve a numeração posteriormente raspada pelo denunciado Victor Hugo Estradet Cabrera. Frise-se que o dito automóvel, de cor cinza escuro, marca Fiat Uno e placa LXX 0109, era produto de furto ocorrido em 23/1/99, em Piçarras/SC, e os denunciados o conduziam e dispunham dele para a fuga, conscientes de sua origem criminosa e visando a juntarem-se ao também participe da quadrilha e denunciado Luiz Daniel Pallero, o qual os esperava em local ora desconhecido. Por ocasião de diligências diversas, foram encontrados, além de todos os 22 (vinte e dois) cheques já mencionados, a quantia de R\$ 40,00 (quarenta reais), em cédulas de R\$ 1,00 (um real), abandonados no interior do veículo também anteriormente descrito. Foram igualmente apreendidos, quando da efetuação da detenção do denunciado José Carlos, próximo a Joinville/SC. E dos denunciados Victor Hugo, Luiz Daniel e do menor V. J., em Balneário Camboriú/SC, um revólver calibre 38 Special, de marca Rossi, cor preta e cabo de madeira, um revólver calibre 38 Special, de marca Taurus, cor cinza, alumínio fosco, cabo de madeira e numeração ilegível, um revólver calibre 38, cromado, marca ilegível e numeração não aparente, de reconhecida propriedade do denunciado Luiz Daniel Pallero, um revólver calibre 38 Special, de marca Taurus, cor preta e n. 0H95253 e um revólver calibre 32, de marca não aparente, cromado e n. 1071... (incompleto), além de diversos cartuchos (calibre 28, 32, 22 e 357 Magnum), bem como os bonés e as perucas utilizados por ocasião do ocorrido. Desse modo, enquanto que todos os denunciados,

juntamente com o menor de 18 anos V. J., associaram-se, em quadrilha ou bando armado, para fim de cometer crime, somente José Carlos de Oliveira, Victor Hugo Estradet e Marcelo Rodrigues conduziam veículo que sabiam ser produto de crime e subtraíram, por duas vezes, organizados em unidade de desígnios, coisa alheia móvel, mediante grave ameaça a pessoas e depois de haver reduzido-os à impossibilidade de resistência, Victor Hugo Estradet Cabrera, sozinho, ainda é responsável por suprimir numeração de arma de fogo de uso permitido e roubada com o fim de ser revendida" (fls. 2/5).

O processo foi desmembrado com relação a Luiz Daniel Pallero, em face da suspensão do processo baseada no artigo 366 do Código de Processo Penal, com relação à sua pessoa.

No momento procedimental pertinente, Marcelo Rodrigues resultou absolvido das imputações da inicial, com fulcro no artigo 386, incisos IV e VI, do Código de Processo Penal. José Carlos de Oliveira foi condenado ao cumprimento da pena de oito anos e quatro meses de reclusão, em regime fechado, mais ao pagamento de sessenta dias-multa, no patamar mínimo, por enquadramento nos artigos 180, caput, 157, § 2º, incisos I e II, e 288, parágrafo único, todos do Código Penal, em concurso material. A Luiz Alberto Estradet Cabrera foi fixada a pena de sete anos e três meses de reclusão, em regime fechado, e vinte dias-multa, por incursão nos artigos 157, § 2º, incisos I e II, e 288, parágrafo único, do mesmo diploma supra-mencionado, em concurso material.

Os sentenciados foram pessoalmente intimados, tendo José Carlos e Luiz Alberto manifestado, de próprio punho, desejo de recorrer.

O representante do Ministério Público também apelou, pugnando, em suas razões, pela condenação de Marcelo Rodrigues pela prática do roubo e da quadrilha descritos na denúncia. Requer, ainda, a majoração das penas decorrentes do roubo, sob o argumento de que, havendo duas causas especiais de aumento, uma delas deve influenciar na pena-base. Pretende, também, o aumento das penas aplicadas pelo crime de quadrilha, eis que esta foi formada para praticar roubos em todo o Estado.

Em contra-razões, Marcelo pleiteou o improvimento do recurso ministerial, enquanto que os demais recorridos propugnaram pela absolvição.

Luiz Alberto, em suas razões, pretende ver-se absolvido dos crimes a ele imputados, alegando que as provas dos autos são confusas e contraditórias, incapazes, portanto, de fundamentar um decreto condenatório.

José Carlos também quer a absolvição, sustentando a fragilidade das provas, sendo que, ao seu ver, algumas foram obtidas de forma ilícita. Alega igualmente "falta de prova da estabilidade e permanência para a convicção da existência da quadrilha ou bando", bem como que o concurso entre este crime e o de roubo constitui bis in idem. Caso mantida a condenação, objetiva a redução da pena.

O Dr. Promotor de Justiça, em contra-razões, requereu o improvimento de ambos os recursos defensivos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Paulo Antônio Günther, manifestou-se pelo conhecimento e improvimento dos recursos defensivos e pelo provimento daquele manifestado pelo Ministério Público, a fim de que seja Marcelo Rodrigues condenado pelos fatos que lhe foram imputados na denúncia, e pela elevação da pena do delito de roubo.

É o relatório.

A pretensão absolutória dos apelantes Luiz Alberto Estradet Cabrera e José Carlos de Oliveira não merecem guarida. Tanto o envolvimento destes, como o de Marcelo Rodrigues no evento narrado na denúncia, restou amplamente comprovado nos autos.

As vítimas, em uníssono, reconheceram os dois primeiros, assim como o menor V. J., como sendo as pessoas que, no dia 15/3/99, adentraram na agência do Besc, da Lagoa da Conceição e, rendendo os funcionários, passaram a subtrair os valores ali depositados.

Luiz Mário Vieira da Silva, funcionário que, tão logo percebeu que iria ocorrer o assalto, conseguiu fugir, despercebido, ficando, contudo, observando o deslinde do crime do lado de fora. Narrou, em ambas as fases processuais, fls. 14 e verso e 277/278, que visualizou três elementos, dois com cerca de 50 anos, com perucas, e um com mais ou menos 20, com boné. Um deles portava um revólver, rendendo os caixas e o guarda, enquanto que o menor passou a subtrair o dinheiro. Em seguida, fugiram num Fiat Uno verde escuro, placa LXX 0109. Em Juízo, foi mais preciso, alegando

que “já havia um outro motorista aguardando nos fundos do shopping”. Reconheceu, por fotografia, José Carlos de Oliveira e Luiz Alberto Estradet Cabrera.

No mesmo sentido são os depoimentos de Roberto Barleta Basílio, Sérgio Carioni e Luiz Ires Lemos, caixas e vigilante da agência vítima, constantes às fls. 41, 279/280, 111, 43 e 284. Estes igualmente procederam ao reconhecimento fotográfico dos réus.

Albertina José, companheira de José Carlos, confirma que este estava na posse de um Fiat Uno verde e que “conhece a pessoa de Victor Hugo Estradet Cabrera, haja vista o mesmo ter se envolvido anteriormente com o companheiro da declarante em crime de assalto”. José Carlos, segundo ela, fugiu de casa tão logo noticiada a descoberta dos autores do roubo em questão pela televisão (fls. 29/30). Isso foi confirmado por Antônio José Leal, cunhado de Albertina e padrastrô de V. J.

Tais depoimentos vêm de encontro à confissão de José Carlos de Oliveira, na fase policial, de seguinte teor: “Em uma data que não se recorda, o Gringo, cujo nome é Victor Hugo Estradet Cabrera, lhe procurou para fazer um roubo no Banco Besc, da Lagoa da Conceição; que sem planejamento, num dia que não se recorda, o interrogando, juntamente com o Gringo, chegaram de carro na rua ao lado do shopping, onde estacionaram o veículo; que na ocasião, o interrogando conduzia o veículo; que Marcelo, de nacionalidade Uruguaia, já estava os aguardando, pois este ficaria de motorista quando da fuga após o assalto;

que estava junto com o interrogando e Victor Hugo e a pessoa de nome V. J., conhecido por Filé; que os três subiram até o Banco, enquanto Marcelo os aguardava no carro; que entraram no banco na seguinte disposição: Victor em primeiro, Filé em segundo, e por último o interrogando; que Victor e o interrogando possuíam armas escondidas embaixo das camisas; que o interrogando possuía uma arma calibre 38 e Victor Hugo possuía um revólver calibre 38, de cor preta; que alega que somente Victor foi quem sacou a arma, rendendo o guarda do Banco; que o interrogando não sacou sua arma, porém chegou até bem próximo do balcão e falou para que o senhor gordo, do caixa, abrisse o cofre; que Victor Hugo, na hora em que sacou sua arma, anunciou o assalto; que V. J. foi quem recolheu o dinheiro dos caixas; que o interrogando entrou no Banco com um boné de cor preta na cabeça, enquanto Victor utilizava uma peruca loira, com um boné, cuja cor não se recorda no momento; que V. usava um boné de cores laranja e azul; que permaneceram no interior do Banco por pouco mais de um minuto e levaram a quantia de nove mil reais aproximadamente, não sabendo precisar muito bem, pois havia notas de cem dólares americanos; que na fuga, saíram rapidamente do Banco, antes, porém, Victor pegou a arma pertencente ao vigia; que no carro, Marcelo estava ao volante, o interrogando e V. J. ficaram no banco de trás, enquanto Victor Hugo na frente; que saíram em disparada; que dentro do carro, Victor foi contando o dinheiro e dividiu-o em três partes, cabendo a cada um, três mil reais e todos, solidariamente, deram para o motorista

um mil e oitocentos reais (total); que os dólares dividiram igualmente entre três; que permaneceram rodando com o carro enquanto dividiam o dinheiro; que após a divisão completa, pararam e abandonaram o carro e fugiram a pé, cada um para o seu lado; que os cheques roubados foram abandonados no interior do veículo" (fls. 98/99). Esta confissão, embora retratada em Juízo, corresponde à verdade dos fatos, encontrando amparo em todo o elenco probatório. Luiz Alberto também confessou, nestes exatos termos, a prática do crime na fase policial, tendo, contudo, na tentativa de inocentar Marcelo, dito que foi o motorista na fuga. O menor V. J., cuja co-autoria já foi reconhecida no juízo especializado, confessou, em ambas as fases processuais, com os mesmos detalhes constantes nos depoimentos dos comparsas (fls. 94/95 e 309).

Sobre a confissão extrajudicial, já ficou assentado: "Considerando a confirmação da confissão extrajudicial pelos demais elementos de prova, não há falar em decisão afrontadora à evidência dos autos" (TACrimSP — RC — rel. Tomaz Rodriguez — JUTACrim 61/23).

Assim, a condenação de José Carlos de Oliveira e Luiz Alberto Estradet Cabrera, pelo crime de roubo, há que ser mantida, com a inclusão de Marcelo Rodrigues, conforme o requerido no recurso ministerial.

Da mesma forma restou demonstrado o crime de quadrilha armada. O auto de apreensão das armas por eles utilizadas se encontra à fl. 131. Frise-se que não eram poucos os revólveres, munições e até indumen-

tárias para a prática de crimes. A quadrilha era especializada em roubos com o emprego de arma de fogo, conforme o demonstrado pelas certidões de antecedentes constantes às fls. 125, 126, 130 e 357. E, segundo se depreende dos documentos acostados às fls. 221/224, Luiz Alberto, que se identificava falsamente como sendo Victor Hugo, seu irmão, possui inúmeros envolvimento criminosos em seu país de origem (Uruguai).

O veículo Fiat Uno em questão, adquirido por José Carlos ao ínfimo preço de R\$ 500,00 (quinhentos reais), como por ele esclarecido às fls. 98/99, era produto de furto, consoante o narrado por seu proprietário Nilson Bastian de Lima (fl. 33), com prova documental, o que é suficiente para a manutenção de sua condenação pelo crime de receptação.

A alegação de que o concurso de quadrilha e roubo constitui bis in idem, constante das razões recursais de José Carlos, não tem fundamento. Esta Corte já se pronunciou, com muita propriedade, sobre a questão, na Apelação Criminal n. 99.008753-0, de Imbituba, rel. Des. Amaral e Silva, Primeira Câmara Criminal, julgada em 10 de agosto de 1999, de cujo acórdão se extrai: "Quadrilha ou bando — Roubo praticado com concurso de pessoas e emprego de armas por membros da associação — Admissibilidade do reconhecimento das qualificadoras, pois o crime do art. 288 do CP se consuma com a simples associação, independentemente da prática de algum delito" (RT 756/562). Do voto: 'Em que pese doutras opiniões em contrário tem-se que as qualificadoras do concurso de pessoas e do emprego de armas devem ser reconhecidas

mesmo quando o roubo é praticado por membros de uma quadrilha. É que o crime de bando é considerado infração permanente e sua consumação se dá com a só associação, independentemente da prática de algum crime (...) o delito do art. 288 se consuma com a simples associação criminosa. A lei tutela a paz pública e considera a quadrilha uma ameaça a essa paz, à segurança das pessoas, por isso que já considerou crime a simples associação para o fim de delinquir. Como observa Noronha o legislador erigiu um ato preparatório à categoria de crime (Direito Penal, Saraiva, 1972, vol. 4, pág. 113). Não fosse assim, teríamos o absurdo de não se considerar caracterizado o crime de bando, quando a quadrilha for desfeita com a prisão de seus membros, presos antes de tentarem o primeiro delito. É preciso atentar para que a lei, ao considerar crime a formação de quadrilha, teve por objetivo tutelar a paz pública, enquanto no roubo é tutelado o patrimônio alheio, a posse da coisa (...) não faz sentido considerar como simples um furto praticado por três pessoas, apenas porque elas formam uma quadrilha. Afinal é a participação de mais de uma pessoa que o qualifica. Da mesma forma, não se pode considerar como qualificado um roubo que vem a ser praticado por apenas um dos membros do bando. Na lição de Hungria, tanto não há identificação do crime de quadrilha como os crimes praticados pelos membros do bando, que enquanto pelo primeiro todos respondem, 'já pelo crime efetivamente praticado, dentro do plano genérico da associação, respondem tão-somente os respectivos agentes. Se, para a prática do crime que atende ao programa, não é ne-

cessário o concurso de todos os associados, podendo mesmo ser praticado por um só deles, é claro que a reunião de todos ou de alguns para esse crime individuado é circunstância que não se identifica com a anterior associação para delinquir. Reconhecendo-se, portanto, concurso material entre o crime de bando ou quadrilha e o subsequente crime qualificado pela pluralidade de agentes, não há o *bis in idem* (apud, RJTJSP 482/117)''.

Finalmente, o pedido alternativo de José Carlos, de minoração da pena, é totalmente improcedente, tendo em conta que, na sentença, as penas foram fixadas no patamar mínimo legal.

Portanto, inacolhidas restam as pretensões defensivas.

Quanto àquelas manifestadas pela acusação, afora a condenação de Marcelo Rodrigues, razão lhe assiste no tocante ao aumento da pena referente ao crime de roubo, tendo em vista a incidência de duas qualificadoras. Segundo a orientação de Celso Delmanto, "ainda que esteja comprovada mais de uma qualificadora, há uma só incidência e não duplo ou triplo aumento; a outra, ou outras, servirão de circunstâncias agravantes, se cabíveis (CP, arts. 61 e 62), ou deverão ser apreciadas como circunstâncias judiciais no art. 59 do CP" (Código Penal Comentado, Renovar, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1998, pág. 310).

No que diz respeito ao pretendido aumento das reprimendas decorrentes do crime de quadrilha armada, o Dr. Promotor de Justiça, em suas razões, não apontou qualquer circunstância que lhes desabonasse a ponto de ensejá-lo, sendo que o simples fato

de ser esta voltada à prática de crimes por todo o Estado, é inerente ao próprio tipo. Dessa forma, sob esse aspecto, seu recurso não merece acolhida.

Assim, a pena-base do apelante José Carlos, fixada no patamar mínimo na sentença, é acrescida de seis meses, tendo em vista a migração de uma das causas especiais de aumento, qual seja, o concurso de agentes, demonstrando maior gravidade do crime, diante desta circunstância, resultando em quatro anos e seis meses de reclusão. A pena pecuniária é fixada em onze dias-multa, no valor mínimo. Sem agravantes ou atenuantes, presente a causa especial de aumento prevista no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, pelo que sua pena é acrescida de um terço, totalizando seis anos de reclusão e catorze dias-multa. Esta, somada às penas fixadas pelos crimes de quadrilha armada e receptação, consistentes em dois e um ano de reclusão, mais dez dias-multa, respectivamente, resulta em nove anos de reclusão, em regime fechado, mais vinte e quatro dias-multa, no patamar mínimo cada um.

Pelo crime de roubo, atendendo aos mesmos critérios supracitados, fica a pena-base de Luiz Alberto Estradet Cabrera fixada em seis anos de reclusão, e onze dias-multa, a qual, acrescida dos dois anos de reclusão fixados na sentença, pelo crime de quadrilha armada, totaliza oito anos de reclusão, em regime semi-aberto, mais onze dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo.

A Marcelo Rodrigues, pelo crime de roubo, por lhe favorecerem as diretrizes do artigo 59 do Código Pe-

nal, à exceção da circunstância advinda da causa especial de aumento, consistente no concurso de agentes, sua pena-base é estabelecida em quatro anos e seis meses de reclusão, mais onze dias-multa. Sem agravantes ou atenuantes, presente a causa especial de aumento do uso de arma, a reprimenda é acrescida de um terço, resultando em seis anos de reclusão, e catorze dias-multa. Pelo delito de quadrilha armada, sua pena fica acrescida de dois anos, finalizando em oito anos de reclusão, em regime semi-aberto, mais catorze dias-multa, no patamar mínimo cada um.

Diante de todo o exposto, conhece-se dos recursos, negando-se provimento aos manifestados pela defesa, e dando-se provimento parcial

àquele aforado pelo Ministério Público para condenar Marcelo Rodrigues pela prática dos crimes descritos na exordial, e exacerbar a pena dos sentenciados no tocante ao crime de roubo, nos termos supra.

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. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 3 de outubro de 2000.

Jorge Mussi,

Presidente;

Maurílio Moreira Leite,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.015847-0, DE SÃO JOÃO BATISTA

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Crime contra a liberdade sexual. Estupro. Preliminar de nulidade em face da inépcia da denúncia por não descrever todas as circunstâncias do fato criminoso. Não ocorrência. Peça que preenche satisfatoriamente os requisitos exigidos pelo artigo 41 do Código de Processo Penal. Nulidade em face da falta de intimação da defesa para audiência de reinquirição da vítima. Eiva afastada. Advogado que, embora não tenha participado do ato, restou cientificado do teor das declarações, limitando-se a ratificar as alegações finais anteriormente apresentadas. Preliminares rejeitadas.

Estupro. Presunção de violência. Vítima portadora de deficiência mental. Laudo pericial que não indica o grau de debilidade mental da ofendida, não especificando se, em decorrência de seu estado mental, tinha condições, ou não, de compreender o significado do ato praticado. Imprestabilidade da peça para fundamentar a conclusão condenatória. Impossibilidade de aplicação da norma no artigo 616 do Código de Processo Penal, em face da proibição da

reformatio in pejus. *Dúvida que favorece o réu. Absolvição decretada.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.015847-0, da comarca de São João Batista, em que é apelante Antonio Iradi de Lima, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, rejeitar as preliminares de nulidade, vencido o relator no que diz respeito ao retorno dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, para manifestação acerca das demais questões suscitadas, e, no mérito, dar provimento ao recurso para absolver o réu, com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Custas legais.

Na comarca de São João Batista, Antonio Iradi de Lima foi condenado pela prática do crime definido no artigo 213, c/c o artigo 224, alínea b, ambos do Código Penal, à pena de 6 anos de reclusão. Foi-lhe concedido o direito de apelar em liberdade. A representante do Ministério Público interpôs, tempestivamente, embargos declaratórios, requerendo o reconhecimento da continuidade delitiva, no que foi atendida (fl. 247), acrescentando a pena em 1/6, totalizando 7 anos de reclusão. Da decisão foi intimado pessoalmente (fl. 248). Com o resultado não se conformou a defesa. Interpôs, no quinquídio legal, apelo. Nas razões apresentadas, constantes às fls. 252/259, é alegada, em preliminar, inépcia da denúncia, em face da "ausência de descrição pormenorizada da conduta do acusado, fato devida-

mente argüido em preliminar nas alegações finais, mas rejeitada pelo douto julgador"; nulidade do processo por cerceamento de defesa, em razão do indeferimento do pedido de produção de provas e impugnação do laudo e em face da não intimação da defesa e do réu para reinquirição da vítima. No mérito, a meta perseguida é a absolvição, por insuficiência de provas, porquanto "ficou claríssimo no decorrer do processo, que o mesmo não praticou o delito capitulado na denúncia".

Contra-razões constantes às fls. 261/267, no sentido de ser mantido o que foi decidido. A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, posicionou-se no sentido de ser decretada a nulidade do processo, por inépcia da denúncia, prejudicadas as demais questões suscitadas no recurso, sobre as quais não houve manifestação.

É o relatório.

A inépcia da denúncia não ocorre, pois, diversamente do alegado, embora de maneira sucinta, descreve um crime, de forma clara e objetiva, imputado ao acusado, com base nos elementos colhidos no inquérito policial, dentre eles a admissão do acusado e as declarações da vítima, o que permitiu o exercício da ampla defesa, preenchendo, em decorrência, os pressupostos exigidos pelo artigo 41 do Código de Processo Penal.

Veja-se o que consta na peça acusatória: "Por volta do mês de novembro de 1994, aproximadamente, o

denunciado passou a manter relações sexuais com A. A. F., com 21 anos de idade e deficiente mental, fato esse, de conhecimento do denunciado, o que foi confessado em seu depoimento de fl. 15, e afirmado pela própria vítima. A vítima encontra-se em estado gravídico e afirma ter tido relações sexuais somente com o denunciado. Assim procedendo incorreu o denunciado nas sanções dos artigos 213 c/c 224, b, do Código Penal, requerendo-se seja o mesmo citado para se ver processar até julgamento final, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas em dia e hora a serem designadas por Vossa Excelência” — fls. 2/3.

Verifica-se, pois, que a peça exordial está formalmente perfeita, expondo com clareza o fato criminoso, classificando o crime e qualificando o acusado, ensejando a ampla defesa, que não teve pela forma sucinta com que a denúncia relata o fato o seu exercício dificultado.

Nesse sentido, as seguintes decisões:

“Não é inepta a denúncia que, embora sucintamente, contém, quantum satis, elementos propiciadores a ampla defesa e a um juízo de valor” (STJ — RHC 0000232 — rel. Cid Fláquer Scartezzini — JSTJ 14/79).

“Denúncia. Inépcia. Inocorrência. Narração concisa onde constam os fatos principais contra os quais deve o réu se defender. Se a peça acusatória narra, ainda que concisamente, os fatos principais contra os quais deve o réu se defender, não há que falar em inépcia” (TACrimSP — HC — rel. Luiz Ambra — RT 753/611).

Assim, não pode ser considerada inepta a denúncia, que calcada em

regular inquérito policial, preenche os requisitos mínimos fixados no artigo 41 do Código de Processo Penal.

Também improcedente a segunda nulidade invocada, reinquirição da vítima sem a presença do defensor, pois embora ocorrente tal omissão, do colhido foi dado conhecimento à defesa, que se limitou a “ratificar as alegações finais (fl. 232v.). Em decorrência, precluso o direito de alegar a omissão apontada nos termos do artigo 571, inciso II, do Código de Processo Penal.

Como terceira prefacial, é afirmado ser nulo o processo “por se tratar de delito complexo, exigindo do julgador, o máximo de cuidado na apuração dos fatos, procurando firmar-se em sua decisão sempre em provas robustas quanto à efetiva participação do agente no delito capitulado na denúncia. Todavia, neste aspecto, pecou o Magistrado de primeiro grau, cerceando direito de defesa do acusado, ao indeferir, o pedido de produção de provas e impugnação do laudo, contido às fls. 175/177, em virtude de o laudo apresentado pelo Sr. Perito (fls. 167/170), ter sido de forma apenas sucinta, tornando aquela peça totalmente imprestável, não sendo um trabalho técnico capaz de auxiliar na defesa do acusado, tampouco capaz de auxiliar o juiz na formação da necessária convicção. Mantendo o firme propósito de provar a inocência do acusado, a defesa, às fls. 184/187, voltou a impugnar o laudo de fls. 160/170, requerendo a reconsideração do Magistrado sobre sua decisão de fls. 180/181, porém, novamente foi cerceado em suas pretensões, em novo indeferimento, conforme decisão de fls. 189/190, negando ao acusado

o direito constitucional de provar através de perícia correta e adequada, que era inocente, por ter agido de acordo com a vontade e o consentimento da vítima, sem usar de violência, coação ou ameaças, porque segundo se depreende dos autos, a vítima tinha plena consciência dos atos que praticava. Diante destes fatos, claro está que o julgador a quo, ao indeferir os seguidos pleitos formulados pelo acusado, de nomeação de um novo perito capaz e habilitado em doenças mentais, cerceou-lhe o direito de provar sua inocência, o que acarretou sem dúvidas, a nulidade do presente processo, pois assim agindo, o Magistrado negou ao acusado o sagrado direito da ampla defesa”.

Relevante, sem dúvida, a matéria suscitada, porquanto, a debilidade mental, por si só, não é suficiente para determinar a incidência da presunção de violência. Há, necessariamente, que fique constatado por perícia, a ser realizada por profissionais da área, que a vítima, em decorrência de seu estado mental, não poderia compreender o significado do ato praticado.

Nesse sentido, a jurisprudência predominante:

“Estupro com violência presumida. Requisitos. Para a caracterização do delito de estupro com violência presumida, na forma do art. 224, b, do Código Penal, são necessários dois requisitos: ‘laudo pericial devidamente fundamentado, confirmando doença mental que retire da vítima sua capacidade de convívio social, e, também prova cabal de que tal doença era do conhecimento do agente’ (RJTJRS 174/179).

“Para a oligofrenia no subtipo imbecilidade, constituir debilidade mental suficiente para caracterizar a presunção de violência prevista no artigo 224, b, do Código Penal, há necessidade do laudo pericial especificar a capacidade volitiva da vítima, ao tempo do delito” (JC 72/602).

“Para que seja reconhecida a violência presumida não basta que a vítima seja alienada ou débil mental. Necessário é que a doença mental seja de natureza tal a ponto de abolir inteiramente a sua capacidade de consentimento ou de entendimento do ato sexual a que se diz submetida, o que deve ser comprovado por perícia médica. Se esta inexistente, absolve-se o acusado” (TJMS RT 620/324).

“Em se tratando de crime de estupro caracterizado pela violência presumida, a deficiência mental da vítima só poderá ser comprovada através de laudo pericial incontestável em seus fundamentos e em suas conclusões, não bastando meras alusões ao fato de ser a vítima debilíode ou de QI baixo” (TJMG, RT 611/402).

“A incapacidade de consentir ou de opor resistência nos delitos contra a liberdade sexual — decorrente de alienação ou debilidade mental do sujeito passivo — reclama demonstração através de perícia reservada a tal fim, segura em seus fundamentos, se sorte a precisar com detalhes e evidências se, em verdade, ao tempo dos fatos era-lhe totalmente abolido o entendimento e autodeterminação. Insuficiente, para se aquilatar com certeza dessa ficção legal de violência, termos vagos ou imprecisões de médicos legistas, sem a devida especialidade e cuja incumbência se limitar em cons-

tatar tão-só os vestígios físico-anatômicos da examinada" (TJSP, RT 712/385).

"Tratando-se de provar uma circunstância elementar do crime, como é a debilidade mental da vítima de estupro, tal prova só pode decorrer de laudo pericial seguro nos seus fundamentos e na sua conclusão" (TJSP, RT 390/93).

"Embora a vítima seja portadora de doença mental, chamada oligofrenia, restou provado, através de perícia médica, que a mesma não havia perdido sua capacidade volitiva, tornando assim a conduta do acusado atípica" (TJSC, JC 74/597).

Em suma, é indispensável, à hipótese, de que a ofendida, em virtude de doença mental, não pudesse entender a natureza de seu gesto (consentindo no relacionamento sexual) ou de se determinar de acordo com esse entendimento. Mormente quando, na espécie, a vítima tinha razoável comportamento social: "que a vítima namorou com o réu cerca de um ano; que as vizinhas sabiam do namoro e depois contaram para nós" (depoimento da mãe da vítima — fl. 103v.); "que o réu quis casar com a informante, mas a informante não quis" (depoimento da vítima — fl. 104v.); "que a vítima conversava com as pessoas que mantinha amizade lá na localidade" (depoimento de fl. 106).

E a resposta somente poderia advir de perícia regular, determinada nos termos do artigo 159, do Código de Processo Penal, in verbis: "Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais. § 1º — Não havendo peritos oficiais, o exame será realizado por

duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, entre as que tiverem habilitação técnica relacionada à natureza do exame".

Em decorrência, razão assiste à defesa quando assevera que foi prejudicada, pois, ante a omissão apontada, não pôde comprovar a inocência de seu cliente. Embora tenha razão, pois, não há como negar, houve cerceamento de defesa, a consequência não é a pretendida no recurso, nulidade do processo, mas a absolvição, por ausência de comprovação de um dos pressupostos do fato típico, qual seja, a violência ficta. E, tal solução é adotada haja vista que, tratando-se de recurso defensivo, as diligências que podem ser determinadas por autorização do artigo 616 do Código de Processo Penal, devem vir em benefício da defesa, em face da proibição da reformatio in pejus.

Nesse sentido, escólio de Julio Fabbrini Mirabete: "Diante do princípio que proíbe a reformatio in pejus, porém, em recurso exclusivo da defesa não se deve converter o julgamento em diligência que pode desfavorecê-lo" (Código de Processo Penal Interpretado, Editora Atlas, 1997, pág. 789).

Na mesma direção, a posição de Fernando da Costa Tourinho Filho: "Contudo, se o recurso foi interposto exclusivamente pelo réu, a eventual diligência a ser realizada não poderá objetivar a colheita de prova para piorar-lhe a situação" (Código de Processo Penal Comentado, Editora Saraiva, 1999, 2º vol., pág. 356).

Em face do exposto, afastadas as nulidades, o apelo é provido para

ser o réu absolvido, nos termos do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 19 de setembro de 2000.

Álvaro Wandelli,
Presidente com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.016416-0, DE XAXIM

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Processo crime — Instrução — Diligência indeferida — Inteligência do art. 499 do CPP — Nulidade incorrente.

Na fase do art. 499 do CPP, o juiz, utilizando seu prudente arbítrio, deve decidir a respeito da realização ou não das diligências requeridas, de acordo com a necessidade ou conveniência para o processo, podendo indeferir aquelas irrelevantes à elucidação dos fatos.

Latrocínio — Concurso de agentes — Confissão na fase policial — Validade, desde que corroborada com outras provas — Desclassificação para homicídio — Inviabilidade — Configuração do crime de latrocínio — Inteligência do art. 157, § 3º, in fine, do CP — Recurso não provido.

A confissão extrajudicial, estando amparada nos demais elementos dos autos, pode servir como base para o decreto condenatório, mesmo que retratada em Juízo.

Mesmo que verdadeira afirmação do agente de que não tinha a intenção de roubar, caracterizou-se o delito de latrocínio porque, se não se pode invadir o subconsciente de alguém para aferir das suas verdadeiras e reais intenções, pela ação é que se verifica a conformidade desta com aquelas.

“Há o crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima” (STF, Súmula 610).

Crime contra o patrimônio — Prova — Concurso de agentes — Indícios concludentes — Cooperação dolosamente distinta — Inteligência do art. 29, § 2º, do CP — Recurso ministerial parcialmente provido.

O Código Penal, apesar de não fazer distinção entre co-autoria e cumplicidade, pois “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (art. 29), determina que “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço” (§ 1º) e, “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave” (§ 2º).

O art. 29, § 2º, do CP, consagra o princípio da individualização da pena no concurso de pessoas, tratando da hipótese denominada “cooperação dolosamente diversa”, na qual um dos agentes (partícipe) queria participar de delito menos grave do que aquele que efetivamente ocorreu, devendo, assim, ser responsabilizado pelo crime que quis participar, e não de acordo com aquele realizado pelo autor direto.

Se o agente transporta seus comparsas até a residência da vítima escolhida visando a participar de crime de furto qualificado, desconhecendo o fato de um deles estar armado, não há como responsabilizá-lo pela ocorrência do crime de latrocínio pois, nessa hipótese, o resultado mais grave é imprevisto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.016416-0, da comarca de Xaxim, em que são apelantes a Justiça Pública, por seu Promotor e Verdecí Moura da Silva, sendo apelados Celso Barp, Marco Antônio Flora e a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Câmara Especial — Processos Criminais, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar provimento parcial ao interposto pelo Ministério Público, para condenar

os apelados Celso Barp e Marco Antônio Flora por infração ao art. 155, § 4º, IV, do CP, com penas determinadas neste acórdão, vencido em parte o eminente Des. Vanderlei Romer, que aplicava aos apelados a diminuição especial da pena prevista no parágrafo único do art. 14 do CP, porquanto eles, estando na situação do § 2º do art. 29 do CP, deveriam ser apenados como se tentativa de furto qualificado se tratasse, e negar provimento ao de Verdecí Moura da Silva.

Custas legais.

Na comarca de Xaxim, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Verdecí Moura da Silva, Celso Barp, Marcos de Tal (Marco Antônio Flora) e Buiú (Roberto Rivelino Fortes), por infração ao art. 157, § 3º c/c o art. 29 do CP, porque no dia 1º de setembro de 1997, os denunciados, previamente acertados, dirigiram-se, num veículo Opala, da cidade de Chapecó para Xaxim, onde Verdecí e Buiú arrombaram a porta dos fundos da residência de Neri dos Santos, para Buiú adentrar e concluir a conduta delituosa, enquanto Verdecí ficou vigiando a porta dos fundos e Celso Barp e Marco aguardavam a chegada da res furtiva. Instante após, a vítima chegou em casa e ao deparar-se com os assaltantes sofreu ferimentos por projétil de arma de fogo, desferido por Buiú, conforme auto de exame cadavérico de fl. 9. Os réus Verdecí e Buiú evadiram-se do local, sendo, logo após, capturado o réu Verdecí.

Regularmente processado (com o réu Verdecí preso desde o flagrante) julgou-se parcialmente procedente a denúncia para condenar Verdecí Moura da Silva, individualmente, ao cumprimento das penas de 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em "regime fechado", e ao pagamento de 33 (trinta e três) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 157, § 3º, in fine, do Código Penal, c/c o art. 1º da Lei n. 8.072/90, absolvidos os réus Celso Barp e Marco Antônio Flora das mesmas imputações, por ausência de prova de comunhão de designio.

Inconformados, apelaram acusação e defesa, aquela pretendendo a condenação dos réus Celso Barp e Marco Antônio Flora, enquanto a defesa de Verdecí Moura da Silva objetiva o reconhecimento de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, em virtude do indeferimento das diligências solicitadas na fase do art. 499 do CPP e, no mérito, que houve homicídio, daí por que o réu deve ser pronunciado, para ser submetido a julgamento pelo júri popular.

Após as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Demétrio Constantino Serratine manifestou-se pelo conhecimento de ambos os recursos para prover o do representante ministerial e negar provimento ao do réu.

É o relatório.

1. A irresignação do apelante Verdecí Moura da Silva reside, preliminarmente, na ocorrência de suposto cerceamento de defesa em virtude do indeferimento de diligência requerida na fase do art. 499 do Código de Processo Penal, qual seja o "levantamento detalhado da vida pregressa da vítima Neri dos Santos", diligência que já havia sido postulada na audiência de ouvida das testemunhas da acusação (fl. 76).

Ora, dispõe a lei processual no art. 499 que, após terminada a inquirição das testemunhas, as partes poderão requerer as diligências, cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou de fatos apurados na instrução.

Na lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Trata-se de fase em que se pode pedir esclarecimento ou juntada de documento, como a folha de antecedente, de se colher elementos complementares ou novos etc. Não se trata de permitir a produção ampla de provas, mas, como deixa claro a lei, de diligências que se originam da convicção ditada pelo apurado na instrução criminal.

“(…) o juiz deve decidir a respeito da realização ou não das diligências requeridas, de acordo com a necessidade ou conveniência para o processo. (...) O indeferimento, porém, não implica cerceamento de defesa, pois ao prudente arbítrio e bom critério do juiz deixa à lei a avaliação da necessidade e conveniência da prova proposta” (Processo Penal, SP, Atlas, 1991, pág. 516).

No caso, o indeferimento do pedido de diligências não caracteriza cerceamento de defesa, porquanto efetivamente desnecessárias à elucidação dos fatos, pretendendo a defesa apenas demonstrar que Verdeci teria sido contratado por Celso Barp para matar a vítima, que mantinha um caso amoroso com a mulher deste. Com isso, a defesa busca a desclassificação de latrocínio para homicídio qualificado.

Contudo, o indeferimento da diligência não conduz à nulidade do processo, porquanto a tese de homicídio não encontra qualquer respaldo nos autos, mormente porque quem pretende matar não arromba a porta dos fundos da residência da vítima, revira todos os armários e gavetas e alveja o proprietário, que repentinamente adentra ao recinto, conforme

demonstram as fotocópias de fls. 17/19.

A insubsistência da tese de homicídio será melhor analisada no item seguinte, ao se apreciar a pretendida desclassificação do delito de latrocínio para homicídio qualificado.

Sobre o assunto, este Tribunal já se pronunciou:

“Processo crime — Diligências (art. 499, CPP) — Indeferimento — Nulidade incorrente.

“Não caracteriza cerceamento de defesa o indeferimento de diligências (art. 499 do CPP), por entender o juiz processante, com critério e dentro de seu prudente arbítrio, serem desnecessárias em face da prova produzida, vale dizer, não teriam o condão de alterar a certeza dos fatos documentados ocorridos anteriormente, quando aquelas se refeririam a fato posterior (...)” (Ap. Crim. n. 97.013985-3, de Dionísio Cerqueira, deste Relator, j. em 31/3/98).

Ou:

“Processo crime — Instrução — Diligência indeferida — Inteligência do art. 499 do CPP — Nulidade incorrente.

“Na fase do art. 499 do CPP, o juiz, utilizando seu prudente arbítrio, deve decidir a respeito da realização ou não das diligências requeridas, de acordo com a necessidade ou conveniência para o processo, podendo indeferir aquelas irrelevantes à elucidação dos fatos” (Ap. Crim. n. 99.000956-4, de Xanxerê, também deste Relator).

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do processo.

2. O latrocínio é crime complexo, integrado pelo roubo e homicídio, crimes denominados membros, que perdem sua individualidade em favor de um novo tipo autônomo e independente; assim não fosse, haveria de regra julgamento pelo crime de homicídio em concurso com roubo.

É adequado, assim, o ensinamento de Damásio E. de Jesus:

“Quando o sujeito pratica homicídio consumado e subtração patrimonial consumada, a doutrina é pacífica em afirmar que responde por latrocínio consumado (CP, art. 157, § 3º, in fine) e não por homicídio qualificado consumado em concurso material com a subtração patrimonial consumada (furto ou roubo), orientação contida na ‘Exposição de Motivos’ do estatuto vigente. Pelo princípio da especialidade, a norma que descreve o latrocínio é especial em relação à que define o homicídio qualificado pela conexão teleológica ou consequencial (art. 121, § 2º, V), que é genérica. Aquela prefere a esta” (in *Questões Criminais*, SP, Saraiva, 1981, pág. 185).

A prova colhida nos autos conduz ao crime de latrocínio praticado pelo réu Verdecí Moura da Silva e seu comparsa “Buiu”, porquanto o arrombamento (tentativa de roubo) e posterior chegada da vítima (homicídio), configuram o tipo autônomo e independente previsto na parte final do § 3º do art. 157 do CP; aliás, segundo o verbete da Súmula 610 do STF, “há o crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima”.

Na fase policial, quando da prisão em flagrante, o réu Verdecí, na presença de seu advogado constituído, confessou que em companhia do co-réu “Buiu”, pretendia cometer delito de roubo na cidade de Xaxim, onde se realizavam jogos estaduais, tendo se deslocado de Chapecó a Xaxim a pé; “que, ao chegarem na cidade de Xaxim, passaram a procurar uma casa para furtar, sendo que encontraram a casa da vítima, a qual estava toda escura; que, foram até os fundos da casa (...) e lá encontraram algumas ferramentas e as utilizaram para arrombar a porta dos fundos da casa; que, Buiu entrou na casa e o declarante ficou guardando a saída, fazendo vigia; que, o declarante escutou um estampido e nisso Buiu chegou correndo e o conduzido perguntou o que havia acontecido, sendo que Buiu lhe disse: ‘que, o cara levou a mão em direção à cintura, então puxei o gatilho’” (fls. 7/8).

Em outra oportunidade, no inquérito, Verdecí contou que ele, “Buiu”, Marco Flora e Celso Barp, previamente ajustados dirigiram-se a Xaxim para praticar roubo, sendo que os dois primeiros adentraram na residência da vítima, enquanto os dois últimos aguardavam o produto da subtração, “que, mais ou menos cinco minutos que ‘Buiu’ estava na residência o dono chegou e entrou pela porta da frente, sendo que o declarante não o viu chegar. Que, então saiu correndo, seguido de “Buiu”. Que os dois saíram em direção aonde estava o veículo, sendo que ao chegarem lá o veículo não mais estava” (fls. 23, 27 e 44).

Houve novo depoimento policial, com Verdecí dizendo que conheceu Celso Barp quando tinha 11 anos de

idade, o qual procurou-o para matar um suposto amante de sua mulher, mediante pagamento representado por um terreno, avaliado informalmente em R\$ 5.000,00. Uma vez aceito “o negócio”, Celso e Marco, que não sabia do acerto, levaram o depoente até Xaxim, sendo que o outro réu, “Buiu”, foi uma invenção para afastar suspeitas. Ao chegar à cidade de Xaxim, Verdecí ficou sozinho, pois daria um jeito para voltar a Chapecó. Afirmou que adentrou na residência da vítima a procura de uma arma e que, quando chegou, disparou-lhe um tiro de arma de fogo e saiu correndo, sendo seguido por outra pessoa. Ao final, disse que a arma era de sua propriedade, mas não tinha registro, e que a jogou fora durante a fuga (fl. 51/52).

Em Juízo, no interrogatório, o réu Verdecí reiterou o último depoimento prestado à polícia, avocando a autoria do disparo de arma de fogo que culminou no óbito da vítima (fls. 56v.).

Ora, na fase policial, quando o delito estava ardente, o réu Verdecí confessou que sua conduta era dolosa contra o patrimônio alheio, resultando na morte da vítima; depois, na fase judicial, trouxe nova versão, agora com o elemento subjetivo dirigido contra a pessoa (homicídio, mediante paga), com o que pretende ser pronunciado para ser julgado pelo júri popular.

O iter criminis percorrido pelos réus Verdecí e Buiu conduz ao delito de latrocínio, porquanto quem pretende cometer crime de homicídio, não arromba a casa da vítima e revira armários e gavetas, pois o bem jurídico perseguido não será ali encontrado.

Celso Barp, que seria o suposto mandante do crime de homicídio, afirmou nos seus depoimentos que mal conhecia Verdecí e que apenas se prestou a dar-lhe uma carona, tendo este lhe restituído parte do combustível, até a cidade de Xaxim; que não contratou o réu para matar um suposto amante de sua mulher, porque está separado desta há uns cinco ou seis meses e também não conhecia a vítima Neri dos Santos (fls. 37/38 e 58v.), sendo esta também a versão trazida por Marco Antônio Flora, dizendo que foi convidado para fazer “uma corrida” com seu cunhado Celso até a cidade de Xaxim e logo voltaria a Chapecó, onde o depoente deveria buscar sua mulher no trabalho, às 10h30min, e que “acredita que Celso tenha lhe convidado para conseguir o carro de seu sogro” (fls. 34 e 57v.).

Para que se configure delito contra a vida, o agente deve agir com *animus necandi* e não com intenção de subtrair bem móvel alheio.

Não há falar em desclassificação, porquanto nada evidencia nos autos que houve conluio de crime de homicídio, sendo a versão sustentada por Verdecí totalmente isolada na instrução criminal, até porque Celso Barp mal o conhecia e apenas lhe deu uma carona até Xaxim.

A propósito, já se decidiu:

“Latrocínio. Configuração. Sentença confirmada. Mesmo que se admita como verdadeira a afirmação do réu de que não tinha a intenção de roubar, se após matar a vítima, ato contínuo, despoja-a dos seus haveres, caracterizou-se o delito de latrocínio” (JC 15-16/437).

Do corpo do acórdão, de que foi relator o eminente Des. May Filho, colhe-se que se poderia ter que, desvendada a intenção do agente, “o réu não matou para roubar, matou por outro motivo qualquer e somente depois de consumado o delito de homicídio é que teria furtado”; no entanto, por um ou outro motivo, “fosse qual fosse o real motivo do crime, vingança ou cupidez, a solução final é a mesma.

“(…)”.

“Mas não é só isto. Analisando-se o art. 157 do Código Penal, referem os exegetas, verifica-se que não é de sua essência o animus furandi anterior à violência. O texto pode ser dividido em duas proposições distintas: Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa; e outra proposição: ‘subtrair coisa móvel alheia para si ou para outrem (...) depois de haver por qualquer meio, reduzido a pessoa à impossibilidade de resistência’ (RT 161/564; 167/119; Wilson Bussada, Código Penal Brasileiro, vol. II, pág. 1.227).

“Como não se pode invadir o subconsciente de ninguém para aferir das suas verdadeiras e reais ‘intencões’, teremos, como no caso em julgamento, de contentarmo-nos com a interpretação dos resultados da conduta, sendo certo que a intenção, como idéia que é, transita pela inteligência para transformar-se em ação. Pela ação é que se verifica a conformidade dela com a intenção.

“A jurisprudência consagrou o entendimento acima esposado: ‘Ainda que se admita no acusado ausência de intenção predeterminada de roubar, caracteriza-se o latrocínio, se a

subtração se segue à redução da vítima à impossibilidade de resistir’ (Rev. For., CVII/133; Wilson Bussada, Código Penal Brasileiro, vol. II, pág. 1.228, n. 20)” (JC 15-16/438-439).

Este julgado estriba, como precedente, os seguintes, também publicados na Jurisprudência Catarinense, vols. 35/401 e 39/430.

Pelo contido no caderno processual, não há como se acatar a tese levantada no apelo, de desclassificação para o delito de homicídio, porquanto o laudo de exame cadavérico de fl. 9, datado de um dia depois dos fatos (2/9/97), aliado ao laudo pericial do local do crime, incluindo fotocópias de fotografias (fls. 16/21), comprovam a materialidade do crime denominado de latrocínio.

Por fim, não há como se afirmar que não tinha a intenção nenhuma de furtar a vítima de homicídio porque, mesmo que se admitisse a hipótese de que não tivesse tal intenção, na verdade a demonstrou quando revirou a casa da vítima sem qualquer propósito evidente, já que alega que a arma usada no delito de homicídio lhe pertencia.

Nesse sentido é tranqüilo o entendimento desta Casa, em firme corrente jurisprudencial:

“Apelação criminal — Latrocínio — Afastada pretendida desclassificação para homicídio qualificado — Adequação das penas impostas.

“Comete o crime de latrocínio, não obstante não existir a intenção de roubar, se após matarem a vítima, os meliantes, levam consigo bens pertencentes ao morto.

“Pretensão de enquadrar o fato típico em homicídio qualificado — Matéria superada pela jurisprudência, cujo entendimento estabelece que, havendo homicídio, mesmo sem subtração, consuma-se o latrocínio” (Ap. Crim n. 27.631, de Piçarras, rel. Solon d’Eça Neves, j. em 14/9/92).

Tem-se, pois, do contido no caderno processual que não há como se acatar a tese levantada no apelo, de desclassificação para o delito de homicídio qualificado, fundada na ausência de provas da subtração, porquanto a confissão extrajudicial do apelante corroborada pelos demais elementos dos autos comprovam à saciedade a prática do crime denominado latrocínio.

Assim, é mantida a condenação do apelante Verdecí Moura da Silva.

3. Quanto à pretensão ministerial de se reconhecer os réus Celso Barp e Marco Antônio Flora como co-autores do delito de latrocínio, vejamos:

Verdecí Moura da Silva, logo após a prisão, às 23 horas do dia 1º/9/97, na Delegacia de Polícia da comarca de Xaxim, contou que ele e seu companheiro “Buiú”, “decidiram no domingo último assaltar uma casa na cidade de Xaxim; que, então no dia de hoje, por volta das 16 horas saíram da cidade de Chapecó e vieram até a cidade de Xaxim, segundo o mesmo vieram a pé” (fl. 7).

Três dias depois, reinquirido, afirmou que “juntamente com o Celso Barp — vulgo ‘baixo’, Marco — cunhado de Celso Barp e ‘Buiú’, o qual o declarante alega ter conhecido há três meses (...) combinaram no domingo,

dia 31/8/97, em frente a casa do declarante, que viriam a Xaxim para efetuar um arrombamento. Que os quatro tinham a intenção de vir ainda no domingo, mas como não tinha gasolina no carro decidiram adiar para segunda-feira dia 1º/9/97. Que, na segunda-feira, por volta das 20 horas os quatro saíram da cidade de Chapecó, no veículo de Celso, tratando-se de um Opala, cor azul escuro, e dirigiram-se até a cidade de Xaxim, tendo chegado por volta das 21 horas. Que então circularam com o veículo pela cidade a procura de uma casa para arrombar, sendo então encontrada a casa da vítima, a qual estava toda escura. Que, então decidiram arrombar a referida casa. Que, Celso que dirigia estacionou a mais ou menos três quadras longe da residência numa estrada de chão, sendo que Celso e Marco ficaram no veículo aguardando o declarante e ‘Buiú’ foram a pé para arrombar a residência (...) Que então o declarante escutou o barulho do disparo da arma de fogo e então saiu correndo, seguido de ‘Buiú’. Que os dois saíram em direção onde estava o veículo, sendo que ao chegarem lá o veículo não mais estava. Que então o declarante e ‘Buiú’ foram para o mato e ficaram um bom tempo no mato, mais ou menos 20 minutos. Que, saíram do mato e estavam andando quando avistaram duas viaturas da PM, sendo que o declarante correu para dentro de um terreno e ‘Buiú’ saiu em outra direção, momento em que se perderam. Que em seguida a PM alcançou e pegou o declarante. Que Celso é do tamanho do declarante, pele morena, cabelo preto ondulado, magro, usa barba e bigode, Marco é mais baixo do que o declarante, cabelo castanho

claro, liso e corte curto, magro, pele branca, usa óculos, trabalha como muambeiro, 'Buiu' é baixo, moreno, cabelo encaracolado, cor preta, porte médio. Que as coisas furtadas seriam divididas entre os quatro" (fl. 23).

Sobre os fatos, em 11/9/97, Marco Antônio Flora discorre: "por volta das 20h30min, Celso chamou o declarante e então saíram os dois juntos e foram até a casa de 'Rato', onde 'Rato' e 'Buiu' estavam esperando Celso; que, então dirigiram-se os quatro até a cidade de Xaxim; que, chegando em Xaxim desceram a avenida até a praça central desta Cidade, onde subiram na direção ao bairro Bela Vista, cerca de quatro quadras; que, 'Rato' e 'Buiu' disseram que ali estava bom e os mesmos desceram do carro; que, nesse momento 'Rato' dirigiu-se até Celso e falou 'Então tá!' e Celso respondeu 'Beleza', 'Certo!'" (fl. 34).

Celso Barp, em 16/9/97, contou que "conhece 'Rato' há algum tempo, mas não é amigo do mesmo; Que o declarante é primo e cunhado de Marco Flora; Que no dia dos fatos o declarante estava em sua casa, quando por volta das 18h30min, fora procurado por Marco e 'Rato', os quais pediram para o declarante fazer uma corrida até a cidade de Xaxim, pois o 'Rato' precisava urgente vir em um amigo seu nesta Cidade; Que então o declarante respondeu que tinha que falar com seu pai antes de fazer a corrida, pois o carro não é dele; Que então os dois foram embora dizendo que passariam mais tarde; Que por volta das 21 horas Marco e 'Rato' foram novamente na casa do declarante então o declarante disse que não tinha gasolina para ir até Xaxim; Que então 'Rato' disse que daria R\$ 15,00 (quinze reais)

para colocar gasolina, sendo que 'Rato' disse ainda ao declarante que ficaria alguns dias em Xaxim e quando retornasse para Chapecó daria ao declarante mais R\$ 20,00 (vinte reais); Que então saíram por volta das 21 horas, sendo que saíram o declarante e Marco, passando na casa de 'Rato' para apanhá-lo, sendo que quando foram apanhar 'Rato' havia juntamente com ele um outro rapaz que o declarante não conhece, mas trata-se de um rapaz moreno, estatura baixa, peso médio, cabelos curtos e pretos; Que os quatro juntos seguiram diretamente para Xaxim, sendo que ao chegar na cidade entraram pelo trevo principal; Que não deram voltas pela cidade, tendo seguido reto onde 'Rato' mostrou, sendo que deixaram 'Rato' e outro rapaz três a quatro quadras para cima da praça central, no sentido bairro Alvorada; Que o declarante estava com o Opala, cor prata metálico, de propriedade do pai do declarante Alcides Barp; Que o declarante afirma não ter visto nenhum de seus colegas armados" (fl. 37).

Passados alguns dias, Verdeci Moura da Silva, também na fase policial, apresentou nova versão para os fatos, afirmando que "conhece Celso Barp desde que o declarante tinha 11 anos de idade; Que os dois moram a 150 metros de distância um da casa do outro. Que há três meses atrás Celso Barp procurou o declarante em sua casa e propôs ao mesmo um negócio. Que Celso Barp contou ao declarante que tinha descoberto que a sua mulher, cujo declarante não sabe o nome, vinha traindo-o com um rapaz que morava em Xaxim. Que Celso então ofereceu um terreno para que o declarante viesse até Xaxim e matasse o

referido rapaz; Que então o declarante pediu a Celso dinheiro e este não tinha então o declarante perguntou em quanto estava avaliado o terreno, sendo que Celso disse que o terreno valia em torno de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Que o declarante disse a Celso que iria pensar no caso. Que o declarante conversou com sua mulher e esta lhe disse que quem deveria decidir era o declarante. Que passados 10 dias o declarante voltou a conversar com Celso e aceitou o negócio, sendo que solicitou a Celso que este lhe desse o endereço certo do referido rapaz. Que então o declarante e Celso vieram duas vezes até a cidade de Xaxim, sendo que Celso mostrou o rapaz para o declarante e juntos Celso e o declarante, seguindo descobriram onde morava o rapaz. Que então no dia dos fatos o declarante foi na casa de Celso por volta das 18 horas para combinar o horário que viriam a Xaxim, a fim de matar o rapaz. Que então ficou combinado que viriam por volta das 20h30min. Que Celso convidou Marco, na frente; que viriam a Xaxim para trazer o declarante, não tendo revelado o motivo real, sendo que quem sabia o negócio era somente o declarante e Celso. Que então como combinado, Celso, o declarante e Marco que nada sabia vieram até a cidade de Xaxim, com o Opala vermelho que Celso havia emprestado de seu pai, sendo que Celso dirigia o veículo, Marco no banco do caroneiro e o declarante no banco de trás. Que o quarto elemento citado no depoimento anterior do declarante, como sendo 'Buiú', segundo o declarante não existe. Que tal elemento surgiu devido a uma combinação do declarante e Celso, sendo que Marco não sabe que

existe este tal de 'Buiú'. Que o declarante e Celso combinaram os fatos e que se algo acontecesse ao declarante estes criaram este quarto elemento ('Buiú'). Que então o declarante disse para Celso e Marco que iria fazer o serviço (matar Neri dos Santos) e se viraria. Que Celso não sabia o nome da vítima, nem o declarante, sendo que o Celso estava magoado apenas porque viu sua esposa junto com a vítima" (fl. 51).

Sedilei Guimarães Ferreira, na época ex-companheira de Celso Barp (segundo depoimento em Juízo voltou a conviver com o réu logo após o crime — fl. 130), afirmou categoricamente que não conhecia a vítima (fl. 54) e a tentativa de imputar-lhe conduta desonrosa cai por terra, não porque qualquer relação com a vítima foi comprovada, mas porque totalmente infundada a alegação de que o bairro todo sabia que ela mantinha casos extra maritais, enquanto vivia com Celso Barp (Ivanete Barp Flora — fl. 87v.).

Verdeci Moura da Silva, em Juízo, acrescentou que "quando o interrogando foi preso a sua esposa lhe contou que naquela oportunidade foi ameaçada por Celso Barp e seus familiares para que a mesma pressionasse o interrogando a fim de que não entregasse a participação de Celso" (fl. 56v.).

4. Não obstante a tentativa de desconstituir o juízo que se faz da prova colacionada, em face das contradições nas palavras dos acusados, como se vê, Verdeci Moura da Silva, Celso Barp, Marcos de Tal (Marcos Antônio Flora) e Buiú (Roberto Rivellino Fortes), em comunhão de esforços, saíram da cidade de Chapecó, entre

20 e 21 horas do dia 1º/9/97, com destino a Xaxim, pois haviam combinado, no dia anterior, de lá praticar um assalto.

Lá chegando, e dando voltas na cidade, encontraram uma casa com as luzes apagadas e, consoante tinham combinado anteriormente, resolveram arrombá-la. Há prova do arrombamento, inclusive as fotografias de fls. 17/19, que comprovam que a casa foi efetivamente “revirada”, caindo por terra a versão de Verdecí, no sentido de que queriam praticar um homicídio.

Daí que, se estavam juntos naquela noite, não havia ou não restou comprovado um motivo sequer para que Verdecí imputasse falsamente co-autoria aos apelados, na única versão que se mostra plausível com os demais elementos dos autos, não havendo como afastar suas responsabilidades.

Os apelados, na verdade, pretendiam dar cobertura aos comparsas, visando dividir a res furtiva, e não roubo mediante grave ameaça com uso de arma de fogo, pois que não há qualquer prova nos autos que indique que tinham conhecimento de que o executor direto da morte da vítima estava armado.

Assim, mostra-se viável a aplicação da hipótese prevista no art. 29, § 2º, primeira parte, do Código Penal, porquanto os apelantes pretendiam participar de crime menos grave (furto qualificado pelo concurso de pessoas), não podendo ser responsabilizados pela ocorrência de delito mais grave (latrocínio), já que o próprio co-réu Verdecí afirmou que tinham combinado de fazer um “arrombamento”, ten-

do os apelantes permanecido no automóvel, que estava estacionado a algumas quadras da casa da vítima, sem ter noção do que estava acontecendo no interior da residência.

No caso dos autos, houve resultado diverso do pretendido pelos réus, já que estes imaginavam que seus comparsas fossem praticar delito de furto o que, aliás, certamente teria ocorrido se a infeliz vítima não tivesse chegado ao local, sendo atingida por disparo efetuado por “Buiu” (ou por Verdecí, segundo sua versão em Juízo); desta infeliz vítima só se pode dizer que morreu sem saber por quê.

Ora, se os apelantes tivessem realmente concordado em conduzir os co-réus até a residência da vítima com o objetivo de realizar um assalto à mão armada, é claro que estaria caracterizado o concurso na forma de participação, pois sabe-se que o agente que, em seu veículo, transporta assaltantes para o local do delito e os aguarda para a fuga está concorrendo para o crime, respondendo nos termos do art. 29, caput, do Código Penal.

Todavia, in casu, os apelantes devem ser considerados como partícipes, porquanto transportaram os co-réus ao local do crime imaginando que praticariam um furto com arrombamento, não podendo ser responsabilizados por terem se omitido de evitar o resultado mais grave, já que não tinham conhecimento de que um deles estava armado e que poderia ocorrer um crime mais grave.

Nesse ponto, mais algumas considerações devem ser efetuadas para elucidação da matéria em relação

aos crimes praticados em co-autoria e as circunstâncias especiais dos fatos narrados nestes autos.

5. Segundo Nilo Batista, é na co-autoria que a idéia de divisão do trabalho encontra sua adequação máxima, podendo ser percebida "a fragmentação operacional de uma atividade comum, com vistas ao mais seguro e satisfatório desempenho de tal atividade" (Concurso de Agentes, RJ, Liber Juris, 1979, pág. 76), tendo por fundamento o que se convencionou chamar domínio do fato, pelo qual só é co-autor quem possua domínio (para alguns funcional) do fato; sem este atributo, a cooperação ao evento criminoso não será co-autoria, mas poderá caracterizar alguma forma de participação, como a instigação ou a cumplicidade.

Isso porque co-autor é aquele que executa, juntamente com outras pessoas, a ação ou omissão que configura o delito; "cada autor colabora com sua parte no fato, a parte dos demais, na totalidade do delito e, por isso, responde pelo todo. Há, na co-autoria, a decisão comum para a realização do resultado e a execução da conduta" (Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, vol. 1, 15ª ed., SP, Atlas, 1999, pág. 232).

Ao passo que a participação é a atividade acessória daquele que contribui para a conduta do autor com uma ação que por si só não é penalmente relevante, sendo que o partícipe não comete a conduta descrita pelo tipo penal, mas pratica uma atividade que contribui para a realização do crime; podendo se dar sob duas formas: a) instigação, que é a atuação sobre a vontade do autor,

"fazendo nascer neste a idéia da prática do crime ou acoroçando a já existente, de modo determinante na resolução do autor, e se exerce por meio de mandato, persuasão, conselho, comando etc."; e, b) cumplicidade, "auxílio ao autor ou partícipe, exteriorizando-se a conduta por um comportamento ativo (o empréstimo da arma, a revelação do segredo de um cofre etc.)" (Julio Fabbrini Mirabete, ob. cit., pág. 233).

Damásio E. de Jesus, por sua vez, leciona que para que haja co-autoria não é necessário que todos realizem os mesmos atos executivos do crime, esclarecendo quanto ao conceito de participação, que esta que se dá "quando o sujeito, não praticando atos executórios do crime, concorre de qualquer modo para a sua realização (CP, art. 29). Ele não realiza conduta descrita pelo preceito primário da norma, mas realiza uma atividade que contribui para a formação do delito. Chama-se partícipe. No sentido do texto: RT 494/339 e 572/393; RJTJSP 37/288 e 40/317" (Código Penal Anotado, 1989, pág. 101).

Retomando, prossegue Nilo Batista, comentando sobre o domínio funcional do fato que este "não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio 'integral' do fato, do qual tocaria a cada co-autor certa fração. Considerando-se o caso concreto, tal como se desenrola, o co-autor tem reais interferências sobre o seu Se e o seu Como; apenas, face à operacional fixação de papéis, não é o único a tê-las, a finalisticamente conduzir com sucesso. Pode-se entretanto afirmar co-

mo Roxin que cada co-autor tem a sorte do fato total em suas mãos, 'através de sua função específica na execução do sucesso total, porque se recusasse sua própria colaboração faria fracassar o fato'" (ob. cit., pág. 77).

Nelson Hungria, ao comentar o art. 25 (atual 29), do Código Penal (em redação originária), escreveu:

"Sob o ponto de vista objetivo, para que se reconheça a participação no crime, basta a cooperação na atividade coletiva de que promova o resultado antijurídico; mas, para que o partícipe responda penalmente, é também necessário um elemento psicológico: a vontade consciente e livre de concorrer, com a própria ação, na ação de outrem" (Comentários ao Código Penal, 1949, vol. 1, pág. 553).

Magalhães Noronha, sobre o mesmo dispositivo, leciona:

"Na co-autoria é mister um vínculo psicológico unindo as duas condutas o que importa em que elas tenham um objetivo comum, havendo ciência de, pelo menos um autor aderir à ação do outro; é necessário que tenha vontade livre e consciente de concorrer à ação de outrem" (Direito Penal, vol. 1, pág. 265).

Na forma dolosa, o vínculo entre os co-participes ao crime está na vontade consciente em obter o resultado ou em assumir o risco de produzi-lo, enquanto na modalidade culposa, admite-se a co-autoria na medida em que ocorra a cooperação consciente de alguém na conduta imprudente ou negligente do autor do evento.

A propósito dos requisitos sobre o concurso de pessoas ensina Celso Delmanto:

"Não basta o nexo causal, sendo necessário que cada concorrente tenha consciência de contribuir para atividade delituosa de outrem. É indispensável a adesão subjetiva à vontade do outro, embora seja desnecessária a prévia combinação entre eles. Inexistente o vínculo subjetivo, não há concurso de pessoas, embora possa haver autoria colateral (todos se comportando para um mesmo fim mas desconhecendo a conduta alheia)" (Código Penal Comentado, 4ª ed., RJ, Renovar, 1998, pág. 57).

A co-autoria reclama homogeneidade do elemento subjetivo, eis que os agentes devem estar animados pelo mesmo elemento subjetivo ensina Romeu de Almeida Sales Júnior (Homicídio Culposos, pág. 60), para que sejam tidos como co-autores; se o crime é doloso, todos os agentes devem agir com dolo, bem como se o crime é culposos, a ação de cada um deve estar informada pela culpa em sentido estrito. Não existe co-autoria culposa em crime doloso e vice-versa.

Nesse sentido é o ensinamento inserto no acórdão da Apelação Criminal n. 19.245, de Santo Amaro da Imperatriz, da lavra do ilustre Des. Ayres Gama, j. em 20/5/86, publicado na JC 52, pág. 387:

"Se reconhecido que o recorrido contribuiu de alguma forma para a prática delituosa, o quesito do homicídio culposos deveria ter sido considerado prejudicado. Em princípio, válido o argumento desenvolvido pelo recorrente porquanto, é fora de dúvidas, não pode haver co-autoria culposa em crime doloso. No entanto, à espécie, em verdade, não se vislumbra a figura da co-autoria, em que os envolvidos

praticam todos ou alguns dos atos imprescindíveis à meta final, mas cuida-se de participação, quando a conduta, considerada isoladamente, não se traduz em ato de execução”.

Para que exista co-autoria, portanto, exige-se a comum resolução para o fato e a comum realização dessa resolução, em a qual aquela é representada pelo acordo recíproco de vontades (expresso ou tácito), e esta pela resolução originada do domínio funcional do fato, importando, sempre, “considerando-se a situação concreta, verificar se o co-autor era detentor do domínio funcional do fato, se poderia interferir sobre o seu Se e o seu Como, se sua posição estrutural no decurso do acontecimento lhe permitiria interromper ou anuir em que prosseguisse a realização delitiva, se sua desistência corresponderia ao fracasso daquele fato (tudo isso tendo como pressuposto seu enlace na comum resolução” (Nilo Batista, ob. cit., pág. 79).

O Código Penal, apesar de não fazer distinção entre co-autoria e cumplicidade, pois “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (art. 29), determina que “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço” (§ 1º) e, “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave” (§ 2º).

No dizer de Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bittencourt, em comentários ao art. 29 do Estatuto Pe-

nal, “a problemática do concurso de pessoas ou concurso de agentes afiora justamente quando se busca saber quem realiza (ou quem contribui para) o tipo injusto específico. A toda evidência, trata-se de uma concorrência plúrima e de formas diferentes para a prática de um determinado fato punível. O Código Penal adotou a teoria monística ou unitária, ainda que de maneira temperada ou matizada, já que estabeleceu certos graus de participação e um verdadeiro reforço do princípio constitucional da individualização da pena (na medida de sua culpabilidade art. 29, caput, CP). Essa diretriz, na sua origem, como corolário da teoria da equivalência das condições, não faz qualquer distinção entre autor, co-autor e partícipe” (Código Penal Anotado, Ed. RT, 1997, pág. 242).

Nesse passo, a culpabilidade individual de cada sujeito, participante do ato criminoso, é que será levada em conta de acordo com a previsão dos §§ 1º e 2º do art. 29 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 7.209/84, que tratam da participação de menor e da cooperação dolosamente distinta.

A participação de menor importância, segundo Mirabete “poderá ocorrer em relação ao sujeito que, embora emprestando um modesto e desnecessário auxílio, revele uma vontade dirigida ao delito em intensidade semelhante à dos demais sujeitos, circunstância que pode autorizar um Juízo de equiparação no plano da culpabilidade” (Manual de Direito Penal, 15ª ed., SP, Atlas, vol. 1, pág. 238), assentando a jurisprudência:

“A menor participação, autorizadora do mais brando tratamento reservado pelo art. 29, § 1º, do CP, é reconhecível apenas nos casos de uma culpabilidade menos expressiva, de uma contribuição insignificante ou mínima de co-partícipe; ajusta-se às situações em que os atos praticados pelo co-autor careçam de relevância no que concerne ao resultado, que adviria mesmo se excluídos do contexto fático. Por isso, na medida em que o atuar do agente tenha significativa importância, mostre-se relevante e essencial para o sucesso do atuar criminoso, como o é o transportar o homicida e sua vítima para lugar distante, onde o primeiro, sem transtornos ou oposições, poderá consumir seu propósito criminoso, inadequado há de se falar em menor participação. Mesmo que, no desenrolar dos acontecimentos, mantenha-se o transportador indiferente aos atos materiais de execução, sem efetuar disparos contra a vítima.

“A participação do peticionário não foi de menor importância. Embora diversa da atuação do comparsa, ambos previamente acordados, deram causa ao resultado final, que lograram por força da atuação concorrente de ambos. Cada um deu cabal desempenho ao que lhe competia na execução do plano em que a divisão dos trabalhos não significa maior relevância para cada um do que para o outro” (RJTJSP 117/474, rel. Des. Canguçu de Almeida).

Por outro lado, mesmo que cada co-autor ou partícipe deva ser responsabilizado na medida de sua culpabilidade, não responde por eventual excesso praticado por outrem, eis que já estamos longe do período das ordá-

lias, onde imperava a responsabilidade penal objetiva extrema.

Assim, “sempre que algum dos concorrentes, seja co-autor, seja partícipe, quis participar de crime de menor gravidade (ocorrendo, portanto, excesso na atividade do outro co-autor ou do autor principal) dá-se o que a doutrina identifica como cooperação dolosamente distinta, desvio subjetivo entre os agentes ou excesso de contribuição típica” (Wagner Brússolo Pacheco, Concurso de Pessoas; notas e comentários, in RT 720, pág. 388).

Continua o doutrinador, afirmando que o excesso de contribuição típica pode “assumir caráter qualitativo ou quantitativo. No primeiro caso, tem-se que o delito mais grave, praticado pelo co-autor ou pelo autor direto, desborda do perímetro dentro do qual é possível o desdobramento da conduta abrangida pelo dolo original, constituindo-se verdadeiramente em delito de ‘outra qualidade’ (por exemplo, furto/estupro). No segundo caso, isto é, no caso de excesso quantitativo, o co-autor ou autor principal, ainda que dentro dos limites qualitativos da conduta pré-estabelecida, age com tal intensidade que acaba por produzir um resultado mais grave do que o originalmente desejado” (pág. 389).

O art. 29, § 2º, consagra o princípio da individualização e proporcionalidade da pena no concurso de pessoas, ao determinar que cada co-autor responda na medida da sua culpabilidade de acordo com o seu dolo, exigindo-se um desdobramento psicológico adequado quanto à previsibilidade de crime menos grave.

Julio Fabbrini Mirabete esclarece, no entanto, quanto ao dispositivo que, apesar de ele se referir apenas ao partícipe, pois o co-autor quer ou assume o resultado de cometer o crime mais grave, “já se decidiu que, mesmo sendo o agente co-autor, se, durante a execução de um crime, afasta-se do local, deixando de colaborar com o fato (furto, por exemplo), não pode ser responsabilizado pelos atos subseqüentes, para os quais não concorreu (roubo ou latrocínio). O mesmo se pode dizer, por exemplo, no caso do agente que na prática de um furto ou roubo, apenas transporta os autores e co-autores ao local do crime, que acaba se transformando em latrocínio enquanto permanece de vigia. Tais soluções, diante do art. 29, § 2º, se justificam se adotada a teoria do domínio do fato. O agente, por não ter o domínio do fato, é considerado, não co-autor, mas partícipe, devendo responder pelo crime menos grave, já que não se pode a ele imputar a omissão de evitar o resultado mais grave, a morte, por não ter conhecimento da situação de fato que conjuntamente com os demais criou e que exigiria sua intervenção, conforme dispõe o art. 13, § 2º, d, do CP. Entretanto, se sabia ele que os co-autores se encontravam armados, podia prever o resultado mais grave, e, assim, a pena deve ser aumentada até a metade, conforme dispõe o art. 29, § 2º, segunda parte” (ob. cit., pág. 237).

No mesmo sentido é a lição de Celso Delmanto:

“Cuida o § 2º da hipótese em que um dos concorrentes (partícipe do crime) queria participar do ilícito menos grave do que aquele que acabou sendo cometido pelo outro con-

corrente. Dispõe a lei que cada concorrente responde de acordo com o que quis, isto é, de conformidade com seu dolo (e não de acordo com o dolo diverso do autor), mas a pena do crime que queria cometer é aumentada até a metade, se era previsível para o partícipe o resultado mais grave. Assim, o partícipe responde pelo crime em que quis colaborar (seu dolo) e não pelo crime diverso que o autor acabou praticando; mas, se o resultado mais grave lhe era previsível (culpa), a pena do crime em que queria participar será aumentada, até a metade. Exemplos: a. Uma pessoa instiga outra a furtar uma casa, cujos moradores estão viajando. O autor entra na casa, mas é surpreendido pelo inesperado retorno dos moradores e os fere. O autor responderá pelo crime de roubo, enquanto o partícipe responderá pelo de furto (que era o seu dolo), com pena não aumentada, pois a lesão nas vítimas lhe era imprevisível (...)” (Código Penal Comentado, Renovar, 5ª ed., RJ, 2000, pág. 60).

6. Reconhecida a hipótese prevista no art. 29, § 2º, primeira parte, do Código Penal, respondem os apelados Celso Barp e Marco Antônio Flora como se praticado delito de furto qualificado pelo concurso de agentes (art. 155, § 4º, IV, CP), ressaltando a possibilidade de qualificação também pelo inc. I do § 4º do art. 155, caso o arrombamento estivesse comprovado pericialmente nos moldes exigidos pelo art. 171 do CPP, sendo ajustadas as reprimendas nos seguintes termos:

Celso Barp: da análise dos elementos do art. 59 do CP, destaca-se sua personalidade violenta — fl. 54, suspensão condicional do processo anterior aos fatos denunciado por cri-

me de lesão corporal grave — fl. 154, com as demais circunstâncias dentro da normalidade, pelo que se fixa a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 12 (doze) dias-multa; inexistem agravantes ou atenuantes, bem como causa de especial aumento de pena, totalizando-se a reprimenda em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor mínimo legal.

Marco Antônio Flora: as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP são favoráveis, donde fixa-se a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, e pagamento de 10 (dez) dias-multa; inexistem agravantes ou atenuantes, bem como causa de especial aumento de pena, totalizando-se a reprimenda em 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal.

A nova redação do art. 44 do Código Penal, advinda com a Lei n. 9.714/98, fixa requisitos objetivos e subjetivos para substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (alcançadas doutrinariamente de "penas alternativas"), tendo-se como condições objetivas, que sempre deverão ser cumpridas: a) pena inferior ou igual a 4 (quatro) anos, se o crime for doloso; b) crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente em crime doloso.

No tocante à reincidência, observa-se que havendo condenação anterior e não sendo o réu reincidente específico, ainda assim poderá obter a substituição, desde que presente um elemento subjetivo adicional: "a

medida seja socialmente recomendável" (§ 3º, art. 44).

No caso em tela, os apelantes foram condenados a penas inferiores a 4 (quatro) anos; o crime pelo qual foram condenados não tem elementos de violência ou grave ameaça (mas um dos comparsas utilizou-se de arma e houve resultado morte) e não são reincidentes; de outra banda, quanto ao requisito subjetivo da suficiência da medida, que sempre deverá ser observado para determinação da substituição, verifica-se que, embora as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP possam ser consideradas favoráveis, entende-se não ser adequada a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, diante das circunstâncias dos fatos criminosos pelos quais os agentes foram condenados. Pelas mesmas razões, Marco Antônio Flora não faz jus à suspensão condicional da execução da pena (sursis).

7. Diante do exposto, conhece-se dos recursos, dá-se provimento parcial ao interposto pelo representante do Ministério Público, para condenar os apelados Celso Barp e Marco Antônio Flora por infração ao art. 155, § 4º, IV, do CP, com penas determinadas neste acórdão, vencido em parte o eminente Des. Vanderlei Romer, que aplicava aos apelados a diminuição especial da pena prevista no parágrafo único do art. 14 do CP, porquanto eles, estando na situação do § 2º do art. 29 do CP, deveriam ser apenados como se tentativa de furto qualificado se tratasse, e negar provimento ao de Verdeci Moura da Silva.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Torres Marques e Vanderlei Romer, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 31 de agosto de 2000.

Nilton Macedo Machado,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.022630-1, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Júri — Homicídio qualificado — Concurso de agentes — Desclassificação para homicídio culposo (imprudência) após rejeição da excludente da legítima defesa — Co-autoria negada — Decisão contrária à prova dos autos — Novos julgamentos ordenados — Recursos providos.

É manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do Júri que reconhece como culposo, na modalidade da imprudência, o proceder do agente que, voluntária e conscientemente, dispara vários tiros contra a vítima, ainda mais quando negado o estado de legítima defesa invocado para justificar as lesões nela produzidas.

Da mesma forma, não pode ser mantida por violar flagrantemente a prova, configurando absurdo sob o prisma lógico-jurídico a decisão do Conselho de Sentença que, no julgamento do primeiro réu, imputa a autoria ao segundo e, no julgamento deste, nega-a, deixando um homicídio sem executor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.022630-1, da comarca de Balneário Camboriú, em que é apelante a Justiça Pública, por seu Promotor, sendo apelados Almerindo Camargo Moraes e Moreno Camargo Moraes:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes provimento, para anular os julgamentos dos apelados Almerindo Camargo Moraes e Moreno Camargo Moraes, para que a outro sejam submetidos.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Balneário Camboriú (Vara Criminal), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Almerindo Camargo Moraes e Moreno Camargo Moraes, dando-os como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inc. I, do Código Penal (homicídio qualificado pelo motivo torpe), porque:

“Em virtude de uma discussão envolvendo contagem de pontos em jogo de bocha, isto em data de 3/10/90, por volta da 1h30min, Patrício de Oliveira, proprietário da cancha,

situada na Rua Oscar Vieira, em Camboriú, auxiliado pelo namorado da filha, o denunciado Almerindo Camargo Moraes, resolveu expulsar do recinto os demais jogadores, Joaquim dos Santos Pacheco, Calinho e Maurício, entre outros. Não gostando desta atitude, formou-se um entrevero no local, tendo havido troca de socos e tapas entre o grupo. Inconformado com o acontecimento, o denunciado Almerindo, por motivo de manifesta vingança, foi até sua casa, acordou o irmão Moreno Camargo Moraes, segundo denunciado, e, armados de revólver foram em busca dos desafetos tripulando uma motocicleta Honda XL 250 R. Encontraram, já defronte a sua casa, a infeliz vítima Joaquim dos Santos Pacheco, e, sem descer da moto, Moreno, que estava na garupa, fez vários disparos, sendo que 4 (quatro) atingiram Joaquim; 2 (dois) na região torácica e 2 (dois) nos quadris, o que ocasionou sua morte por hemorragia interna (laudo de fl. 4), fugindo logo após em alta velocidade" (fls. 2/4).

Concluída a instrução, em 9/9/96 os acusados restaram pronunciados, com o que não se conformaram, interpondo recurso colimando suas absolvições, afirmando que agiram em legítima defesa putativa, ou, alternativamente, a exclusão da qualificadora apontada na denúncia.

Após as contra-razões, e mantida a decisão, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Demétrio Constantino Serratine, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Esta egrégia Câmara Criminal, em 26/8/97, no julgamento do Recurso Criminal n. 97.004497-6, em acó-

rdão da lavra do eminente Des. Álvaro Wandelli, por maioria de votos, decidiu "anular, de ofício, a decisão de pronúncia, a fim de que outra seja proferida e, também por maioria, manter a permanência nos autos da peça anulada, prejudicados os argumentos recursais" (fls. 199/208).

Proferida nova decisão de pronúncia, em 23/5/98 (fls. 214/229), sem recurso, os acusados foram libelados, esclarecendo a ilustre representante do Ministério Público que, após encontrarem a vítima, "que estava defronte à sua residência e, sem descer da moto, o co-réu Moreno, que estava na garupa da motocicleta, acoroçoado e com a participação do acusado Almerindo, efetuou vários disparos, sendo que quatro atingiram a vítima na região torácica e dois nos quadris, ocasionando-lhe a morte, fugindo ambos do local, em alta velocidade" (fls. 235 e 238).

Os acusados foram submetidos a julgamento em datas distintas:

— Almerindo Camargo Moraes, em 19/7/99, reconhecendo o Conselho de Sentença que agiu com culpa, na modalidade de imprudência, em co-autoria, porque "outra pessoa, no caso Moreno Camargo Moraes (...) desferiu contra a vítima" (fl. 296);

— Moreno Camargo Moraes, em 18/8/99, restou absolvido, acatando os Srs. Jurados a tese da negativa de autoria (3x4).

Inconformada com as decisões a representante do Ministério Público apelou, oportunamente, alegando que estas contrariaram a prova dos autos.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, manifestando-se a douta

Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serratine, pelo conhecimento e provimento dos recursos.

É o relatório.

1. De pronto, lembre-se que, em se tratando de decisão emanada do Tribunal do Júri, não obstante seja extraída da Carta Constitucional, sua soberania ostenta valor relativo, "pois as manifestações decisórias emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual. A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da lei fundamental da República, não confere a esse Órgão Especial da Justiça comum o exercício de um poder incontestável e ilimitado. As decisões que dela emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos. A apelabilidade das decisões emanadas do Júri, nas hipóteses de conflito evidente com a prova dos autos, não ofende postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos desse Tribunal Popular. Precedentes" (HC n. 70.129, RJ, rel. Min. Paulo Brossard, DJU 17/6/94, pág. 15.721).

Diante de tais circunstâncias, consoante já se pronunciou nesta Casa, "não há, no Segundo Grau, que se examinar com percuciência, o elenco probatório, mas sim verificar tenha a solução encontrada se adequado a um mínimo de respeitabilidade probatória, pois, como orienta o STF, a decisão dos jurados pode ter-se apoiado em prova suspeita ou fraca, sem, no entanto, contrariar manifestamente a

prova dos autos (RTJ 44/47)" (JC 57/346).

Assim:

"Somente pode ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do Tribunal do Júri de todo absurda, chocante e aberrante de qualquer elemento de convicção colhido no decorrer do inquérito, da instrução ou dos debates em plenário — enfim, a que se apresenta destituída de qualquer fundamento, de qualquer base, de qualquer apoio no processo, com a qual não se confunde a decisão que opta por uma das versões apresentadas" (TJSP, RT 659/251).

Em resumo, a decisão do Júri somente pode ser cassada se for considerada flagrantemente contrária à prova dos autos, quando destituída de qualquer elemento de convicção colhido nos autos; assim, não poderá ser anulada se, havendo nos autos duas ou mais versões, o veredicto se inclina por qualquer delas admissíveis.

2. A prova dos autos, realmente, não se harmoniza com o acolhimento da desclassificação para homicídio culposo, por imprudência, em relação a Almerindo Camargo Moraes, que sempre declarou que a vítima "com a mão esquerda, pegava uma faca que estava em uma bainha da cintura, e com a mão direita pegava um volume que acreditou ser uma arma por debaixo da camisa" (fl. 41v.), daí por que sacou do revólver e começou a atirar em direção a ela, "não vendo onde atingia" (fl. 42).

Da mesma forma foram as suas palavras na fase judicial (fl. 87v.) e diante do Conselho de Sentença (fl. 293), sendo confirmadas pelo co-réu

Moreno Camargo Moraes, também nas três oportunidades em que foi inquirido (fls. 45, 88 e 373).

Tal versão lançada pelo apelado foi repelida pelo Conselho de Sentença, ao afastar a tese de legítima defesa própria, exatamente porque divorciada do contexto probatório, porquanto a versão isolada dada pelo acusado não pode ser considerada versão probatória se desacompanhada de outros elementos que a amparem (JC 58/343). A descrição dos fatos feita pelo apelado Almerindo foi no sentido de que, após a discussão com a vítima, dirigiu-se para a sua casa, pegou a arma e voltou ao local. A legítima defesa não restaria caracterizada, eis que “não há falar em legítima defesa quando o pretense defendente, de algum modo, procede como agente provocador” (JUTACrim 62/282).

Vê-se, portanto, que, negado o estado de legítima defesa, diante da ausência de qualquer elemento de prova a sustentar a versão dada pelo apelado, a subsequente desclassificação da imputação de homicídio doloso para culposos, mediante o reconhecimento da imprudência por parte do agente, atentou contra a prova contida no caderno processual.

É evidente que foi Almerindo o autor dos disparos, como afirma, e foram disparados de forma voluntária e consciente contra a vítima, nas condições do art. 19 do Código Penal.

Ora, como se sabe, a culpa caracteriza-se pela ação ou omissão voluntária que produz um resultado anti-jurídico não querido, mas previsível, que, com a observância das devidas cautelas, poderia ser evitado.

Julio Fabbrini Mirabete, a propósito, observa:

“Enquanto nos crimes dolosos a vontade está dirigida à realização de resultados objetivos ilícitos, os tipos culposos ocupam-se não com o fim da conduta, mas com as conseqüências anti-sociais que a conduta vai produzir; no crime culposos o que importa não é o fim do agente (que é normalmente lícito), mas o modo e a forma imprópria com que atua. Os tipos culposos proibem assim condutas em decorrência da forma de atuar do agente para um fim proposto e não pelo fim em si. O elemento decisivo da ilicitude do fato culposos reside não propriamente no resultado lesivo causado pelo agente, mas no desvalor da ação que praticou. Se um motorista, por exemplo, dirige velozmente para chegar a tempo de assistir à missa domingueira e vem a atropelar um pedestre, o fim lícito não importa, pois agiu ilicitamente ao não atender ao cuidado necessário a que estava obrigado na sua ação, dando causa ao resultado lesivo (lesão, morte). Essa inobservância do dever de cuidado faz com que essa sua ação configure uma ação típica” (Manual de Direito Penal, 15ª ed., SP, Atlas, 1999, pág. 145).

Ademais, sem necessidade de muito esforço que o agente atuou com vontade dirigida a concretizar o tipo, vale dizer, com vontade de realizar a conduta e de produzir o resultado ou assumir o risco.

É que, entre os elementos do dolo, está a consciência da conduta e do resultado. Ora, quem alega ter agido para defender a si próprio, teve sua vontade dirigida com manifesta finalidade de comportamento; já a espécie

culposa não cuida da finalidade da conduta, mas da não observância do dever de cuidado e, só por isso, o comportamento é punível. No crime culposo, a conduta é desejada, mas decorre da inobservância do cuidado objetivo manifestado pela imprudência, negligência ou imperícia; inócorre a previsão.

Já se decidiu, nesta Câmara, que “quem, como o ora recorrido, dispara seu revólver contra desafeto, afirmando que agiu em defesa própria, consciente, pois, do seu proceder, com previsibilidade, portanto, das eventuais conseqüências, não pode pretender seja, dito proceder, considerado culposo, na modalidade da imprudência. E se os jurados acatam a tese do crime culposo, conflitante, ressalte-se, com as palavras do agente, tem-se uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos” (JC 63/257-260 — rel. Des. Tycho Brahe).

No mesmo sentido: Jurisprudência Catarinense, vol. 65/365-366 — rel. Des. Ayres Gama.

Por essas razões, outra alternativa não resta senão acolher o recurso ministerial, para decretar a nulidade do julgamento noticiado nos autos, eis que o veredicto consagrou “um absurdo sob o prisma lógico-jurídico” (JC 65/366) determinando-se que a outro seja o apelado submetido.

3. Quanto à decisão proferida no julgamento do co-réu Moreno, a mesma sorte também assiste à apelante.

A exposição de motivos ao Código Penal esclarece que “para que se identifique o concurso, não é indis-

pensável um ‘prévio acordo’ das vontades: basta que haja em cada um dos concorrentes conhecimento de concorrer à ação de outrem. Fica, destarte, resolvida a vexata quaestio da chamada autoria incerta, quando não tenha ocorrido ajuste entre os concorrentes. Igualmente, fica solucionada, no sentido afirmativo, a questão sobre o concurso em crime culposo, pois neste tanto é possível a cooperação material, quando a cooperação psicológica, isto é, no caso de pluralidade de agentes, cada um destes, embora não querendo o evento final, tem consciência de cooperar na ação”.

Damásio de Jesus leciona que “para que haja co-autoria não é necessário que todos realizem os mesmos atos executivos do crime”, esclarecendo quanto ao conceito de participação, que esta se dá “quando o sujeito, não praticando atos executórios do crime, concorre de qualquer modo para a sua realização (CP, art. 29). Ele não realiza conduta descrita pelo preceito primário da norma, mas realiza uma atividade que contribui para a formação do delito. Chama-se partícipe. No sentido do texto: RT 494/339 e 572/393; RJTJSP 37/288 e 40/317” (Código Penal Anotado, 10 ed., SP, Saraiva, pág. 135).

O saudoso mestre Nelson Hungria, ao comentar sobre o tema, escreveu que “sob o ponto de vista objetivo, para que se reconheça a participação no crime, basta a cooperação na atividade coletiva de que promova o resultado antijurídico; mas, para que o partícipe responda penalmente, é também necessário um elemento psicológico: a vontade consciente e livre de concorrer, com a própria ação de

outrem" (Comentários ao Código Penal, 1949, vol. 1, pág. 553).

Ora, para a caracterização da co-autoria, basta a simples presença do agente no local do crime emprestando apoio moral à conduta delituosa do co-réu, a quem estava ligado pelo mesmo interesse (RT 523/439).

É de fato o entendimento deste Tribunal:

"Até na hipótese da participação corporalmente inerte, há participação quando redunde em força moral cooperativa, como no caso, por exemplo, de quem só com a sua presença ao lado do executor o acorçoa e encoraja, pela certeza de sua solidariedade e esperança de sua eventual ajuda" (TJSC, rel. Des. Eduardo Luz, RT 441/461).

Ainda:

"Quem, pela adesão da vontade e por gestos concretos, participa de um homicídio, incide nas penas ao crime cominadas, nos termos do art. 29 do Código Penal" (rel. Des. Ernani Ribeiro, JC 55/352).

Ou, mais especificamente:

"No concurso delinqüencial não se faz mister que todos os participantes consumem atos típicos de execução para ser alguém co-responsabilizado; basta que se constate haja colaborado para o evento, auxiliando (física ou moralmente), instigando, prestigiando ou encorajando (em certas ocasiões a simples presença voluntária) a atuação dos executores diretos" (JC 69/518, deste Relator).

No caso dos autos, não se pode negar a presença de Moreno no local, por ele próprio confirmada, quando inquirido na fase investigatória,

alegando "que seu irmão já ia saindo de moto, com o revólver na boca do estômago, quando o declarante, desarmado, pulou na garupa da moto, indo junto" (fls. 45) .

Mas, o que se verifica, na verdade, é que as decisões são contraditórias entre si e daí violam a prova. Se Almerindo, que confessou a autoria, não atirou, tendo o Conselho de Sentença imputado a autoria a Moreno, e este também não atirou, quem foi?

A prova dos autos, aliás, como se afirmou acima, apresenta versão que permitia aos jurados decidirem pelo inacolhimento do libelo em relação ao apelado Moreno, amparada na confissão segura da autoria do co-réu Almerindo — só que o Júri de Almerindo não aceitou a confissão deste, pois imputou a autoria ao outro.

Note-se, de outra banda, que o próprio libelo-crime acusatório identificou o autor dos disparos como sendo o apelado Moreno, e, obviamente, se os jurados acataram a tese da defesa, suscitada desde a fase investigatória, no sentido de que quem teria disparado os tiros fatais teria sido o apelante Almerindo, não há como manter a decisão que nada mais fez do que deixar um homicídio sem executor.

Resumindo: configura absurdo, sob o prisma lógico-jurídico, a decisão do Conselho de Sentença que, no julgamento do primeiro réu, imputa a autoria ao segundo, e, no julgamento deste, nega-a, deixando um homicídio sem executor.

4. Diante do exposto, conhece-se dos recursos e dá-se-lhes provimento, para anular os julgamentos dos apelados, para que a outro sejam submetidos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 9 de maio de 2000.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.016017-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Torres Marques

Estelionato — Agente julgado perante a Auditoria da Justiça Militar — Membro do Conselho de Justiça que, antes de proclamado o resultado do julgamento, modifica seu voto, redundando na absolvição do acusado, por insuficiência de provas — Ata lavrada por escrivão, obedecidas as formalidades legais — Juntada nos autos após a data do julgamento — Nulidade não ocorrente — decisão de acordo com a prova amealhada — Apelo ministerial desprovido.

A alteração de voto por um dos membros do Conselho de Justiça antes de proclamado o resultado não implica em nulidade do julgamento.

O Escrivão judicial possui fé pública, presumindo-se verdadeiros os termos por ele apostos na ata do julgamento, cuja juntada pode ocorrer em data posterior ao referido ato. Cabe, assim, à parte inconformada, comprovar que o seu teor não condiz com a realidade dos fatos.

Estando a decisão absolutória, por três votos a dois, proclamada pelo Juiz Auditor, em consonância com os termos dos autos, que não reúnem provas suficientes da autoria do delito de estelionato, não há que se imputar a autoria ao réu.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.016017-0, da comarca da Capital (Vara de Auditoria da Justiça Militar), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado José dos Santos:

ACORDAM, em Câmara Especial Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca da Capital José dos Santos foi denunciado perante a Auditoria da Justiça Militar como incurso nas sanções dos artigos 312 e 251, § 3º, ambos do Código Penal Militar, porque, em 5/12/97, acessou, via computador, o Sistema Integrado de Recursos Humanos e alterou a escala de férias daquele ano, na qual para ele já havia sido designado o mês de abril, fazendo constar o mês de janeiro do ano subsequente. Cinco dias após, ao verificar que a alteração fora corrigida pelo policial encarregado do cadastro, fez nova modificação para o mês de janeiro. Consta, ainda, na exordial, que já havia procedido de forma semelhante nos meses de agosto e setembro de 1996, inserindo, no referido sistema, horas extras e adicional noturno superiores às que efetivamente havia cumprido. Fez também constar naquele substituição militar que, na verdade, não houve.

Recebida a denúncia, foi instalado o Conselho de Justiça, o qual, após processado o feito, reuniu-se no dia 14/9/98 e, concluídos os debates, condenou o acusado, por três votos a dois, à pena de três anos de reclusão. Todavia, segundo consta da referida ata de julgamento, “enquanto o MM. Juiz Auditor fazia o cálculo da pena, o Cap. PM Júnior José Pratts, Membro do Conselho, mudou seu voto de condenatório para absolutório, resultando numa absolvição do acusado por três votos a dois”. Foi, então, reaberta a sessão, na qual o Sr. Presidente do Conselho fez a proclamação do resultado.

Contra isso se insurgiu o representante do Ministério Público que

ofertou o presente recurso de apelação pretendendo anular o julgamento ao argumento de que “ocorreram três situações que viciaram o ato: 1) mudança de voto por um membro do Conselho, após fixada a pena; 2) não elaboração da ata do julgamento na data em que ocorreu; 3) consignação incorreta de acontecimento na ata de julgamento”. Aduz que somente após fixada a pena, e informado pelo MM. Juiz Auditor que o réu não teria direito ao sursis, o Cap. Júnior José Pratts mudou seu voto de condenação para absolvição. Nesse ponto, segundo o apelante, também reside a inverdade constante da ata, no sentido de que referido voto fora mudado “enquanto o MM. Juiz Auditor fazia o cálculo da pena”. Por isso, e também porque junta aos autos a destempo, não foi assinada pelo apelante, que pretende ver anulado o julgamento com fulcro no artigo 500, inciso IV, c/c o artigo 448, ambos do Código de Processo Penal Militar. Caso inacolhidas as preliminares de nulidade, objetiva ver reformada a sentença para condenar o réu pela prática de estelionato, por três vezes, aplicando-se, no cálculo da pena, o disposto no artigo 79 do Código Penal Militar”, adotando, como razões, o voto vencido de fls. 142/149.

Em contra-razões, sustenta o recorrido que a ata espelhou a realidade dos fatos, como consta, inclusive, do voto vencido, e sua juntada tardia em nada prejudicou as partes. Pugna, assim, pela manutenção do decidido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Demétrio Constantino Serratine, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

II — Voto

Quanto à preliminar de nulidade do julgamento, razão não assiste ao apelante.

A mudança de voto pelo Juiz Militar, Cap. PM Júnior José Pratts, deu-se antes da proclamação do resultado. Da ata de julgamento extrai-se que “às 16h20min, o Conselho deliberou em sessão secreta, sendo convidadas as partes, onde foi o acusado condenado por 3x2 (três votos a dois), à pena de 2 (dois) anos de reclusão, aumentada de $\frac{1}{4}$ (um quarto) em razão da causa de aumento do § 3º, do art. 251 do COM — detrimento da administração militar — e de $\frac{1}{5}$ (um quinto) em face do crime continuado (art. 71, do CP), resultando a pena definitiva de 3 (três) anos de reclusão. Todavia, enquanto o MM. Juiz Auditor fazia o cálculo da pena, o Cap. PM Júnior José Pratts, membro do Conselho, mudou seu voto de condenatório para absolutório, resultando numa absolvição do acusado por 3x2 (três votos a dois). Às 16h35min, reaberta a sessão pública, presentes as partes, o Sr. Presidente do Conselho fez a proclamação do resultado, onde o CPJ resolveu tomar conhecimento da denúncia e, por 3x2 (três votos a dois), julgá-la improcedente, para absolver o acusado...” (fl. 132).

Isso foi reafirmado no voto vencido dos Exmos. Srs. Juiz Auditor e Juiz Presidente, quando afirmou: “Por derradeiro, registre-se que a mudança de voto pelo Juiz-Militar, conforme consta da Ata da sessão de Julgamento, ocorreu após o Conselho resolver condenar o acusado por 3x2, mas antes de proclamada a decisão fi-

nal, no momento em que era fixada a pena”.

Assim, não se vislumbra qualquer irregularidade na modificação do voto por parte de um dos membros do Conselho de Justiça, eis que operado antes de proclamado o resultado do julgamento, quando a sessão ainda estava na fase secreta, mas na presença das partes, as quais, aliás, nada fizeram constar na ata a respeito, naquela oportunidade.

Também não constitui nulidade a juntada da ata aos autos após findo o julgamento. O Código de Processo Penal Militar prevê, em seus artigos 447 e 448, que “o escrivão lavrará nos autos, em todos os casos, as respectivas certidões de intimação, com a indicação do lugar, dia e hora em que houver sido feita” e “o escrivão lavrará ata circunstanciada de todas as ocorrências na sessão de julgamento”. Finda referido estatuto estabelecendo que “da ata será anexada aos autos cópia autêntica datilografada e rubricada pelo escrivão” (art. 448, parágrafo único, do CPPM). Não há, portanto, qualquer restrição quanto ao prazo de juntada do referido documento ao processo.

A afirmação do apelante de que na ata constam afirmações falsas não ficou comprovada, como lhe caberia fazer, tendo em vista que o escrivão tem fé pública, pelo que se presumem verdadeiros os termos que ali fez constar.

No mérito, melhor sorte não lhe socorre.

Conforme depreende-se do quadro de alterações realizadas na inserção do Plano de Férias do Sgt. PM Mat. 900978-7, José dos Santos (ora

apelado), extraídas do relatório fornecido pelo Ciasc (fl. 15), a alteração ocorrida em 5/12/97 foi operada pelo apelado, passando do mês de abril para janeiro de 1997. Cinco dias após, foi procedida nova alteração, desta vez pelo Sgt. Márcio, transferindo referido gozo de férias para o mês de abril. Contudo, no mesmo dia, houve nova modificação no Plano de Férias, fazendo constar o mês de janeiro. Esta alteração foi realizada com a senha da Sgt. Erica, a qual, em 3/1/97, voltou a fazer constar ali o mês de abril.

A primeira alteração, de abril para janeiro, foi efetuada pelo apelado, sem dúvida. Entretanto, cinco dias após, o "equivoco" foi corrigido pelo Sgt. Márcio, mas, neste mesmo dia, alguém, utilizando-se da senha da Sgt. Erica, procedeu à nova modificação, a qual, com esta mesma senha, foi reformulada em janeiro de 1997.

Erica declarou que "em nenhum momento executou qualquer alteração na SIRH, relativa ao cadastro de férias" (fls. 36/37), mesmo porque, no momento das referidas alterações, estava dispensada do serviço no período vespertino enquanto se encontrasse na fase de lactação.

Contudo, a simples negativa de autoria das modificações por Erica, não pode levar, por si só, à conclusão de que foi o apelante que, utilizando-se de sua senha, assim procedeu. Tanto é duvidosa a possibilidade, que, após assentado o mês de janeiro, quando pretendia gozar suas férias, com a mesma senha utilizada para tanto, tenha, em seguida, alterado o mês do gozo do benefício para abril.

Não há testemunhas oculares dos fatos e o apelado, sempre que ouvido, negou a autoria. O único momento em que admite ter entrado no sistema foi aquele constatado pelo Ciasc, sendo que, tão-logo descoberta a alteração, o Sgt. Márcio retificou referido dado, não acarretando, portanto, esse seu único ato comprovado, qualquer prejuízo para a administração militar.

Ramagem Badaró, ao comentar o artigo 251 do Código Penal Militar, salienta que "o que se pune no delito de estelionato não é a fraude em si, porém, o que dela resulta em termos de locupletação indevida ou de ilícita lesão ao direito patrimonial de outrem. Portanto, o que configura e dá fisionomia típica penal ao estelionato é a lesão patrimonial mediante meio ardiloso ou engano fraudulento de qualquer natureza" (Comentários ao Código Penal Militar de 1969, 2º vol., Ed. Juriscredi Ltda., São Paulo, 1972, pág. 162).

No caso em questão, mais precisamente no que diz respeito à alteração do mês referente ao gozo das férias do apelante, a única vantagem dela decorrente foi o recebimento do terço de férias alguns meses antes do devido, conforme constava no sistema de recursos humanos, e tal quantia não lhe foi repassada novamente naquele ano. Recebeu, portanto, algo que lhe era devido, consoante a planilha de férias constante do computador, da qual não há provas de que tenha alterado. Frise-se que sequer gozou suas férias no mês de janeiro e, após a confusão, nem em abril, sendo postergadas para setembro de 1997.

Não há, portanto, prova segura a demonstrar tenha sido o apelado o autor das alterações dos períodos de gozo de suas férias no ano de 1997.

Da mesma maneira, não existe, no processo, qualquer prova segura a embasar a condenação pelas modificações referentes às horas extras, adicionais noturnos e substituição. E, sobre esses fatos, além de não demonstrada, cristalinamente, a autoria das alterações mencionadas na denúncia, também não ficou comprovado que os novos dados não correspondiam à realidade dos fatos, ou seja, que o apelado não trabalhou fora do horário de expediente, ou à noite, bem como de que não faça jus aos valores referentes à substituição. Ao contrário, todas as testemunhas de defesa alegaram que têm conhecimento que o apelado já substituiu um Sargento antes, entre os anos de 1995 e 1996, abrangendo a data constante no extrato de fl. 62 (17/9/96).

Cabe salientar, por fim, que o simples fato de o apelado já possuir condenação por crime de igual natureza não tem o condão de presumi-lo autor dos delitos em tela.

III — Decisão

Pelo exposto, conhece-se do recurso ministerial, porque próprio e tempestivo e, afastada a preliminar de nulidade, nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu, tendo lavrado parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 8 de setembro de 2000.

Nilton Macedo Machado,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.016490-0, DE LAGES

Relator: Des. Torres Marques

Crime de trânsito — Homicídio culposo — Condutor que dirigia veículo em via pública sem habilitação e sob a influência de álcool — Condenação por infração ao art. 302, parágrafo único, inc. I, da Lei n. 9.503/97 — Recurso ministerial — Pretendido reconhecimento do concurso material com o crime de embriaguez ao volante — Impossibilidade — Inexistência de comprovação de conduta anormal do veículo — Delito subsidiário que resta absorvido pelo homicídio culposo.

Pedido de aplicação da multa reparatória do art. 297 do Código de Trânsito Brasileiro — Inadmissibilidade — Ausência de demonstração dos prejuízos materiais advindos do acidente e de seu

respectivo valor — Decisão mantida — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.016490-0, da comarca de Lages (1ª Vara), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Edson Pereira Muniz:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Lages, Edson Pereira Muniz foi denunciado por infração aos arts. 302, 306 e 309, todos da Lei n. 9.503/97, pois, segundo consta da peça acusatória, no dia 3 de janeiro de 1999, por volta das 23h15min, o denunciado, após embriagar-se ao ponto de atingir a marca de 10 (dez) decigramas de álcool por litro de sangue (o que lhe reduziu os reflexos motores e alterou a percepção dos fatos) e ainda sem possuir a devida habilitação legal, passou a guiar imprudentemente o automóvel Fiat 147 L, ano 1980, placa LXI 1202, de Otacílio Costa (SC), de propriedade de Marco Diones da Silva, pela Av. Belizário Ramos, no sentido da Av. Duque de Caxias para a Av. Papa João XXIII, nesta Cidade, momento em que, na altura da residência n. 3.175, ao tentar realizar uma manobra de ultrapassagem sobre um veículo que seguia a sua frente, não manteve a devida atenção ao traçado da pista e perdeu o controle de direção sobre o automóvel, vindo a capotar e cair com o veículo em questão no rio Carahá,

sem que ao menos tivesse conseguido esboçar qualquer reação visando a empreender manobra salvadora.

Em razão do acidente, os passageiros do veículo Luiz Arnaldo Cristofolini e Anderson Reis Pereira restaram lesionados, enquanto Peter Quevedo de Brum faleceu.

Ao dirigir embriagado veículo automotor, o denunciado agiu imprudentemente ao não manter a devida atenção ao traçado da pista de rolamento, e, ao deixar de empreender manobra que evitasse o acidente, agiu negligentemente.

Encerrada a instrução criminal, o digno Magistrado julgou procedente em parte a denúncia para condenar Edson Pereira Muniz por infração ao art. 302, parágrafo único, inc. I, da Lei n. 9.503/97, à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, aplicando, ainda, cumulativamente, a pena de proibição de obter permissão para dirigir veículo automotor, ou a sua suspensão, se a obteve, pelo prazo de 3 (três) meses, a partir do trânsito em julgado da presente; concedeu, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por uma restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública.

Inconformado, o representante do Parquet interpôs apelação, asseverando que apesar de o Juiz Togado ter reconhecido a existência das infrações penais descritas na denúncia, quais sejam, de embriaguez ao volante e falta de habilitação para conduzir veículo automotor, deixou de aplicar a pena correspondente, por entender

que o delito foi único, ou seja, o tipificado no art. 302 do CTB.

No que tange à dosimetria da pena, insurgiu-se contra a não aplicação da regra do concurso material entre os delitos previstos nos arts. 302 e 306, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, bem como argumentou no sentido da possibilidade de aplicação da penalidade de multa reparadora, contida no art. 297 da Lei n. 9.503/97 ao caso.

Contra-arrazoado o apelo (fls. 79/84), os autos foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça que se manifestou pelo desprovemento do recurso (fls. 88/90).

II — Voto

Primeiramente, no que tange ao pedido de condenação do acusado também pelo delito do art. 306 da Lei n. 9.503/97, em concurso material com o do art. 302 do mesmo Diploma Legal, cumpre esclarecer que dirigir embriagado, por si só, não constitui crime, pois o tipo penal descrito no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro exige que o acusado esteja conduzindo veículo automotor, em via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

Nesse contexto, o fato de o ora apelado estar com um nível de alcoolemia em 10dg (dez decigramas) por litro, quando o máximo tolerado pela legislação é de 6dg (seis decigramas), não é suficiente para que se comprove que o condutor do veículo cometeu o delito contido no art. 306 do CTB, uma vez que além de estar dirigindo alcoolizado, o artigo exige que este esteja conduzindo o veículo anormal-

mente, de forma a expor a dano potencial a incolumidade de outrem.

É o que defende Damásio de Jesus: “Não é suficiente prova de que o sujeito dirigiu veículo embriagado ou com determinada taxa de álcool no sangue ou que bebeu antes de dirigir; é imprescindível a demonstração da influência etílica na condução; que se tenha manifestado na forma de afetação efetiva da capacidade de dirigir veículo automotor, reduzindo ou alterando a capacidade sensorial, de atenção, de reflexos, de reação a uma situação de perigo (time-lag) com propensão ao sono etc. (modificação significativa das faculdades psíquicas ou sua diminuição no momento da direção), consistente, como ficou consignado, numa condução imprudente, descuidada, temerária ou perigosa, de acordo com as regras da circulação viária (Ramón Maciá Gomez, *Delitos y faltas*, cit., págs. 29/31)” (ob. cit., pág. 155).

Essa elementar do crime, por sua vez, não restou comprovada no caso em exame e, considerando que não ficou evidenciado que o ora recorrido estava conduzindo o veículo em velocidade superior à permitida no local, tendo em vista que inexistem testemunhas presenciais e as próprias vítimas das lesões corporais testemunharam no sentido de que Edson Pereira Muniz estava empreendendo velocidade compatível com o local, deve ser absolvido pela prática de tal ilícito em face da insuficiência de provas.

Nesse sentido já decidiu esta egrégia Corte, ao decidir caso análogo:

“Homicídio culposo — Acidente de trânsito — Lei n. 9.503/97, art. 302

— Atropelamento em rodovia — Absolvição — Agente embriagado — Condição que por si só não implica em imprudência — Vítima que trafega com bicicleta em alta velocidade — Trecho irregular — Manobra inadvertida — Dúvida — Absolvição mantida.

“A embriaguez do motorista envolvido em acidente, sendo caracterizadora do crime previsto no art. 306, do CTB, não resulta, por si só, em presunção de culpa em relação a eventual lesão corporal ou morte advinda do evento.

“Para reconhecimento da culpa do motorista embriagado há que se demonstrar, objetivamente, por elemento concreto e visível, tenha agido com imprudência, imperícia ou negligência” (Ap. Crim. n. 98.018158-5, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Ademais, o delito de embriaguez ao volante trata-se de um crime subsidiário e como tal, quando cometido em concurso com o homicídio culposo (art. 302 do CTN), resta por este absorvido.

Nesse sentido, o entendimento majoritário dos doutrinadores que discorrem acerca da matéria, dentre os quais destaca-se Damásio de Jesus, Luiz Flávio Gomes e Fernando Capez/Victor Eduardo Rios Gonçalves, respectivamente:

“Hipótese: motorista, dirigindo embriagado e de forma anormal, causa acidente de trânsito, matando uma pessoa. O art. 306 não prevê forma preterdolosa com o resultado morte. Diante disso, haverá três orientações: 1ª) o delito culposo absorve a embriaguez ao volante; 2ª) não há absorção, ocorrendo concurso material de infra-

ções; 3ª) existe concurso formal de crimes. Nossa posição: o sujeito responde só pelo delito culposo. Se de um delito de mera conduta advém resultado naturalístico, o sujeito responde pelo delito material (homicídio culposo no trânsito)” (in Crimes de Trânsito: Anotações à Parte Criminal do Código de Trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997), Damásio E. de Jesus, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 163).

“Concurso de crimes: se o sujeito bêbado comete um homicídio culposo no trânsito, este absorve o delito do art. 306. Tratando-se de contexto fático único, só se pode vislumbrar a existência de um único crime. Se a condução irregular provocou a morte, o que temos é o homicídio” (Estudos de Direito Penal e Processual, Luiz Flávio Gomes, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pág. 50).

“(…) se o agente provoca homicídio ou lesão culposa, responde apenas por esses crimes, ficando absorvido o crime de embriaguez ao volante” (Aspectos Criminais do Código de Trânsito Brasileiro, Fernando Capez e Victor Eduardo Rios Gonçalves, São Paulo, Saraiva, pág. 47).

Assim sendo, mesmo se estivesse comprovado que o réu, além de alcoolizado, estava dirigindo o veículo de forma anormal — o que não se vislumbra no caso em apreço —, seria condenado tão-somente por infração ao art. 302 da Lei n. 9.503/97; com a incidência da causa de aumento do inciso I do parágrafo único do CTB, em face de não possuir permissão para dirigir ou Carteira de Habilitação.

Relativamente à pretensão ministerial, de aplicação da multa repa-

ratória, prevista no art. 297 do Código de Trânsito Brasileiro, reporto-me ao próprio texto da Lei, verbis:

“Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

“§ 1º. A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo.

“§ 2º. Aplica-se à multa reparatória o disposto nos arts. 50 a 52 do Código Penal.

“§ 3º. Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado”.

Consoante o contido no dispositivo em análise, a multa reparatória só pode ser fixada quando existente prejuízo material decorrente do ilícito, e seu valor nunca pode ser superior ao quantum correspondente aos prejuízos demonstrados no processo.

Bastam tais afirmações para se concluir da impossibilidade da incidência da multa reparatória no caso em exame, uma vez que inexistem elementos, no autos, a demonstrar os danos reais advindos do acidente nem o quantum a eles equivalente. Nada obsta, porém, que tais valores sejam levantados na esfera civil, por meio de ação de indenização.

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 17 de agosto de 2000.

Nilton Macedo Machado,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.009076-0, DE PALHOÇA

Relator: Des. Torres Marques

Crime contra a saúde pública — Prefaciais de nulidade da citação, do laudo pericial e da sentença afastadas.

Plantio de maconha — Uso próprio — Pleiteada a desclassificação para o delito previsto no art. 16 da Lei de Tóxicos — Provas que não induzem ao tráfico — Desclassificação concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.009076-0, da comarca de Palhoça (2ª Vara), em que é apelante Walter

Francklin de Paula, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Câmara Especial — Processos Criminais, por unanimidade de votos, dar provimento em parte ao recurso para afastar as prefaçiais de nulidade, e, no mérito, conceder a desclassificação para o delito do art. 16 da Lei n. 6.368/76, expedindo-se o competente alvará de soltura se por aí não estiver preso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Perante o Juízo da comarca de Palhoça (2ª Vara), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Walter Francklin de Paula e Roberto Odilon de Paula, dando-os como incurso nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76, pois, objetivando averiguar informações anônimas, policiais militares dirigiram-se à localidade de Praia da Guarda do Embaú. Chegando na residência do acusado, avistaram alguns pés de “maconha”. Na ocasião, apreenderam 27 (vinte e sete) pés de “maconha”, acondicionados em vasos e sacos plásticos, plantados pelo denunciado; 1 (uma) lata de pastilhas Valda, enferrujada, contendo em seu interior 3 (três) gramas e 4 (quatro) decigramas de sementes de “maconha”; 2 (dois) sacos plásticos transparentes contendo sumidades floridas, pesando um total de 31 (trinta e um) gramas e 7 (sete) decigramas; 6 (seis) fotografias da erva popularmente conhecida por “maconha”; uma caixa contendo 48 maços de papel fino; 3 (três) “maricas” e 1 (um) apetrecho confeccionado com duas lâmpadas de mercúrio e um abajur, conforme o termo de apreensão de fl. 30. Foi ainda apreendida em poder do acusado a quantia de U\$ 3.400,00 (três mil e quatrocentos

dólares americanos) e R\$ 100,00 (cem reais), conforme termo de apreensão de fl. 31. Em poder do denunciado Roberto Odilon de Paula 3 (três) pés de “maconha”, acondicionados em vasos de cor branca (fl. 32).

Concluída a instrução criminal, o acusado Roberto Odilon de Paula restou absolvido com fundamento no art. 386, VI, do CPP. Walter Francklin de Paula foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, como incurso nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76, bem como ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, à razão de 1/15 (um quinze avos) do salário mínimo vigente à época da infração.

Inconformado, apelou o acusado Walter Francklin de Paula argüindo, preliminarmente, nulidade da citação, do laudo pericial, bem como a ausência de fundamentação da sentença condenatória. No mérito, pugnou pela absolvição por não restar caracterizado o tráfico de entorpecentes pelas provas produzidas. Sucessivamente, pleiteou a desclassificação para a figura do art. 16 da Lei de Tóxicos.

Contra-arrazoados, ascenderam os autos a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo desprovimento do recurso interposto.

II — Voto

Trata-se de irresignação acerca da condenação pelo crime de tráfico. Preliminarmente, alega a ocorrência de nulidade, em razão da ausência de citação do acusado para o interrogatório.

A nulidade argüida não deve prosperar. Conforme dispõe o art. 360 do Có-

digo de Processo Penal, estando o réu preso não há necessidade de citação, bastando a requisição de sua apresentação em Juízo, no dia e hora designados.

É o entendimento jurisprudencial desta Corte:

“Não há que se falar em nulidade pelo fato de o réu, que se encontra preso, ter sido requisitado para o interrogatório e não citado. O ato não está maculado, inexistindo qualquer prejuízo ao apelante” (Apelação Criminal n. 99.015209-0, de Joinville, rel. Des. Genésio Nollí).

A esse respeito, ensina Julio Fabbrini Mirabete:

“Segundo a jurisprudência, a falta de citação do réu é sanada pelo seu comparecimento a juízo para o interrogatório, ainda que, estando preso, seja apresentado em decorrência de requisição” (in Código de Processo Penal Interpretado, Referências Doutrinárias — Indicações Legais — Resenha Jurisprudencial, 5ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 1997, pág. 709).

É o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“O comparecimento do réu a juízo sana o defeito de citação” (RTJ 71/669).

Destarte, tem-se por rejeitada a preliminar de nulidade arguida.

Alega, ainda, o acusado nulidade do laudo pericial diante do descumprimento de formalidades essenciais na sua feita.

Examinando-se o laudo pericial de fls. 67/70, verifica-se que ele preencheu os requisitos legais, tendo sido assinado por dois peritos oficiais, sendo que a reprodução de cromatografia em sílica é parte integrante do laudo e

portanto a falta de assinatura dos peritos nesta não gera nulidade. A substância apreendida em poder do acusado foi minuciosamente examinada pelo laudo, concluindo os peritos tratar-se a espécie vegetal de cannabis sp (maconha), droga psicotrópica, podendo causar dependência física e/ou psíquica.

Sendo assim, afastada a possibilidade de nulidade do laudo de fls. 67/70.

No tocante à alegação de nulidade da sentença por ausência de motivação, do mesmo modo não merece guarida.

Aduz a falta de motivação da sentença, quando esta negou a possibilidade do plantio da substância pelo acusado para o seu próprio consumo.

Compulsando os autos, extrai-se da sentença de fls. 148/161:

“No caso, a autoria é negada pelo acusado Walter tanto na fase policial, quanto na judicial, ao argumento de que cultivava a erva com o propósito de consumo próprio, declarando-se usuário (...).

“Na hipótese, o número de plantas encontradas na casa do acusado Francklin, vinte e quatro (24) pés, supera as expectativas de consumo, sobretudo se levada em consideração a rapidez com que se desenvolve e floresce, já que se trata de espécie híbrida, diferente da erva comumente cultivada no Brasil. Além das plantas foram também encontradas em poder do acusado sementes e papel para fabricação de cigarros. O acusado possuía ainda em sua casa um quarto com paredes revestidas de alumínio e lâmpada de mercúrio (...).

“Embora negue a imputação de tráfico, ao argumento de que cultivava a maconha apenas para consumo próprio, convém esclarecer que, para a configuração do tráfico de entorpecentes, é prescindível que o agente seja flagrado no momento da comercialização, bastando que pratique uma das várias ações prevista no art. 12 da Lei n. 6.368/76, dentre elas, ‘semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica’.

“Cumpra observar que, em tema de comércio clandestino de entorpecentes, sabe-se que o fato de o agente semear e cultivar a maconha, com plena consciência da ilicitude desse procedimento, por si só, tipifica a sua conduta, pois, irrelevante mostra-se a destinação do produto, se para uso ou comercialização. É que ‘no caso de plantação de maconha a lei não distingue se o seu destino é a venda ou o uso próprio’ (RF 274/300)”.

Como se vê, devidamente fundamentada a sentença ao analisar a conduta do acusado.

No mérito vem o réu pleitear a desclassificação para o art. 16 da Lei n. 6.368/76, sustentando que a prova produzida é deficiente para a condenação por tráfico.

A materialidade do delito restou comprovada pelo termo de apreensão (fl. 8), bem como pelo laudo de constatação (fl. 33) e do laudo definitivo (fls. 67/70).

A autoria do plantio restou caracterizada pelas declarações do acusado em ambas as fases processuais, bem como pelas declarações dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante (fls. 108/111).

Ocorre que o elenco probatório evidencia tão-somente o delito de uso.

O acusado, tanto no inquérito quanto na fase judicial, declarou-se usuário de drogas, alegando que a droga apreendida se destinava exclusivamente ao seu consumo. A dependência do acusado se comprova pelo exame de dependência toxicológica que correu apenso aos autos principais, concluindo: “Pelas observações citadas acima, devido ao longo tempo de uso, por ocasião dos fatos narrados nos autos do Processo Crime de n. 045.99.006288-5, apresentava uma dependência psíquica à maconha, em grau leve. Assim, com referência ao artigo 16 da Lei n. 6.368/76, haveria uma diminuição da capacidade de determinação, em relação única e exclusivamente ao uso de maconha”.

Em Juízo afirmou o acusado:

“(…) Que reconhece os objetos descritos no termo de apreensão de fl. 8, que estavam em poder de Roberto Odilon de Paula, os quais segundo o interrogando são de sua propriedade; que reconhece os objetos descritos no termo de apreensão de fl. 30, os quais são de sua propriedade; que é verdadeira em parte a imputação que lhe é feita; que explicará a seguir; que possuía o entorpecente apreendido para consumo próprio; que explica a quantidade pois são plantas híbridas, as quais devido a serem híbridas não crescem muito, ou seja, um mês e meio já é para consumo; que o interrogando somente usava a floração da planta para consumo; que as sementes das plantas apreendidas o interrogando ganhou de um amigo seu; que a fotografia de fl. 24 retrata as mãos do interrogando (...) que fuma uns quatro

cigarros de maconha por dia; que é dependente da droga (...)” (fls. 52/53).

Sendo assim, comprovada está a propriedade da substância apreendida não se podendo comprovar pelas das demais provas carreadas aos autos se esta se destinava ao tráfico.

Nesse sentido a jurisprudência desta Corte:

“Tóxicos — Plantio — Uso próprio — Desclassificação (...).

“A Terceira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já decidiu:

‘Ora, há verbos empregados pelo legislador no art. 12 que não exibem qualquer compatibilidade com a atuação do usuário de entorpecentes, pois não se compreende como possa alguém exportar ou expor à venda substância entorpecente... para uso próprio.

‘No entanto, outros verbos há que se entrosam com os do 16, sem que isso gere qualquer conflito, a não ser aparente, de normas.

‘Exemplo disso é o dos verbos semente, cultivar e colher (art. 12, § 1º, II), pois é perfeitamente razoável que alguém colha, cultive ou semeie plantas destinadas ao preparo de entorpecentes para fins de uso próprio, verbos esses que não constam explicitamente do art. 16.

‘Logo, de duas uma: ou não se pune por atípica a conduta de quem semeia, cultiva ou colhe para seu uso; ou essa punição por encartar-se no art. 16, conjugando com o § 1º, II, do art. 12, o que envolve em última análise uma interpretação analógica in bonam partem, perfeitamente admissível em direito repressivo (...)’ — Apelação Criminal n. 16.796 da Capital, rel. Des.

Rid Silva (in Jurisprudência Brasileira Criminal, 3ª série, págs. 208/210).

No mesmo sentido:

“Admissível a desclassificação do delito de plantio de maconha para o art. 16 da mesma Lei Antitóxicos, por não haver prova de serem os réus traficantes (JC 35/438)” (Apelação Criminal n. 27.467, de Campos Novos, rel. Des. Alberto Costa).

Ainda:

“‘Bem verdade que, em casos de plantio reduzido, no caso uma planta, a jurisprudência atuante é no sentido de admitir-se o crime de porte para uso próprio, quando não existe devidamente provado o escopo de praticar o comércio, apesar dos verbos ‘semeiar’, ‘cultivar’ e ‘colher’ não estarem inseridos no núcleo do crime de uso (JC 40/251)’” (Apelação Criminal n. 30.626, de Rio Negrinho, rel. Des. Cláudio Marques).

Dessa forma, não restando comprovado que a substância apreendida em poder do acusado destinava-se ao tráfico, mister se faz a desclassificação para o delito previsto no art. 16 da Lei de Tóxicos.

Passo à dosimetria da pena.

Analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal verifico que o comportamento do acusado caracterizou fato típico e antijurídico. Os elementos da culpabilidade estão presentes, pois é maior de 18 anos e mentalmente são, porém não dispunha de perfeita consciência da ilicitude de sua ação levando-se em conta sua dependência toxicológica. A culpabilidade — reprovabilidade da conduta do agente — foi normal para o tipo legal infringido. O réu é primário, não apresentando anteceden-

tes. Não há dados precisos nos autos para se aquilatar sobre a sua conduta social. A personalidade do agente é marcada pelo fato de viver no isolamento. Motivação, circunstâncias e conseqüências intrínsecas ao delito.

Tendo em vista os elementos do art. 59 do Código Penal que foram favoráveis ao condenado, fixo a pena-base no mínimo legal de 6 (seis meses) de detenção e pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Aplicada a redução de 1/3, prevista no art. 19, parágrafo único, da Lei n. 6.368/76, por ser o réu dependente, conforme atesta o exame de dependência toxicológica, torno a pena definitiva em 4 (quatro) meses de detenção e 12 (doze) dias-multa.

Deixo de analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, uma vez que o ora apelante se encontra segregado desde 25/10/1999 — data da lavratura do flagrante — já tendo cumprido integralmente a pena imposta.

Posto isso, determina-se a expedição de alvará de soltura, ao apelante, se por al não estiver preso.

Por derradeiro, proceda-se à liberação do numerário apreendido, conforme termo de apreensão de fl. 31, consistente em U\$ 3.400,00 (três mil e quatrocentos dólares) e R\$ 100,00 (cem reais).

III – Decisão

Por todo o exposto, dá-se provimento em parte ao recurso para afastar as prefaciais de nulidade e, no mérito, conceder a desclassificação para o delito do art. 16 da Lei n. 6.368/76.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 22 de agosto de 2000.

Alvaro Wandelli,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 00.015221-8, DE IMBITUBA

Relator designado: Des. Jorge Mussi

Crime contra a saúde pública — Plantação de Cannabis Sativa Linneu — Apreensão de ínfima quantidade de pés da erva vulgar-

mente conhecida como maconha — Acusado que assumiu a propriedade dos cânhamos alegando que se destinavam ao seu próprio consumo — Exame pericial positivo no tocante à dependência toxicológica do réu em relação ao referido estupefaciente — Inexistência de prova quanto à destinação comercial do material tóxico — Conjugação do art. 12, § 1º, II, da Lei de Entorpecentes com o dispositivo menos grave — Desclassificação para a figura descrita no art. 16 da Lei n. 6.368/76 que se impõe — Interpretação analógica in bonam partem — Embargos acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 00.015221-8, da comarca de Imbituba, em que é embargante Antônio Marcelino, sendo embargada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por maioria de votos, acolher os embargos a fim de desclassificar o delito descrito no art. 12, § 1º, inciso II, para o constante no art. 16 da Lei n. 6.368/76, fixando-se a reprimenda em 8 (oito) meses de detenção e ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, cada qual no valor insculpido no art. 38 da mesma legislação, expedindo-se o competente alvará de soltura em favor do embargante se por al não estiver preso.

Custas na forma da lei.

1 — Na comarca de Imbituba, o Órgão Ministerial ofereceu denúncia contra Antônio Marcelino, dando-o como incurso nas sanções do art. 12, caput, § 1º, inciso II, da Lei n. 6.368/76, porque, segundo narra a exordial acusatória:

“Em 24 de setembro de 1999, por volta das 7h aproximadamente, alguns policiais diligenciavam em Garo-

paba/SC, mais precisamente no Morro da Encantada. Ao depararem-se com o denunciado, o qual era contumaz em delitos com substâncias estupefacientes, efetuaram uma revista no mesmo, averiguando-se que este trazia consigo uma bucha de maconha.

“Desconfiados os policiais efetuaram uma busca na propriedade do requerido, sendo apurado que ele guardava em seu rancho uma trouxa de maconha prensada. Ainda, na propriedade do indigitado, foi encontrada uma plantação, onde este fazia o cultivo de oito pés de maconha.

“Tais substâncias estupefacientes eram destinadas à mercancia” (fls. 2 e 3).

Concluída a instrução criminal, restou condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, negada qualquer substituição (crime hediondo), e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor mínimo legal, por violação ao art. 12, § 1º, inciso II, da Lei Antitóxicos, sendo-lhe também negado o direito de apelar em liberdade.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, recorreu, tempestivamente, pretendendo a desclassificação do delito pelo qual foi apena-

do para o tipo disposto no art. 16 da Lei n. 6.368/76, sob o argumento de que a droga apreendida se destinava ao seu próprio consumo e, especialmente, por não ter qualquer prova segura no processado, indicando que o réu praticava a mercancia ilegal. Alternativamente, requereu a aplicação dos benefícios previstos na Lei n. 9.714/98, alegando serem cabíveis em casos excepcionais como a hipótese vertente.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu conhecimento e improvimento.

A colenda Primeira Câmara Criminal, por maioria de votos, decidiu negar provimento ao recurso defensivo (Certidões de fls. 116 e 117, Acórdão de fls. 118/124 e Voto Vencido de fls. 125/129).

Irresignada com o teor do decisorio, a defesa do acusado, com fundamento no art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ingressou com os presentes embargos infringentes, postulando novamente a desclassificação do delito no qual restou condenado para a figura prevista no art. 16 da Lei n. 6.368/76, sustentado na anemia probatória no tocante ao comércio ilícito do material estupefaciente, aduzindo que o tóxico apreendido tinha como destino o uso próprio. Em alternativa, pugnou pela concessão das benesses constantes na Lei n. 9.714/98.

Recebidos os embargos (Despacho de fl. 141), os autos foram distribuídos ao Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, tendo a douta Procura-

doria-Geral de Justiça opinado pelo conhecimento e rejeição do pleito.

É o relatório.

2 — Os embargos merecem ser acolhidos, devendo ser desclassificada a conduta tipificada na sentença (art. 12, § 1º, II, da Lei de Entorpecentes) para o crime disposto no art. 16 da Lei n. 6.368/76, eis que do contido no processado esta é a hipótese que se adapta com maior justeza ao caso em testilha.

Por tudo que se vê dos autos e assim ressaltado no v. acórdão que manteve a condenação do acusado, bem como no judicioso voto vencido prolatado, não resta qualquer dúvida de que o material estupefaciente apreendido em poder do réu assim como os pés de maconha plantados na sua propriedade tinham como destino o consumo próprio.

Consoante confessado pelo embargante na polícia, as “drogas apreendidas eram para uso do declarante, tendo em vista ser uma pessoa viciada; que, segundo o declarante, apanha a erva, deixa secar ao sol e usa em cigarro sem qualquer outro preparo; que, por ser pobre, viciado e não tem condições de comprar droga, plantou para seu uso” (fl. 8); tendo em Juízo admitido que “toda a maconha encontrada, bem como a plantação respectiva eram utilizadas para uso próprio; que não vende nem nunca vendeu substância entorpecente; que é viciado no uso de maconha, a qual utiliza quase que diariamente” (fl. 27). Levado a exame pericial foi constada a sua dependência na referida substância estupefaciente (fl. 17 dos autos apensados), destacando-se que “em nem um só momento processual há

referência à narcotraficância" (acórdão de fl. 122) por parte do embargante.

E mesmo entendendo que aquela erva tóxica que era de propriedade do acusado era para o próprio consumo, tanto o Juízo a quo quanto a colenda Primeira Câmara Criminal deste Sodalício — por maioria de votos — decidiu-se que a conduta do acusado não poderia ser desclassificada para a figura disposta no art. 16 da Lei n. 6.368/76, amparados no fato de que o tipo descrito no art. 12, § 1º, inciso II, ou seja, semear, cultivar ou fazer colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou substância que determina dependência física ou psíquica, não tem qualquer similitude com os núcleos trazidos por aquele primeiro dispositivo, pouco importando, então, qual o destino dado ao material tóxico.

Porém, a questão que ronda o caso sub judice é a admissão ou não de interpretação analógica *in bonam partem*, haja vista os divergentes e controvertidos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. Isso se dá diante da perfeita razoabilidade de que alguém colha, cultive e semeie plantas destinadas ao preparo de entorpecente para fins de uso próprio.

Azevedo Francheschini, in *Tóxicos*, asseverou que "tratando-se de pequena plantação, destinada ao preparo de entorpecente apenas para uso próprio e não para tráfico, embora os verbos 'colher', 'cultivar' e 'semear' não constem explicitamente do art. 16 da Lei n. 6.368/76, admissível por interpretação analógica *in bonam partem*, a condenação por este dispositivo em lugar da aplicação do art. 12, § 1º,

II, do mesmo diploma" (São Paulo, Eud, pág. 119).

Assim inclina-se a jurisprudência do Estado de São Paulo, veja-se:

"Entorpecente — Semeadura, cultivo ou colheita de planta destinada à sua preparação — Pequena plantação mantida pelo acusado sem propósito de tráfico ou mercancia — Conduta enquadrável no art. 16 c/c art. 12, § 1º, II, da Lei n. 6.368/76, por interpretação analógica '*in bonam partem*'" (RT 672/300).

In casu, não restam dúvidas quanto à existência de lacuna na lei e que, conforme se infere de diversos julgados, referido vácuo está superado pela construção jurisprudencial, leia-se:

"Entorpecente — Semeadura, cultivo ou colheita de planta destinada à sua preparação — Reduzida quantidade da droga a ser obtida, suficiente apenas para uso próprio — Conduta não tipificada na Lei n. 6.368/76, que, no art. 12, § 1º, II, liga-a ao fim de tráfico — Ação de caráter distinto que, se não pode ser equiparada àquela descrita no tipo de preceito sancionatório rigoroso, não deve ficar impune, em virtude do propósito de defesa social que marca a Lei Antitóxicos — Aplicação da analogia *in bonam partem*, desclassificando-se a conduta para o tipo do art. 16 (posse de entorpecente para uso próprio).

"Não existindo na Lei n. 6.368/76 norma que preveja semeadura, cultivo ou colheita para uso próprio de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica, conduta prevista no art. 12, § 1º, II, com fim de tráfico, admite-se a aplicação da analogia *in bonam par-*

tem para enquadrá-la no art. 16 da lei (posse para uso próprio). A solução tem o duplo mérito de não conduzir à impunidade, realizando o propósito de defesa social que marca a Lei Antitóxicos, e de evitar a equiparação punitiva de fatos de índole substancialmente diversa, propiciando a realização de uma justiça mais perfeita” (RT 666/282 — vide também RT 635/353).

Do corpo do sensato acórdão extrai-se a seguinte explanação:

“Mas ‘todo o sistema de Direito Positivo tem lacunas’, assinalou Aníbal Bruno: ‘Além disso, mesmo que uma sábia interpretação evolutiva distenda o sentido primitivo dos textos que regem determinados fatos para acomodá-los à transformação destes, não basta essa função para manter o sistema jurídico em condições de abranger com as suas normas todas as novas necessidades sociais. A vida, na sua evolução, se distancia do Direito legislado, ultrapassa-o e vai criar, assim, outras lacunas no sistema jurídico. Se novas leis não concorrerem a cobri-las, é ao juiz que cabe preenchê-las por meio do processo de analogia’ (Direito Penal — parte geral, t. I/208).

“Existe a lacuna na lei e ‘seria severidade desproporcional condenar-se nas penas do art. 12 o agente que cultivasse ou produzisse quantidade reduzida de droga, suficiente apenas para o seu uso próprio’ — acentuou Celso Delmanto in Tóxicos, Ed. Saraiva, 1982, pág. 18)” (págs. 283/4).

É certo que há os entendimentos diametralmente opostos, calcados na condenação no delito mais gravoso (art. 12 da Lei n. 6.368/76), ou, ainda, no princípio *nullum crimen, nulla*

poena sine lege (absolvição), o qual tem por base a segurança do réu, contudo, não se pode proibir a analogia nos casos favoráveis ao agente, isto é, que vêm em seu benefício.

O catedrático de Direito Penal da Universidade de Barcelona, Santiago Mir Puig, destacou:

“A interpretação é lícita ainda que resulte extensiva de delitos ou penas, ou restritivas de eximentes ou atenuantes. Com isto não se ultrapassa o limite da garantia representada pela letra da lei, porque toda a interpretação se move dentro deste limite (o ‘sentido literal possível’). Em contrapartida, como a analogia ultrapassa essa fronteira, não será admissível que se prejudique o réu (analogia in malam partem). Quando favoreça o réu (analogia in bonam partem) não colidirá com o sentido garantidor que possui o texto legal: dito limite só colima garantir ao cidadão que não poderá ver-se atingido por uma pena que não esteja prevista pela letra da lei, e não que não poderá ser castigado mais brandamente ou, inclusive, ficar isento de pena se não prevê literalmente a lei. Sendo assim, parece lógico admitir a aplicação de um benefício legal para o réu quando sua situação seja análoga à que motiva o referido benefício” (in Derecho Penal, PPU, págs. 70/2).

Ora, não há coerência, dentro dos conceitos e princípios que norteiam a Justiça e o sistema repressor brasileiro, condenar um indivíduo à pena tão rigorosa de reclusão, em regime integralmente fechado, admitindo-se que a sua conduta é equiparada aos ilícitos hediondos, se da sua ação não se vislumbra conseqüências danosas

a quem quer que seja, a não ser a ele próprio.

E é seguindo esta sensatez que se colaciona a seguinte decisão do repertório Catarinense:

“Crime contra a saúde pública. Plantio de maconha. (...).

“(…)”.

“Admissível a desclassificação do delito de plantio de maconha para o artigo 16, da mesma Lei Antitóxicos, por não haver prova de serem os réus traficantes” (JC 35/438, rel. Des. Rid Silva).

Extrai-se do citado acórdão a seguinte citação:

“Existe um claro na Lei n. 6.368, de 1976, que pode perfeitamente ser preenchido à custa de uma interpretação analógica favorável ao réu, conciliando-se as aparentes divergências entre os arts. 12 e 16, solução muito mais equânime do que, como se vem fazendo, sempre, obrigatoriamente punir-se alguém com o mínimo de três anos de reclusão desde que plante maconha, seja em que circunstância for, objetividade que não se compadece com o estágio de evolução do Direito Penal moderno, franca e escancaradamente subjetiva’ (Ver. Trib. 515/386)” (pág. 440).

Seguindo essa mesma orientação o Distrito Federal julgou caso semelhante ao dos autos no qual foi ementado que:

“Aquele que cultivava alguns poucos ‘pés de maconha’ em sua casa com o fim, inequivocamente provado, de manutenção de seu vício, incide nas penas do art. 16 da Lei n. 6.368/76, por analogia in bonam partem” (rel.

Hermenegildo Gonçalves, j. em 1º/10/1992).

Mas não é só. Recentíssimo julgado desta Corte de Justiça assim também decidiu, veja-se:

“Crime contra a saúde pública (...).

“Plantio de maconha — Uso próprio — Pleiteada a desclassificação para o delito previsto no art. 16 da Lei de Tóxicos — Provas que não induzem ao tráfico — Desclassificação concedida” (Ap. Crim. n. 00.009076-0, de Palhoça, rel. Des. Torres Marques, j. em 22/8/2000).

Também nessa alheta cita-se outra decisão do elenco Paulista:

“Não se pode enxergar tráfico de entorpecentes no plantio de poucos pés de maconha no quintal de uma moradia para uso próprio de quem ali habita” (RT 560/322).

Navegando nesse mesmo sentido colaciona-se decisum unânime da Primeira Câmara Criminal deste egrégio Tribunal:

“Por aplicação da analogia in bonam partem, correta é a decisão que condena quem planta dois arbustos de maconha no quintal de casa para, como efetivamente ficou comprovado, consumo próprio, nas disposições do art. 16 da Lei n. 6.368/76. Precedentes jurisprudenciais. Recurso desprovido” (Ap. Crim. n. 98.009261-2, de Papanova, rel. Des. Genésio Nollí, j. em 8/9/98).

Nesse prisma também se sustentou o seguinte julgado:

“Crime contra a Saúde Pública. Entorpecente. Pequena plantação de maconha.

“Quem semeia, cultiva e colhe pequena quantidade de plantas destinadas ao preparo de entorpecentes para uso próprio, ou, incorrendo qualquer indício de que assim procedera para o narcotráfico, pratica o delito do artigo 16 da Lei n. 6.368/76, malgrado tais condutas não constem explicitamente do referido artigo” (Ap. Crim. n. 33.878, de Joaçaba, rel. Des. José Roberge, j. em 20/11/95).

A gama de decisões nessa alheta não pára por aí, veja-se:

“Crime contra a saúde pública. Plantio de maconha, com prova indiciária estabelecendo que destinada a uso próprio. Pretendida negativa de autoria repelida. Provimento parcial dos apelos para desclassificar o crime para uso” (Ap. Crim. n. 28.127, de São Carlos, rel. Des. Rogério Lemos, j. em 24/4/92).

E por derradeiro, extrai-se:

“Crime contra a saúde pública — Posse de entorpecente — Plantas de maconha encontradas no quintal da casa do acusado — Pequena quantidade destinada para uso próprio — Desclassificação do delito de tráfico operada — Inteligência dos arts. 12 e 16 da Lei n. 6.368/76.

“É perfeitamente razoável que alguém colha, cultive ou semeie plantas destinadas ao preparo de entorpecentes para fins de uso próprio, caracterizando o delito de posse, ainda que tais condutas não constem explicitamente do art. 16 da Lei n. 6.368/76” (RT 623/291).

Pois bem. Na hipótese em questão, de acordo com o mister de que se levem em conta os parâmetros traçados no art. 37 da Lei n. 6.368/76, vê-se que o número de pés de maco-

na plantados pelo embargante (8), forçosamente iriam resultar em pouca ou mínima substância entorpecente; o lugar onde foram encontrados, bem como outras quantidades ínfimas apreendidas em poder do acusado, pessoa deveras humilde, unidos à circunstância de que os próprios policiais disseram que o réu assumiu a propriedade do material tóxico e que este era para o seu próprio consumo, chega-se à conclusão de que não era a droga destinada ao tráfico, levando à evidência indisputável do porte e cultivo para seu uso.

Assim, cingindo-se a controvérsia tão-somente no tocante à adequação típica do fato, respeitando-se entendimentos contrários, defende-se a adoção da interpretação analógica in bonam partem, em face da hermenêutica teleológica que se dá ao espírito latente da Lei n. 6.368/76, a qual revela que o legislador quis punir com intensidades distintas o usuário de entorpecentes e as condutas caracterizadoras do narcotráfico. E diante do caso delineado não há fugir da desclassificação do tipo imputado para a figura descrita no art. 16 daquela legislação, razão pela qual merecem acolhidos os presentes embargos.

Dessa forma, passa-se à dosimetria penal.

Analizadas as circunstâncias dispostas no art. 59 do Código Penal, tendo-se como desfavorável contra o acusado o fato de que foi processado nos autos de n. 155/98, com denúncia oferecida no art. 12 da Lei de Entorpecentes, sendo o crime desclassificado para o inculpado no art. 16 da mesma legislação, em que foi oferecida e aceita a proposta de suspensão condicio-

nal do processo, razão que se traduz na má conduta do réu, vez que beneficiado pela Lei n. 9.099/95, voltou a cometer novo delito, fixa-se a pena-base um pouco acima do mínimo legal, ou seja, em 8 (oito) meses de detenção e ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, cada qual no valor mínimo previsto no art. 38 da Lei n. 6.368/76; reprimenda tornada definitiva, em face da inexistência de qualquer outra circunstância a se considerar.

Por outro lado, deixa-se de analisar qualquer possibilidade de substituição ou de concessão do sur-sis, bem como o regime prisional a ser fixado, haja vista o já cumprimento integral da reprimenda imposta.

3 — Diante do exposto, acolhe-se os embargos a fim de desclassificar o delito descrito no art. 12, § 1º, inciso II, para o constante no art. 16 da Lei n. 6.368/76, fixando-se a reprimenda em 8 (oito) meses de detenção

e ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, cada qual no valor insculpido no art. 38 da mesma legislação, expedindo-se o competente alvará de soltura em favor do embargante se por al não estiver preso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Torres Marques e Francisco Borges, e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite (Relator), Genésio Nolli e Nilton Macedo Machado, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 30 de agosto de 2000.

Álvaro Wandelli,
Presidente com voto;
Jorge Mussi,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite:

Dissenti da doutra maioria pelas razões a seguir expostas:

Preliminarmente, salienta-se que os presentes embargos não são conhecidos no que diz respeito à pretensão alternativa de ver substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que tal ponto não foi objeto de divergência (artigo 609, parágrafo único, in fine, do Código de Processo Penal). E, sobre o tema, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, que “os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência” (RT 554/431).

No tocante à almejada desclassificação, em que pesem as razões esposadas no r. voto vencido, razão não assiste ao embargante.

Inicialmente, cabe ressaltar que, tendo sido denunciado e condenado pela prática do delito descrito no artigo 12, § 1º, inciso II, da Lei n. 6.368/76, ou seja, por semear, cultivar, ou fazer a colheita de “plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica”, não havendo previsão expressa sobre este fato na redação do artigo 16 da Lei de Tóxicos, é inviável a desclassificação pretendida, mesmo porque, para a caracterização do delito pelo qual foi condenado o embargante, é irrelevante o destino da droga plantada, cujo tipo se subsume no ato de plantar, cultivar e colher. Esta a corrente jurisprudencial mais adequada à espécie.

Sobre o assunto: “Agente que cultiva, em seu terreno, pés de maconha. Descabido deslizamento do tipo para o do art. 16 da Lei n. 6.368/76.

Irrelevância sobre a destinação do produto, se para comércio ou uso próprio, em face da pequena quantidade da erva apreendida. Configuração do crime previsto no art. 12, § 1º, II, da Lei n. 6.368/76” (TJPR — AC — rel. Eros Gradowski — RT 668/303). E mais: “Em tema de comércio clandestino de entorpecentes, o fato do agente semear e vir cultivando maconha, com plena consciência da ilicitude desse procedimento, por si só, tipifica sua conduta. Não há indagar se ia ou não destinar a erva proibida a consumo” (TACrimSP — AC — rel. Franciulli Netto — j. 22/12/1977).

Consoante ensina Damásio E. de Jesus: “Não pretendendo deixar de punir diversas condutas que entendeu importantes, o legislador resolveu, nos §§ 1º e 2º do art. 12 descrevê-las separadamente. Como disse Eugênio Raúl Zaffaroni, o legislador, ‘antes de tudo, está revelando um afã no sentido de não deixar alguma brecha na punibilidade: aquele que tenha algo que ver com um tóxico proibido, comete delito’ (A legislação antidroga latino-americana: seus componentes de direito penal autoritário, RT 679/446 e 449). O tráfico de entorpecentes, decidiu o TJSP, ‘é infração penal que se integra através de várias fases sucessivas, articuladas umas com as outras, desde a produção até sua entrega a consumo, com atos de comércio propriamente ditos, bem como os que lhe são preparatórios, acessórios e complementares, e alguns até despidos de mercancia. Como seria extremamente difícil, para não se dizer praticamente impossível, apurar em conjunto e em sua integridade, todas as fases em que se desenvolve essa ação criminosa, contenta-se a lei, no

esforço de combater as toxicomanias, em admitir que qualquer uma delas configura, por si só, delito contra a saúde pública' (EI n. 3.573, RJTJSP, 81/391). Assim, estão especificados os comportamentos referentes a: a) matéria-prima (§ 1º, I); b) cultivo (§ 1º, II); c) induzimento ou auxílio (§ 2º, I); d) utilização de lugar (§ 2º, II); e) contribuição (§ 2º, III)" (Lei Antitóxicos Anotada, Saraiva, 3ª ed., São Paulo, 1997, pág. 45).

O tipo, portanto, não exige que o sujeito seja traficante ou viciado, bastando o dolo de cultivo, vontade de semear, cuidar e colher, não sendo necessária nenhuma outra finalidade. Nesse sentido: RT 585/343. A conduta típica, portanto, é plantar, cultivar, a droga, o que, de forma incontestada, fazia o embargante, pelo que a condenação pelo delito descrito no artigo 12, § 1º, inciso II, da Lei n. 6.368/76, é mantida.

Apropriado transcrever parte do acórdão embargado (118/124): "É bem verdade que em nem um só momento processual há referência à narcotraficância. E o apelante é dependente psíquico, em grau leve, consoante atestado à fl. 17 do incidente de dependência toxicológica. Esta a razão pela qual se pugna pela desclassificação, com amparo em construções jurisprudenciais que têm o escopo de beneficiar os que tristemente se emaranharam no consumo da droga, principalmente jovens. A benevolência jurisprudencial, com amparo no princípio da boa política criminal, louvável sob todos os aspectos, foi que levou esta Câmara a operar a desclassificação na Apelação Criminal n. 98.009261-2, da comarca de Papanduva, relatada pelo eminen-

te Desembargador Genésio Nolli, com os votos concordantes do eminente Desembargador Amaral e Silva e deste Relator e citada às fls. 63 e 90. Tratava a hipótese de acusado que plantara dois pés da erva no quintal da residência, 'tendo os policiais esclarecido ainda que o apelado nunca teve passagens na polícia e muito menos souberam de notícias de que fosse traficante' (fl. 2 do mencionado acórdão). Todavia, a espécie presente se reveste de características e peculiaridades que, no entender da maioria, vedam a desclassificação pleiteada. São elas: oito eram os cânhamos cultivados; o apelante, com 32 anos de idade, quando da prisão encontrava-se em período de suspensão processual por porte de entorpecente (fl. 20); convive com uma jovem de 22 anos, B. K. B., em cuja companhia consumia droga (fl. 15); sob sua posse e guarda estavam duas porções da substância de posse, guarda, uso, comércio e plantio proibidos, sendo uma delas no bolso e outra no interior da residência. Tal conjunto de situações, em que pese a inexistência de referências ao infame comércio, impede o provimento do pleito, eis que a operação desclassificatória tem por escopo o resguardo da recuperação dos incautos, infelizes, imunes à periculosidade. Não é o caso dos autos, ante as circunstâncias suso apontadas. Ademais, apenas ad argumentandum, há juristas que entendem, com ponderáveis razões, que a hipótese, ou é a descrita no artigo 12, § 1º, II, ou é atípica, pela inexistência de previsão no artigo 16, ambos da lei específica (RT 667/280), fazendo com que a aplicação analógica venha a se tornar in ma-

lam partem (Lei Antitóxicos Anotada, Damásio de Jesus, pág. 50)".

Estes, portanto, os motivos pelos quais fiquei vencido.

Maurílio Moreira Leite.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli:

Ousei divergir da douta maioria por entender que a decisão adequada seria a manutenção da condenação do embargante pela prática do delito do § 1º do art. 12 da Lei n. 6.368/76 acompanhando o entendimento esboçado pelo eminente Relator Des. Maurílio Moreira Leite no seu voto.

Por tais motivos peço vênha para discordar da culta maioria.

Genésio Nolli.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado:

Ementa aditiva:

Crime contra a saúde pública — Maconha — Plantação semeada e cultivada (art. 12, § 1º, II, da Lei n. 6.368/76) — Desnecessidade de prova de comércio — Crime caracterizado — Condenação mantida.

Cultiva plantação de maconha quem a mantém, exercendo atuação sobre ela, seja semeada por si mesmo, por outro ou encontrada em estado nativo; neste caso, irrelevante a destinação do produto, se para uso próprio ou para venda a terceiros, pois o agente está sujeito às sanções contidas no caput do art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Voto

Ousei dissentir da douta maioria pelas mesmas razões expostas pelo eminente Des. Maurílio Moreira Leite, acrescentando ainda a fundamentação do acórdão que exarei na Ap. Crim. n. 96.006265-3, da Capital, que tratava de caso análogo, verbis:

"A materialidade do ilícito imputado ao apelante está devidamente demonstrada, através do auto de exibição e apreensão (fls. 14); laudo pericial de levantamento do local (fls. 42/53); laudo pericial de maconha (fls. 62/63) e fotos (fls. 47/53); destas uma demonstrando — como anotado no laudo — que houve cultivo anterior de um dos pés de maconha, transplantado com envoltório plástico na raiz; a autoria decorre destes elementos materiais, aliados à confissão do apelante, em juízo (fls. 32v.), pois no interrogatório, Valdo Cunha negou que tivesse plantando a maconha, alegando que os pés nasceram sozinhos, porque pessoas que lá vão fumar jogaram as sementes fora; não obstante confessou, que, tendo encontrado a plantação, passou a cultivá-la, mantendo-a sob seus cuidados, capinando em volta dos pés e adubando-os, além de protegê-los do vento sul, terminando por afirmar, que estava colhendo as folhas para uso próprio, pois é viciado.

"Quanto à tipicidade, não pode prevalecer a tese da esforçada defesa no sentido da desclassificação para o delito do art. 16 da Lei n. 6.368/76, pois não obstante a inexistência de comércio, prevalece o crime previsto no art. 12, § 1º, inc. II, da mesma Lei.

"Vicente Greco Filho ensina:

‘O tipo prevê três condutas: semear, cultivar e fazer a colheita. Semear é lançar a semente ao solo; trata-se de ação instantânea que pode, todavia, repetir-se toda vez que o agente lança sementes ao solo. O crime será único no caso de a conduta atingir área de terra que possa ser considerada uma unidade; poderá, porém, haver crime continuado se a conduta, se repetir em condições de tempo e lugar diferentes mas que possam levar à conclusão de uma unidade delitiva (art. 51, § 2º, do Código Penal, atualmente art. 71).

‘Cultiva quem mantém a plantação, semeada por si mesmo, por outrem ou mesmo encontrada em estado nativo, desde que exerça alguma atuação sobre ela. É figura permanente, protraindo-se a consumação do delito enquanto estiverem as plantas ligadas ao solo e exista um vínculo entre o indivíduo e a plantação’ (Comentários à Lei n. 6.368/76, Tóxicos, Prevenção-Repressão, 2ª ed., rev. e atualizada, Saraiva, São Paulo, 1979, pág. 98).

‘A argumentação do apelante, para desclassificar a imputação para o art. 16, da mesma lei, não pode prosperar, pois não há dúvida de que ele cultivava a plantação da maconha, mesmo em se admitindo a tese de que não tenha plantado naquele local; o delito restou caracterizado, porque além de estar capinando, adubando as plantas de maconha, para ajudar no seu desenvolvimento plantou milho com intuito de protegê-la do vento, aliada à sua confissão de que colhia as folhas para uso próprio, e dos demais acusados (Malco e Marcelo), tudo corroborado pela prova testemunhal (vide fls. 7/8) e o depoimento do

delegado Douglas Marreiros Junior, fl. 55).

‘Por sua vez, as declarações prestadas pelos co-réus Malco e Marcelo na fase policial dão conta que faziam uso da droga juntamente com o apelante e que somente Valdo Cunha tinha conhecimento do local onde estava plantada a referida droga (maconha).

‘Ora, a jurisprudência assenta este entendimento:

‘No caso de cultivo, irrelevante se mostra a destinação do produto. Decorre nos termos legais que quem cultiva maconha, independentemente da finalidade da ação, está sujeito às sanções contidas no caput do art. 12 da Lei 6.368/76’ (TJRS — in RJTJRS 83/84, vide Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, Alberto Silva Franco, 5ª ed., 2ª tir., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pág. 702).

‘Ainda:

‘No caso de plantação de maconha a lei não distingue se o seu destino é venda ou uso próprio’ (RF 274/300).

‘Resulta evidente, ser irrelevante a discussão da defesa pretendendo a desclassificação, pois as condutas punidas são semear, plantar e cultivar, que não se confundem com aquelas de adquirir, guardar, trazer consigo, previstos no artigo 16 da mesma lei.

‘Desta forma, outra não poderia ser a conclusão, porque o apelante acabaria condenado por um crime que não cometeu, pois ele próprio confessou que cultivava as referidas plantas

(maconha) não havendo qualquer dúvida a respeito.

“A jurisprudência está neste sentido:

“Se tipicidade é a conformidade do fato à diretriz traçada na lei, não pode ser condenado no art. 16, da Lei n. 6.368/76, quem foi denunciado por infração do art. 12, § 1º, inc. II, do mesmo diploma, acusado de plantar e cultivar árvore destinada à produção de maconha’ (TJSP — rel. Des. Weiss de Andrade — RT 555/324).

“Vê-se, assim, que não tem razão a esforçada defesa quando afirma

‘absoluta ausência de provas quanto à comercialização da droga (maconha)’, já que, como vimos, para a configuração do crime previsto no art. 12, § 1º, inc. II, da Lei n. 6.368/76, no caso de cultivo, é irrelevante a destinação do produto, sendo impossível a desclassificação para o tipo do art. 16 da mencionada lei”.

Esses, com todo o respeito, os motivos do dissenso para manter a condenação.

Nilton Macedo Machado.

RECURSO DE AGRAVO

RECURSO DE AGRAVO N. 00.015199-8, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Genésio Nolli

Recurso de agravo. Remição. Pretendida contagem de jornada integral, inclusive domingos e feriados. Impossibilidade. Inteligência do parágrafo único do art. 33 da LEP.

Apenado que presta serviço jurídico. Atividade não considerada como necessária à conservação e manutenção do estabelecimento penal.

Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 00.015199-8, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é recorrente César Herculano Correa, sendo recorrida a Justiça Pública, por seu Promotor:

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

Custas de lei.

Trata-se de recurso de agravo interposto por César Herculano Cor-

rea, contra decisão da Dra. Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí que indeferiu seu pedido de cômputo de domingos e feriados trabalhados para fins de remição.

Argumenta o recorrente que exerce atividade no setor penal do ergástulo público a que está recolhido, em horário especial, de conformidade com o disposto no art. 33, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, porquanto, tendo em vista a carga excessiva de atendimentos durante a semana, reserva os sábados e domingos, na parte da manhã, para a confecção dos pedidos, estando, para tal, autorizado pela Administração do Presídio.

Sustenta, ainda, que exerce atividade de vital importância no Presídio, e que a lei garante ao condenado a execução de atividades em regime especial, na hipótese de o trabalho ser executado naqueles serviços necessários à manutenção do presídio. Ademais, goza do devido descanso legal aos sábados e domingos à tarde.

Contra-arrazoado o recurso e mantida a decisão atacada, ascenderam os autos a esta Superior Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

É o necessário relatório.

O recurso é próprio e tempestivo, devendo ser conhecido; contudo, não merece provimento.

Na hipótese dos autos, o reeducando pretende ver declarada a remição referente ao trabalho desempenhado ininterruptamente, inclusive aos domingos e feriados.

No entanto, impende ressaltar, de início, que a Lei de Execuções Penais em seu art. 33 fixa limites de tempo para a jornada de trabalho do apenado que devem ser observados.

Com efeito, dispõe:

“Art. 33. A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis), nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados.

“Parágrafo único. Poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal”.

Conforme se infere, a lei impõe uma determinada carga horária para o apenado que deverá ser respeitada, porquanto visa a proteger a própria pessoa do condenado, assegurando-lhe os mesmos direitos concedidos ao trabalhador comum.

Assim, não será permitida jornada de trabalho superior a 8 (oito) horas diárias; e, por outro lado, também não poderá ser inferior a 6 (seis) sob pena de, aquele dia, não ser computado para o cálculo da remição.

Nesse sentido, Julio Fabbrini Mirabete leciona:

“(…) Em nenhuma hipótese, porém, a jornada diária poderá ser inferior a seis horas ou superior a oito. Somente com uma jornada de no mínimo seis horas diárias o preso tem direito aos benefícios auferidos com o trabalho (remuneração mínima estabelecida, remição etc.)” (Execução Penal, Comentários à Lei n. 7.210/84, São Paulo, Atlas, 5ª ed., 1993, pág. 113).

Já nesse item, não faria o apenado jus à remição, porquanto conforme o próprio informa, “reserva os sá-

bados e domingos, na parte da manhã, para a confecção dos pedidos” (fl. 8). Ora, a duração mínima da jornada de trabalho apta a garantir a declaração da remição é de seis horas, o que não é facilmente atingível em uma manhã, não sendo admitido computar fração disso para fins de remição.

No que tange ao trabalho em domingos e feriados, conforme previsão do parágrafo único do art. 33, somente é admissível tratando-se de serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal, ou seja, serviços essenciais e indispensáveis à boa administração carcerária, como o são os serviços de cozinha e limpeza, por exemplo, que não poderão deixar de ser executados inclusive aos domingos e feriados, sem prejuízo aos próprios detentos.

É certo que o serviço oferecido pelo reeducando tem sua importância e utilidade; no entanto, a sua interrupção não importará em prejuízo à conservação ou manutenção do sistema carcerário.

Ademais, o direito ao descanso semanal é direito fundamental constitucionalmente previsto, e, como tal, não admite renúncia. Aqueles detentos que devam trabalhar aos domingos e feriados, em face das necessidades do estabelecimento prisional, necessariamente gozarão de descanso em outros dias.

Nesse sentido, já se decidiu:

“Execução penal — Remição — Serviço jurídico — Pretensão à contagem de jornada integral, inclusive aos sábados e domingos como trabalhados — Inadmissibilidade — Indeferimento — Inteligência do pará-

grafo único do art. 33 da LEP — Recurso não provido.

“A jornada normal do trabalho interno no estabelecimento penal, segundo o art. 33 da LEP, não será inferior a 6 (seis), nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados.

“O horário especial que poderá ser atribuído aos presos designados para ‘os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal’ (parágrafo único, art. 33), como faxina, cozinha, horta etc., fora da jornada normal do trabalho, garante-lhes descanso em outros.

“O serviço jurídico prestado por preso habilitado como advogado, não obstante sua utilidade, não pode ser considerado como necessário à conservação e manutenção do estabelecimento penal de molde a assegurar-lhe horário especial nos domingos e feriados para cômputo na remição” (Recurso de Agravo n. 00.015815-1, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Por oportuno, transcreve-se doutrina trazida pelo eminente Promotor de Justiça que, em suas respeitáveis razões de recurso, bem elucidam a questão:

“Daí decorre que se o sentenciado trabalhar cinco horas um determinado dia, tal jornada, por não satisfazer o requisito temporal mínimo (de seis horas), não será computada para o efeito questionado. De outro lado, se o condenado trabalhar mais de oito horas (lapso temporal máximo da jornada de trabalho) o excesso não poderá ser levado em conta para futura compensação. Além disso, dizem os ilustres Promotores de Justiça paulis-

tas, 'o condenado não poderá trabalhar todos os dias para obter o efeito da remição pois, diante do disposto no art. 33, caput, da Lei de Execução Penal, será obrigatório descanso nos domingos e feriados. Aqueles que devam trabalhar nesses dias, em face das necessidades do estabelecimento prisional, gozarão de descanso em outros dias, nos termos do disposto no art. 33, parágrafo único, da LEP'" (José A. P. Boschi, Execução Penal — Questões Controvertidas, Porto Alegre, AMP/Escola Superior do Ministério Público, 1989, estudos MP3, pág. 77).

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Souza Varella e Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Sidney Barreiros.

Florianópolis, 19 de setembro de 2000.

Genésio Nolli,
Presidente e Relator.

REVISÃO CRIMINAL

REVISÃO CRIMINAL N. 00.006030-5, DE JOINVILLE

Relator: Des. Francisco Borges

Revisão criminal. Alegada exacerbação na dosimetria da pena. Pena-base acima do mínimo legal justificada. Redução da pena inviável. Pedido indeferido.

Justificado o aumento na pena-base, em face dos maus antecedentes do acusado, má conduta social, alto grau de culpabilidade e personalidade voltada para o cometimento de delitos, não há falar em erronia ou injustiça da sentença.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 00.006030-5, da comarca de Joinville (2ª Vara), em que é requerente Pedro Laus Firmo:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por votação unânime, indeferir o pedido.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Joinville, Pedro Laus Firmo foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime

fechado, por infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76 e ao pagamento de 100 dias-multa.

Ao recurso de apelação interposto pelo ora requerente foi negado provimento, sendo mantidas as cominações da sentença.

Requer, agora, a revisão criminal, alegando, em síntese, que o Magistrado a quo equivocou-se ao fixar a pena-base em 1 ano acima do mínimo legal, ou seja, em 4 anos de reclusão, não tendo analisado individualmente as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, que não são todas desfavoráveis ao revisando, justificando-se assim a fixação da pena-base em seu mínimo legal.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

A revisão criminal pode ser proposta com o objetivo de reduzir a pena aplicada, desde que demonstrado o erro técnico do julgador ou a injustiça explícita da decisão.

Contudo, compulsando os autos, não se vislumbra abuso ou a alegada exacerbação da pena, fixada em 4 anos de reclusão na primeira fase da dosimetria da pena, ou seja, em 1 ano acima do mínimo legal previsto para o tipo do art. 12 da Lei n. 6.368/76 (tráfico de entorpecentes), eis que inexistentes quaisquer outras causas de modificação da pena-base.

Pois bem, ao efetivar a dosimetria da pena do condenado, ao considerar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o digno Magistrado consignou:

“Pedro Laus Firmo é detentor de péssimos antecedentes (fls. 28/29), inclusive reincidente específico em crimes da presente espécie. A reincidência, entretanto, não foi provada com a cristalinidade suficiente para ser reconhecida, porquanto ausente dos autos certidão positiva do trânsito em julgado de sentença condenatória. Mesmo assim, o fato de o acusado já ter sido encarcerado, por inúmeros anos, demonstra sua má conduta social e aptidão em não se regenerar posto que, quando solto, reitera em delinquir, o que demonstra um alto grau de culpabilidade e personalidade voltada para o cometimento de delitos. Portanto, tendo-se em mente as diretrizes traçadas pelo art. 59 do CP aplico a pena de 4 (quatro) anos de reclusão, a qual torno definitiva, face à não ocorrência de circunstâncias legais genéricas, nem tampouco causas de especial aumento ou diminuição de pena” (fl. 64).

Diante das circunstâncias acima expostas, não se vislumbra exacerbação na pena-base aplicada ao revisionando. O ilustre Sentenciante foi coerente na dosagem da reprimenda, quando majorou a pena-base em apenas um ano, mesmo diante de circunstâncias tão desfavoráveis ao agente, como demonstrado acima.

Amparando o posicionamento adotado, colhe-se desta Corte:

“Pena criminal — Pena-base fixada acima do mínimo legal — Culpabilidade elevada, má conduta social e personalidade malformada — Réu primário — Manutenção.

“A pena-base pode e deve ser fixada acima do mínimo legal quando expressamente motivada em circuns-

tâncias judiciais (CP, art. 59) negativas; a primariedade não é sinônimo de pena mínima” (Ap. Crim. n. 99.016692-9, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 11/4/00).

“Revisão criminal — Pena-base acima do mínimo legal — Circunstâncias judiciais negativas — Possibilidade — Precedentes.

“A pena-base pode ser fixada acima do mínimo legal, em decorrência do conjunto das circunstâncias judiciais fixadas no art. 59 do CP, especialmente quando motivada nos maus antecedentes, péssima conduta social e má personalidade do agente, não confundidas com a reincidência, que é circunstância legal, incidente na segunda fase” (Ap. Crim. n. 99.009503-7, de Lages, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 4/10/99).

Destarte, da análise do caso e de acordo com os princípios da boa política criminal e com o ordenamento

jurídico vigente, conclui-se que a pena aplicada ao requerente, no âmbito da discricionariedade do Magistrado, foi razoavelmente dosada, imerecendo reparos.

Diante do exposto, indefere-se o pedido revisional.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite, Nilton Macedo Machado, Torres Marques, Genésio Nolli e Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela doura Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 30 de agosto de 2000.

Álvaro Wandelli,
Presidente com voto;
Francisco Borges,
Relator.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 205.417-8 — SÃO PAULO

Relator: Min. Sepúlveda Pertence

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Advogado: Tereza Marlene de Franceschi Meirelles

Recorrido: Ademar Alves

Advogados: João Baptista Domingues Neto e outros

EMENTA

Benefício previdenciário: revisão do art. 58 do ADCT: equivalência com salário mínimo.

Para fins da equivalência prevista no art. 58 do ADCT, deve ser considerado o salário mínimo vigente na data da concessão do benefício, isto é, o salário mínimo vigente no mês do pagamento da primeira parcela do benefício, e não o que estava em vigor no mês do último salário de contribuição (v. g. RREE ns. 181.893, DJ 10/5/96, 193.249, DJ 26/3/98, Moreira; RE n. 107.035, DJ 10/10/97, Sydney Sanches).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário e

dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 12 de setembro de 2000.

*Moreira Alves,
Presidente;
Sepúlveda Pertence,
Relator.*

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — RE, a, contra acórdão do TRF, 3ª Região, que acolhendo a pretensão do autor, considerou, para o cálculo da equivalência salarial prevista no art. 58, ADCT, o salário mínimo vigente à data do último salário de contribuição.

Alegando contrariedade ao mencionado dispositivo, sustenta o INSS, recorrente, que o salário mínimo a ser utilizado não é o do mês da última contribuição do segurado, mas, sim, o que estava em vigor na data em que o benefício teve início.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE — (Relator): Acolhendo a tese sustentada pelo recorrente, a Primeira Turma tem entendido que, para fins da equivalência prevista no art. 58, ADCT, deve ser considerado o salário mínimo vigente na data da concessão do benefício, vale dizer, o salário mínimo vigente no mês do pagamento da primeira parcela do benefício, e não o que estava em vigor no mês do último salário de contribuição. Assim, v. g. RREE ns. 181.893, DJ 10/5/96; 193.249, DJ 6/3/98; 225.240, DJ 5/6/98; AGRAG n. 193.970, DJ 12/9/97, Moreira; RE n. 207.035, DJ 10/10/97, Sydney Sanches.

O primeiro deles — RE n. 181.893, 26/9/95, Moreira Alves, traz ementa que lhe testemunha a correção:

“Previdência social. Artigo 58 do ADCT da Constituição Federal.

— O artigo 58 do ADCT é expresso no sentido de que a revisão dos valores dos benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, se fará, a fim de que seja restabelecido seu ‘poder aquisitivo, expresso em número de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão’. Isso implica dizer que a equivalência salarial, a que se refere esse dispositivo constitucional, será feita tendo como base o número de salários mínimos que representava o benefício no momento de sua concessão.

“Recurso extraordinário não conhecido”.

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento para determinar que a revisão do benefício da recorrida seja feita com base no valor do salário mínimo vigente no mês do pagamento da 1ª parcela do benefício: é o meu voto.

DECISÃO

A Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou pelo recorrente o Dr. Marcelo de Siqueira Freitas. 1ª Turma, 12/9/2000.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Ministros Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Ministro Sydney Sanches.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ricardo Dias Duarte,
p/Coordenador.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL N. 111.968 — SANTA CATARINA (1996/0068345-0)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrentes: Alaor Schmidt e Cônjuge

Advogados: Drs. Jorge Ricardo Silva e outro

Recorridos: Genir José Destri e Cônjuge

Advogado: Dr. Amauri João Ferreira

EMENTA

Processual civil. Execução de ação reivindicatória. Embargos de retenção por benfeitorias. Hipótese de cabimento.

Na ação reivindicatória, quando, como na hipótese, o direito de retenção não foi discutido na fase de conhecimento, os embargos de retenção por benfeitorias podem ser opostos na execução da sentença que a julgou procedente.

Tal aceitação não importa em ofensa à autoridade da coisa julgada e se afeiçoa ao princípio da economia processual.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por

unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Júnior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília, 17 de agosto de 2000.
(data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar,
Presidente;

Ministro Cesar Asfor Rocha,
Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: — Almor Schmidt e sua mulher, Elizabete Maria Lentz Schmidt, opuseram embargos de retenção à execução de sentença proferida em ação reivindicatória proposta por Genir José Destri e cônjuge, objetivando a manutenção na posse do imóvel até que sejam indenizados do valor total das benfeitorias e acessões produzidas.

O pedido foi julgado improcedente pela r. sentença.

A egrégia Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina negou acolhida à apelação dos autores, sob os seguintes fundamentos:

“Só na execução da sentença é que os apelantes suscitaram o direito de retenção por benfeitorias porque não reconhecida expressamente a sua má-fé em edificar no imóvel reivindicando, pertencente aos apelados.

“Trata-se, realmente, de uma ampla residência de praia, de alto custo, mas não é mais possível, na via dos embargos, exercitar um direito não invocado na ocasião própria, atendendo-se que a sentença deve ser executada fielmente, sem ampliação ou restrição do que nela estiver estipulado. Esta regra elementar re-

presenta a segurança da coisa julgada, constitucionalmente resguardada.

“Ora, em face de tais circunstâncias, resta nítido que há impossibilidade do pedido de retenção por benfeitorias nos embargos.

“Admiti-los afrontaria a direito da parte contrária, surpreendida com um tema novo.

“Logo, não é o caso de improcedência dos embargos, mas sim de carência, o que motiva a sua extinção.

“Quanto ao direito de indenização, lastreado na inexistência de má-fé, é matéria que deve ser objeto de ação própria, observados os pressupostos legais” (fls. 93/94).

Inconformados, os embargantes interpõem recurso especial, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, alegando, além de dissídio jurisprudencial, ter o v. aresto recorrido negado vigência ao art. 744 do CPC.

Em contra-razões, os recorridos postulam pela manutenção integral do decisório guerreado.

O recurso foi inadmitido na origem, pela decisão do fls. 138, ascendendo os autos a esta Corte, pelo provimento do agravo de instrumento (fl. 141).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): — Como visto, a pretensão dos recorrentes foi rejeitada porque a retenção de benfeitorias só foi suscitada na execução da sentença que decidiu a lide reivindicatória, não sendo possível, na via dos

embargos de retenção, invocar um alegado direito que não foi cogitado na ocasião própria, que seria no processo de conhecimento, por isso que não foi objeto da sentença exequenda, que deve ser executada fielmente, sem ampliação ou restrição do que nela se contém, sob pena de afrontar o direito do vencedor, que não pode ser surpreendido com esse tema novo.

É certo que este Superior Tribunal de Justiça, quando se trata de possessória e locação, tem decisões acolhendo a tese consagrada no r. aresto hostilizado, como dão conta, dentre outros, os REsp ns.14.138—MS e 46.218—GO, relatados, respectivamente, pelos eminentes Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Nilson Naves.

Contudo, no AG n. 7.144—RS, o eminente Ministro Barros Monteiro consignou:

“Ora, tal como observou a autora, ora agravada, a realização da perícia é realmente prematura, depondo contra os princípios da economia e da celeridade processual. Conforme seja o desfecho da lide, poderão os réus deduzir os embargos de retenção por benfeitorias, mas, isso em fase de execução de sentença (art. 744 do CPC). Não se justifica, portanto, a efetivação da prova pericial alusiva às benfeitorias, que serão suscetíveis de análise tão-só e, assim mesmo eventualmente, na oportunidade da execução” (DJ de 16/4/91).

Já o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao proferir seu judicioso voto no REsp n. 111.919—BA, de que foi relator, externou a reserva com que via e vê a tese de não ser

aceitos os embargos de retenção por benfeitorias quando a sentença exequenda dessas benfeitorias não cogitar.

Sendo a primeira vez em que me deparo com o tema na condição de Relator, e como notei certa vacilação entre os eminentes Ministros que dele já cuidaram, permito-me examiná-lo livremente.

Entendo, como demonstrado pelos recorrentes, que, em se tratando de ação reivindicatória, três situações podem se apresentar no que seja atinente a benfeitorias realizadas na coisa antes de instaurada a demanda: a) o direito de retenção ter sido discutido e reconhecido na fase de conhecimento, hipótese em que são irretorquivelmente cabíveis os embargos de retenção; b) o direito de retenção ter sido discutido e não ter sido reconhecido na fase de conhecimento, hipótese em que não cabem os referidos embargos, c) o direito de retenção não ter sido discutido na fase de conhecimento.

Quanto às duas primeiras hipóteses, nenhuma dúvida é despertada.

No referente à segunda, doutrina e jurisprudência apóiam, por um lado, tanto a possibilidade de o direito de retenção poder ser discutido pela via dos embargos de que trata o art. 744 do Código de Processo Civil, e, por outro, quando já não mais ser possível, pois o momento próprio seria na fase de conhecimento.

Os que conferem adesão à segunda corrente valem-se, fundamentalmente, de dois argumentos: o primeiro, por razões de economia processual e o segundo pelo respeito que se deve ter à autoridade da coisa

julgada, por isso mesmo que a sentença deve ser executada nos limites do que nela se contém e não havendo nada a respeito da retenção, não se pode disso cogitar como elemento de defesa.

Contudo, ao meu sentir, ao contrário dessas colocações, a economia processual induz a que a questão referente à retenção das benfeitorias só seja discutida, em regra, na fase de execução, se for o caso, pois que a reivindicatória pode ser julgada improcedente e aí se a prova tiver sido produzida antes, atinente a cogitadas benfeitorias, só traria ônus às partes e retardamento ao andamento do processo, ambos desnecessariamente.

Quanto à ofensa à coisa julgada, tal não ocorre, uma vez que do tema não tendo cuidado a sentença, a discussão no âmbito dos embargos não importa em nenhuma ofensa a sua autoridade.

Ademais, negar ao autor das benfeitorias, que as tiver realizado de boa-fé, a possibilidade de discuti-las, além de contrariar a regra contida no art. 516 do Código Civil (que estabelece que "o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe foram pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa. Pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis poderá exercer o direito de retenção") importa em evitar o enriquecimento sem causa daquele a quem foi reconhecido o domínio sobre o bem.

Demais disso, em reforço à posição que adoto, trago as lições trazidas pelo eminente Ministro Ruy Rosa-

do de Aguiar, naquele mencionado REsp n. 111.919—BA, a saber:

"Devo observar que boa doutrina se inclina em outro sentido. Humberto Theodoro Jr. assevera: 'Por outro lado, o fato de não haver o réu formulado pedido de retenção do imóvel por benfeitorias na fase da cognição não impede de fazê-lo por meio de embargos à execução. Mas, se a sentença exequenda já rejeitou a retenção por benfeitorias, sua reiteração, nos embargos, será inadmissível por afrontar a autoridade da coisa julgada' (Processo de Execução, cap. XXIV, n. 9, pág. 383). Celso Neves assim explicou a situação: 'Embargos de retenção por benfeitorias e seus requisitos. Se a sentença exequenda já eliminou a retenção por benfeitorias, sua reiteração, nos embargos, seria infringente da coisa julgada, sem pertinência no processo executório. Se admitiu esse direito, o próprio título delimita a pretensão executória, de molde a caracterizar-se, eventualmente, excesso de execução, segundo o disposto no inciso IV do art. 743. O texto restringe a sua disciplina, portanto, aos casos em que não houve, no processo de conhecimento, debate sobre a pretensão a reter, permitindo a sua invocação na ação incidental de embargos de executado' (Comentários, VII, 231). Mais recentemente, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, comentando o disposto no art. 744, fixam o momento de argüir a retenção: 'tanto pode ser levantada no processo de conhecimento, quanto nos embargos do devedor. O fato de o réu não haver formulado o pedido de retenção no processo de conhecimento, não o impede de fazê-lo sob a forma de embargos do devedor (CPC Comentado,

pág. 1.102). Aliás, a prevalecer a tese de que o direito a retenção deve ficar reconhecido na sentença do processo de cognição, fica sem sentido o texto do art. 744 do CPC, que somente incide quando o direito de retenção não foi versado na ação de conhecimento" (DJ de 19/5/97).

Na hipótese, o próprio r. aresto hostilizado reconhece que "só na execução da sentença é que os apelantes suscitaram o direito de retenção por benfeitorias porque não reconhecida expressamente a sua má-fé em edificar no imóvel reivindicado, pertencente aos apelados", afirmando mais "tratar-se, realmente, de uma ampla residência de praia, de alto custo" (fl. 93).

Sendo assim, conheço do recurso e lhe dou provimento para o fim de, reformando o r. aresto recorrido, admitir os embargos de retenção por benfeitorias pelo que determino a remessa do processo ao eg. Tribunal de origem para que, superado esse obstáculo, prossiga no julgamento da Apelação Cível n. 45.782, da Capital do estado de Santa Catarina, como achar de direito.

VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: No caso, coloco-me também de acordo com o voto do Sr. Ministro-Relator, dando pela

possibilidade do manejo dos embargos de retenção no processo executivo, independentemente de a matéria ter sido versada no processo de conhecimento.

Não se trata, como se vê, das hipóteses de ações possessórias e de ações de despejo, quando nos encontramos em face de ações executivas lato sensu, em que incoorre o processo executivo.

Nesse sentido, para exemplificar, é a lição de Humberto Theodoro Júnior, em seu Processo de Execução.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Júnior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 17 de agosto de 2000.

Clarindo Luiz de Souza Flauzina,
Secretário.

RECURSO ESPECIAL N. 248.451 — SANTA CATARINA (2000/0013786-3)**Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira****Recorrente: RS Administração, Construção e Incorporação de Imóveis Ltda.****Advogado: Everaldo Luis Restanho****Recorrida: Miriam Bonsfield****Advogada: Vera Lúcia Martins Reinicke**

Processo civil. Juizados especiais. Competência. Opção do autor. Lei n. 9.099/95, art. 3º. Precedentes. Recurso provido.

I — Ainda que de forma não satisfatória, certo é que o legislador, na Lei n. 9.099/95, ensejou ao autor a opção pelo procedimento a adotar. Neste sentido, não só a melhor doutrina que tem tratado do tema, mas também a conclusão n. 5 da “Comissão Nacional” de especialistas encarregada de interpretar os pontos polêmicos da Lei dos Juizados Especiais logo após a sua edição.

II — Outra, aliás, não tem sido a orientação da Quarta Turma, firmada em diversos precedentes.

Vistos, etc.

1. Em ação de indenização por perdas e danos, ajuizada na Justiça Estadual, e que seguiu o rito ordinário, a sentença indeferiu a inicial e julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito. À apelação do autor, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina não conheceu do recurso e declinou da competência para a Turma de Recursos dos Juizados Especiais, consoante esta ementa:

“Apelação cível. Competência. Ação de natureza obrigacional, inferior a 40 salários mínimos. Remessa à Turma de Recursos competente.

“A ação de natureza obrigacional, de valor inferior a 40 salários mínimos, que observou o procedimento da LC n. 77/93, por força do disposto no art. 3º, I, da Lei Federal n. 9.099/95, é causa de menor complexi-

dade, tendo como órgão recursal a Turma de Recursos da circunscrição territorial da comarca.

“Assim, a apelação cível interposta contra sentença que julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, será conhecida pela Turma de Recursos respectiva”.

Irresignada, a ré manifestou recurso especial sustentando, além de divergência jurisprudencial com julgado desta Corte, violação do art. 3º, § 3º da Lei n. 9.099/95. Alega o recorrente, em síntese, não ser absoluta a competência dos Juizados Especiais, pelo que seria opção do autor o procedimento a adotar.

Sem as contra-razões, foi o recurso admitido.

2. A matéria em pauta tem sido objeto de análise por esta Turma, firmado entendimento no sentido de que

“o processamento da ação perante o Juizado Especial é opção do autor, que pode, se preferir, ajuizar sua demanda perante a Justiça Comum” (REsp n. 173.205—SP, relator o Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ 14/6/99).

No mesmo sentido, dentre outros, o REsp n. 146.189—RJ (DJ 29/6/98), da relatoria do Ministro Barros Monteiro, assim ementado:

“Competência. Ação reparatória de dano causado em acidente de veículos. Vara Cível e Juizado Especial Cível. Art. 3º, inc. II, da Lei n. 9.099, de 26/5/95.

“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.

“Recurso especial conhecido, mas improvido”.

Nesse julgamento, a propósito, assentei em voto-vogal:

“Coloco-me de acordo com o em. Relator, uma vez que a doutrina, por sua expressiva maioria, tem também entendido que o legislador, embora de forma não satisfatória, ensejou ao

autor a opção pelo procedimento a adotar. Nesse sentido, aliás, não só a melhor doutrina que tem tratado do tema, mas também a conclusão n. 5 da ‘Comissão Nacional’ de especialistas encarregada de interpretar os pontos polêmicos da Lei dos Juizados Especiais logo após a sua edição”.

Em julgado mais recente, também oriundo do mesmo Estado, esta Turma ementou:

“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” (REsp n. 208.868—SC, DJ 7/2/2000).

3. À vista do exposto, nos termos do art. 557, CPC, conheço do recurso e dou-lhe provimento para ensejar o julgamento da apelação pelo eg. Tribunal de Justiça, sem prejuízo da análise dos demais pressupostos de cabimento do recurso.

P.I.

Brasília, 18 de abril de 2000.

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

**VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 99.004865-9, DE SÃO BENTO DO SUL

Recorrente: Banco do Brasil S.A.

(Advogados: Dr. Márcio Luiz Aguiar e outros)

Recorridos: Silva Têxtil Ltda. e outros

(Advogados: Dr. Hélio Jaensch e outros)

O Banco do Brasil S.A., fundado no art. 105, item III, alíneas a e c, da Constituição Federal, manifesta recurso especial da decisão unânime da colenda Terceira Câmara Civil que deu provimento parcial à apelação dos ora recorridos, para admitir a capitalização de juros nas notas de crédito comercial, industrial e rural, apenas quando observada a semestralidade.

Sustenta que a decisão impugnada negou vigência aos artigos 5º, 11 e 14 do Decreto-Lei n. 413/69, pois afastou a capitalização mensal dos juros.

Para comprovar divergência jurisprudencial, indica decisões do colendo STJ (EDcl no REsp n. 174844/RS e REsp n. 100512/RS — fl. 118).

Os recorridos, intimados em 19/5/00 (fl. 136), apresentaram con-

tra-razões, na comarca de São Bento do Sul, em 6/6/00 (fl. 138), pelo protocolo unificado, objeto do Provimento n. 7/87.

É o relatório.

De início, assinala-se que a resposta é intempestiva, pois intimados em 19/5/00, os recorridos protocolaram a petição no Tribunal em 8/6/00 (fl.141), não se aplicando ao caso o sistema de protocolo unificado, pois o parágrafo único do art. 76 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça (Provimento n. 3/98) exclui expressamente os recursos aos Tribunais Federais da possibilidade de se valerem desse sistema, devendo a tempestividade, nesse caso, ser aferida pela data do recebimento do recurso especial no Tribunal de Justiça.

O recurso, entretanto, referentemente à alínea a, não reúne condi-

ções de prosseguir, pois os artigos 11 e 14 do Decreto-Lei n. 413/69 não foram objetos de análise pela decisão recorrida, nem o recorrente ofereceu embargos declaratórios para suprir a omissão. As Súmulas 282 e 356 do STF impedem, assim, a subida do recurso.

É o entendimento pacífico do colendo STJ, estampado no AI n. 30349/SP, rel. Min. Cesar Rocha, DJU 13/8/93 e REsp n. 139011/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 7/2/2000.

Quanto ao art. 5º do mesmo Decreto, o recorrente não conseguiu demonstrar violação ao dispositivo legal, eis que a Câmara julgadora decidiu que a capitalização dos juros é perfeitamente cabível nas notas de crédito comercial, industrial e rural,

observada, no entanto, a sua semestralidade.

Relativamente à letra c, no entanto, mostra-se evidenciado o dissídio. Enquanto o acórdão recorrido assentou que a capitalização dos juros só é admissível se observada a semestralidade, os arestos paradigmas têm como legal a sua capitalização mensal.

Diante do exposto, admito o recurso pela alínea c da previsão constitucional, determinando subam os autos ao egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Intimem-se.

Florianópolis, 21 de agosto de 2000.

João José Schaefer,
Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 99.015018-6, DE PINHALZINHO

Recorrente: Daniel Herbert

(Advogados: Dr. José Correia de Amorim e outros)

Recorrida: Ilgo Herbert—ME

(Advogado: Dr. Elemar Marion Zanella)

Trata-se de recurso especial interposto nos termos do artigo 105, item III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra decisão unânime da colenda Terceira Câmara Civil, sob alegação de violação ao art. 927 do CPC e de divergência jurisprudencial.

O recorrido diz que o recurso não merece ser admitido, por intempestivo.

É o relatório.

Vê-se da certidão de fl. 167 que o acórdão recorrido foi publicado no

Diário da Justiça do Estado de 14/6/00 (quarta-feira), que circulou na mesma data, começando a correr o prazo recursal em 15/6/00 (quinta-feira), findando no dia 29/6/00 (quinta-feira), tendo o recorrente protocolado o recurso apenas no dia 4/7/00, 5 (cinco) dias após o término do prazo previsto no artigo 508 do CPC.

Por fim, de ressaltar-se que o interregno de três dias, da circulação do Diário da Justiça, para início da contagem do prazo recursal, somente

será aplicado em relação a intimações das comarcas do interior. Quanto à intimação para o Tribunal não prevalece tal interregno, uma vez que o Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça, no seu art. 417, fixou expressamente:

“Para a Turma de Recursos da Capital, assim como para o respectivo Foro, e também para o Tribunal de Justiça, a contagem dos prazos processuais cuja intimação opera-se pelo sistema da publicação editalícia,

dá-se a partir da circulação do Diário da Justiça na Capital do Estado”.

O recurso especial foi, assim, manifestado a destempo, faltando-lhe requisito básico para sua admissão.

Nego-lhe, pois, seguimento, nos termos da Súmula 322 do STF.

Intimem-se.

Florianópolis, 31 de agosto de 2000.

*João José Schaefer,
Vice-Presidente.*

ÍNDICE NUMÉRICO

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

99.005916-2	— Blumenau.....	316
99.018982-1	— Capital.....	321
99.020110-4	— Canoinhas.....	324
99.020775-7	— Quilombo.....	309
99.021026-0	— Concórdia.....	328
00.004757-0	— Tubarão.....	331
00.009729-2	— Blumenau.....	302
00.015123-8	— Blumenau.....	335

AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

00.019558-8	— Blumenau.....	338
00.022115-5	— Tubarão.....	341
01.002607-0	— Blumenau.....	343
01.003703-3	— Balneário Camboriú.....	346

APELAÇÕES CÍVEIS

29.102	— Brusque.....	289
46.652	— Blumenau.....	293
49.216	— São Bento do Sul.....	265
96.008003-1	— Canoinhas.....	82
96.012342-3	— Criciúma.....	91
97.000032-4	— Laguna.....	241
98.003106-0	— Capital.....	245
98.004536-3	— Blumenau.....	256
98.005544-0	— Blumenau.....	217
98.008242-0	— Capital.....	162
98.008847-0	— Papanduva.....	261
98.011270-2	— Xanxerê.....	172
98.011877-8	— Capital.....	180
98.012989-3	— Balneário Camboriú.....	272
99.009280-1	— Criciúma.....	192
99.013579-9	— Capital.....	103
99.015728-8	— Ponte Serrada.....	127
99.018071-9	— Capital.....	208

99.018731-4	— Itajaí	222
99.019876-6	— Joinville	200
99.020767-6	— Braço do Norte	141
99.021298-0	— Maravilha	299
99.022827-4	— Maravilha	277
00.006512-9	— Balneário Camboriú	213
00.007539-6	— Capital	158
00.009026-3	— Lauro Müller	153
00.009900-7	— Laguna	80
00.010379-9	— Araranguá	236
00.012054-5	— Orleans	146
00.017966-3	— Urussanga	151
01.003766-1	— Urussanga	282

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

96.009291-9	— Capital	69
97.000383-8	— Balneário Camboriú	73
98.012663-0	— Quilombo	48
98.014224-5	— Chapecó	57
99.002390-7	— Itajaí	43
99.011399-0	— Blumenau	45

APELAÇÕES CRIMINAIS

98.016017-0	— Capital	539
98.016243-2	— Lages	398
99.000279-9	— Chapecó	405
99.001362-6	— Capital	408
99.008222-9	— Xanxerê	489
99.016416-0	— Xaxim	516
99.016490-0	— Lages	544
99.022192-0	— Capital	417
99.022630-1	— Balneário Camboriú	533
00.000379-4	— Capital	491
00.007876-0	— Itajaí	470
00.007950-2	— Itajaí	486
00.009076-0	— Palhoça	548
00.009650-4	— Brusque	447
00.009756-0	— Canoinhas	452
00.011665-3	— Fraiburgo	495
00.015051-7	— Caçador	476
00.015684-1	— Videira	500
00.015846-1	— Capital	504
00.015847-0	— São João Batista	512
00.015855-0	— Biguaçu	459
00.019041-1	— Araranguá	493
00.024921-1	— Capital	421

01.003672-0	— Gaspar	429
01.004498-6	— Capital.....	433
01.004563-0	— Criciúma.....	437
01.004738-1	— Balneário Camboriú	441

EMBARGOS INFRINGENTES

00.015221-8	— Imbituba	553
-------------	------------------	-----

HABEAS CORPUS

00.010278-4	— Campos Novos	358
00.011708-0	— Capital.....	386
00.013750-2	— Criciúma.....	377
00.014153-4	— São Bento do Sul.....	363
00.014707-9	— Capital.....	367
00.015089-4	— Pomerode	372
00.016056-3	— Capital.....	380
00.016502-6	— Itajaí	374

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

205.417-8	— São Paulo	573
-----------	-------------------	-----

RECURSOS CRIMINAIS

00.004656-6	— Descanso.....	393
00.013693-0	— Itajaí	390

RECURSO DE AGRAVO

00.015199-8	— Itajaí	564
-------------	----------------	-----

RECURSOS ESPECIAIS

111.968 (STJ)	— Santa Catarina.....	577
248.451 (STJ)	— Santa Catarina.....	582

RECURSOS ESPECIAIS CÍVEIS

99.004865-9	— São Bento do Sul.....	587
99.015018-6	— Pinhalzinho	588

REVISÃO CRIMINAL

00.006030-5	— Joinville	567
-------------	-------------------	-----

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

AÇÃO ANULATÓRIA

- Ato jurídico — Imóvel. Venda de ascendente a descendente. Interposta pessoa. Simulação. Indícios coerentes e conclusivos. Violação ao art. 1.132 do CC. Pleito procedente. 265

AÇÃO DE ALIMENTOS

- Vide Alimentos.

AÇÃO DE COBRANÇA

- Contrato — Mútuo bancário. Saldo devedor. Comissão de permanência. Exclusão. Correção monetária. Incidência. Multa moratória. Adequação. Recurso parcialmente provido. 236

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

- Vide Consignação em pagamento.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

- Vide Indenização.

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

- Vide Possessória.

AÇÃO MONITÓRIA

- Banco — Transferência de valores, por meio de cheques, de dois bancos para um terceiro. Fraude praticada por funcionários deste último que não os creditaram na conta corrente da autora. Prejuízo demonstrado. Ressarcimento devido. Exegese do art. 1.521, III, do CC. 261
- Contrato em conta corrente — Extratos bancários. Prova sem eficácia de título executivo. Ausência de liquidez e certeza dos valores pretendidos. Constatação. Extinção do feito. 192

AÇÃO ORDINÁRIA

- Fundação hospitalar — Médico autorizado temporário. Profissional não integrante do corpo clínico. Direito de internar e assistir

pacientes obedecendo às normas da instituição. Reconhecimento. 82

ACIDENTE DO TRABALHO

- Auxílio-acidente — Ausência de nexo etiológico entre a moléstia do segurado e o labor desenvolvido. Benefício indevido. Sentença confirmada..... 151
- Auxílio-acidente — Nexo etiológico reconhecido. Concessão do benefício. Marco inicial. Honorários advocatícios. Redução. Remessa e recurso voluntário parcialmente providos..... 153
- Auxílio-acidente — Restabelecimento. Concessão. Nexo etiológico evidenciado. Marco inicial. Pleito procedente. 141 e 146
- Indenização — Morte do obreiro. Culpa do empregador. Reconhecimento na esfera penal. Discussão da matéria no juízo cível. Impossibilidade. Inteligência do art. 1.525 do CC. Verba devida... 277

AGRAVO DE INSTRUMENTO

- Vide Recurso.

ALIMENTOS

- Menor — Filho sob a guarda do pai. Pretendida prestação alimentícia pela genitora. Reconhecimento. Dever materno. Pleito deferido. 80
- Provisionais — Fixação com base em acordo extrajudicial. Alimentante que alega estar desempregado. Irrelevância. Trabalho autônomo comprovado. Quantum mantido..... 321

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

- Vide Crime contra os costumes.

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- Art. 58..... 573

AUXÍLIO-ACIDENTE

- Vide Acidente do trabalho.

C

COCAÍNA

- Vide Crime contra a saúde pública.

CÓDIGO CIVIL

— Art. 104.....	289
— Art. 159.....	217
— Art. 400.....	321
— Art. 524.....	200
— Art. 1.132.....	265
— Art. 1.435.....	172
— Art. 1.440 e seu parágrafo único.....	172
— Art. 1.521, III.....	261
— Art. 1.525.....	277
— Art. 1.531.....	222
— Art. 1.545.....	217

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 2º.....	236
----------------	-----

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 17.....	299
— Art. 20, §§ 3º, a, b, c e 4º.....	208
— Art. 20, §§ 3º e 5º.....	127
— Art. 20, § 4º.....	91
— Art. 69, I.....	245
— Art. 70, III.....	180 e 341
— Art. 100, IV, a.....	338
— Art. 125, I.....	222
— Art. 182.....	103
— Art. 259, V.....	331
— Art. 260.....	127
— Art. 264 e parágrafo único.....	289
— Art. 267, V.....	241
— Art. 273, caput e inciso I.....	324
— Art. 320, II.....	103
— Art. 332.....	265
— Art. 333, II.....	293
— Art. 335.....	265
— Art. 480.....	45
— Art. 481.....	45
— Art. 557, § 1º (Lei n. 9.756/1998).....	338, 341, 343 e 346
— Art. 614, II.....	158
— Art. 618, I.....	346
— Art. 744.....	577
— Art. 899.....	91
— Art. 1.102A.....	192

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 41.....	380 e 512
— Art. 46.....	363
— Art. 156.....	459
— Art. 312.....	363
— Art. 386, VI.....	398
— Art. 499.....	516
— Art. 581.....	390
— Art. 616.....	512

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR (Lei n. 1.002/1969)

— Art. 255, a, c, d e e.....	367
------------------------------	-----

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 34.....	324
— Art. 297.....	544
— Art. 302, parágrafo único, I.....	544

CÓDIGO PENAL

— Art. 121, caput.....	405
— Art. 121, § 2º, I.....	533
— Art. 129, § 1º, III.....	470
— Art. 136, §§ 2º e 3º.....	459
— Art. 147.....	500
— Art. 155, § 4º, I.....	489 e 493
— Art. 157, § 2º, I e II.....	377, 441, 491 e 504
— Art. 157, § 2º, II.....	437 e 486
— Art. 157, § 3º, in fine.....	452 e 516
— Art. 171, caput.....	437
— Art. 180, caput.....	504
— Art. 213.....	374
— Art. 242.....	459
— Art. 288, parágrafo único.....	377 e 504
— Art. 316, caput.....	372
— Art. 345.....	437

CÓDIGO PENAL (Lei n. 7.209/1984)

— Art. 14, II.....	452
— Art. 28, II, § 2º.....	417
— Art. 29, §§ 1º e 2º.....	516
— Art. 33, § 2º, b.....	429
— Art. 59.....	433, 447 e 567
— Art. 65, III, d.....	433
— Art. 69.....	393

- Art. 71 380, 437, 441 e 491
- Art. 77, III..... 447

CÓDIGO PENAL (Lei n. 9.714/1998)

- 495

CÓDIGO PENAL MILITAR (Lei n. 1.001/1969)

- Art. 251, § 3º 539
- Art. 312..... 539

COMPETÊNCIA

- Causa trabalhista — Competência para o processamento e julgamento da justiça laboral. Exegese do art. 114 da CF. 335
- Exceção de incompetência — Ação de reparação de dano. Acidente aéreo. Competência opcional da vítima para eleição do foro. Exegese do art. 100, parágrafo único, do CPC. 338
- Indenização — Causa de menor complexidade. Competência opcional do autor para o ajuizamento da demanda no juizado especial ou no juízo comum. Exegese do art. 3º, § 3º, da Lei n. 9.099/95. 582

COMPETÊNCIA (matéria penal)

- Ameaça — Delito cometido, em tese, por policial militar. Competência da Justiça Militar para o processamento e julgamento do feito. Inteligência da Súmula 90 do STJ..... 500
- Concussão — Médico conveniado ao SUS. Cobrança indevida dos serviços prestados. Competência da justiça estadual para o processamento e julgamento do feito. 372

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

- Resolução n. 1.231/1986 82

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

- Resolução n. 001/1987 82

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

- Compra e venda — Apartamento. Poupança parcelada. Índice de reajuste pelo BTN. Aplicação do CUB. Inviabilidade. Imóvel já concluído. Consignação sem qualquer correção monetária. Inacolhimento. Pleito improcedente. 91

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

- 1989 — Art. 83, XI, c 386
 - Art. 113, §§ 1º e 2º 48
 - Art. 153, II 316

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

— 1988 — Art. 5º	316
— Art. 5º, V e X	256
— Art. 5º, XIII	82
— Art. 5º, XXXV	309
— Art. 5º, LIV	302
— Art. 5º, LV	48
— Art. 5º, LXX	73
— Art. 6º	316
— Art. 58, § 3º	57
— Art. 93, IX	363
— Art. 114	335
— Art. 155, § 2º, I	45
— Art. 196	316
— Art. 225, § 3º	393
— Art. 227, § 3º, II	69

CONTRATO

— Rescisão — Avença sobre direitos de pesquisa e lavra mineral. Inadimplência não comprovada. Pleito improcedente.	289
---	-----

CRIME AMBIENTAL

— Corte de árvores — Pretendida responsabilidade penal da pessoa jurídica. Impossibilidade. Prosseguimento da denúncia contra a pessoa física que ordenou o abate. Apelo ministerial desprovido.	393
---	-----

CRIME CONTRA A PAZ PÚBLICA

— Quadrilha ou banco — Cumulação com roubo. Concurso material caracterizado. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida.	504
--	-----

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

— Maconha — Plantio. Desclassificação para uso próprio. Admissibilidade. Provas que não induzem ao tráfico. Recurso parcialmente provido	548
— Maconha — Plantio. Inexistência de prova quanto à destinação comercial do tóxico. Desclassificação para o delito do art. 16 da Lei n. 6.368/76. Admissibilidade. Embargos infringentes acolhidos.	553
— Maconha — Plantio. Pretendida desclassificação para o delito do art. 16 da Lei de Tóxicos. Admissibilidade. Provas que não induzem ao tráfico. Recurso parcialmente provido.	476
— Narcotraficância — Intermediário. Incidência nas penas do art. 12 da Lei n. 6.368/76. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida	408

- Tráfico de entorpecente — Cocaína. Depoimento de policiais corroborado pelas declarações dos co-réus. Validade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 421
- Tráfico de entorpecente — Cocaína. Mercancia comprovada. Condenação. Pena de multa. Redução. Cumprimento da pena. Regime fechado. Recursos ministerial e da defesa providos parcialmente. 398
- Tráfico de entorpecente — Conduta delituosa que não restou devidamente perfectibilizada. Aplicação do in dubio pro reo. Absolvição decretada. 398
- Tráfico de entorpecente — Maconha. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 495

CRIME CONTRA O ESTADO DE FILIAÇÃO

- Delito caracterizado — Registro de filho alheio como próprio. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. 459

CRIME CONTRA OS COSTUMES

- Estupro — Vítima deficiente mental. Laudo pericial que não especifica se a vítima poderia ou não compreender o significado do ato praticado. Imprestabilidade. Dúvida que favorece ao réu. Absolvição decretada. 512
- Estupro e atentado violento ao pudor — Concurso material. Depoimentos coerentes e harmônicos prestados pela vítima e uma testemunha. Delitos caracterizados. Condenação mantida. 417

D

DANO MORAL

- Duplicata — Título protestado indevidamente. Comprovação do prejuízo. Desnecessidade. Pleito procedente. 213
- Indenização — Inclusão indevida de CPF no cadastro de emitentes de cheques sem fundos. Abalo de crédito caracterizado. Verba devida. 256

DELITO DE TRÂNSITO

- Homicídio culposo — Condenação. Recurso ministerial pretendendo o concurso material com o crime de embriaguez ao volante. Impossibilidade. Delito subsidiário absorvido pelo tipo penal descrito no art. 302 da Lei n. 9.503/97. 544

DENÚNCIA

- Inépcia — Ocorrência. Ausência dos requisitos do art. 41 do CPP... 380

DENUNCIÇÃO DA LIDE

- Servidor municipal — Alegação de possibilidade de cerceamento de defesa na lide secundária. Incabimento. Garantias do contraditório e da ampla defesa preservadas. Agravo improcedente..... 341

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

- Imóvel — Consulta de viabilidade. Documento que proíbe construção ou reforma no bem por ser alvo de sistema viário. Indenização devida..... 208

DESPACHO DA VICE-PRESIDÊNCIA

- Recurso especial — Alegada negativa de vigência aos arts. 5º, 11 e 14 do Decreto-Lei n. 413/69. Inconfiguração. Divergência jurisprudencial evidenciada. Admissibilidade do apelo pela alínea c, III, do art. 105 da CF. 587
- Recurso especial — Intempestividade. Reconhecimento. Seguinto ao apelo negado. Exegese da Súmula 322 do STF. 588

DOCTRINA

- A concessão de licença-prêmio aos magistrados — Dr. Fábio Nilo Bagattoli, Juiz Substituto do TJSC 21
- Ética, liberdade de informação, direito à privacidade e reparação civil pelos ilícitos de imprensa — Dr. Eládio Torret Rocha, Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau do TJSC 3

E**ELÁDIO TORRET ROCHA (Dr.)**

- Ética, liberdade de informação, direito à privacidade e reparação civil pelos ilícitos de imprensa..... 3

ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n. 8.906/1994)

- 222

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

- Art. 33, § 3º 69
- Art. 112 405
- Art. 198, VI 405
- Art. 230 500
- Art. 232 500

ESTELIONATO

- Absolvição — Decisão que obedeceu às formalidades legais de acordo com a prova amealhada no processo. Apelo ministerial desprovido. 539

ESTUPRO

- Vide Crime contra os costumes.

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

- Vide Competência.

EXECUÇÃO

- Concurso de credores — Crédito trabalhista e crédito do juízo comum. Penhora sobre o mesmo bem. Arrematação. Repasse do numerário à justiça laboral. Preferência do crédito trabalhista. Agravo desprovido. 328
- Embargos — Título. Inatendimento aos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade. Nulidade da executiva decretada. Recurso adesivo provido. 158
- Hipotecária — Crédito do SFH. Avisos regulares de que trata o § 2º, IV, da Lei n. 5.741/71. Ausência. Citação editalícia. Defeito. Curador especial. Nomeação. Inocorrência. Nulidades caracterizadas. Extinção do feito ab initio. Decretação. 302
- Notas promissórias — Cártulas transferidas, por endosso, ao exequente. Pagamento pela emitente ao credor originário. Circunstância que não extingue a obrigação perante o endossatário. Executiva procedente. 180

EXECUÇÃO FISCAL

- Certidão de Dívida Ativa — CDA. Certidão constituída irregularmente para a instrumentalização da executiva. Reconhecimento de ofício. Agravo desprovido. 346

EXECUÇÃO PENAL

- Remição — Pretendida contagem de jornada integral, inclusive domingos e feriados. Impossibilidade. Inteligência do art. 33, parágrafo único, da LEP..... 564

EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES

- Delito caracterizado — Declarações da vítima e confissão dos acusados que convenceram o juiz acerca da tipificação do delito do art. 345 do CP. Condenação mantida..... 437

F**FÁBIO NILO BAGATTOLI**

- A concessão de licença-prêmio aos magistrados 21

FURTO QUALIFICADO

- Arrombamento — Qualificadora. Exclusão. Falta de exame pericial. Princípio da bagatela. Inaplicabilidade. Condenação mantida. Recurso parcialmente provido. 489
- Arrombamento — Qualificadora. Exclusão. Laudo pericial imperfeito. Desclassificação para furto simples. Recurso parcialmente provido..... 493
- Concurso de pessoas — Prova e indícios concludentes do fato delituoso. Condenação. Recurso ministerial provido parcialmente. .. 516

H**HABEAS CORPUS**

- Crime militar — Dirigente de associação. Declarações à imprensa. Conduta que, sequer em tese, constitui ofensa à autoridade ou disciplina militar. Ordem concedida. Arquivamento do inquérito. 386
- Denúncia — Inépcia. Ocorrência. Trancamento da ação penal. Ordem concedida. 380
- Direito de recorrer em liberdade — Impossibilidade. Paciente foragido com prisão preventiva decretada. Ordem denegada. 374

- Prisão administrativa — Processo falimentar. Deveres do falido. Descumprimento. Inaplicabilidade dos institutos de direito penal à hipótese dos autos. Ordem denegada. 358
- Prisão preventiva — Excesso de prazo na formação da culpa e ausência de fundamentação da segregação cautelar. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. 363
- Prisão preventiva — Segregação cautelar justificada. Requisitos demonstrados. Ordem denegada. 367
- Trancamento da ação penal — Inviabilidade. Índícios suficientes da participação do paciente na ação delituosa. Prisão preventiva. Revogação. Impossibilidade. Ordem denegada. 377

HOMICÍDIO CULPOSO

- Delito caracterizado — Infração praticada por adolescente. Imposição de medida socioeducativa de internação. Viabilidade. Aplicação do art. 112, § 1º, do ECA. 405
- Delito configurado — Veículo. Manobra imprudente e negligente. Culpa do motorista caracterizada. Condenação. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Concessão. Recurso parcialmente provido. 447

HOMICÍDIO QUALIFICADO

- Júri — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Ocorrência. Novos julgamentos ordenados. Recursos providos. . 533

I

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS

- ICMS — Creditamento sobre aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo da empresa. Violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Incidente de inconstitucionalidade suscitado perante o Órgão Especial do Tribunal Pleno. Julgamento suspenso. 45

INDENIZAÇÃO

- Acidente de trânsito — Despesas médico-hospitalares e pensão mensal. Pagamento. Determinação em antecipação de tutela. Admissibilidade. Presentes os requisitos do art. 273 do CPC. 324
- Ato ilícito — Hospital público. Menor. Cirurgia com seqüelas. Nexo causal demonstrado. Responsabilidade objetiva caracterizada. Ressarcimento devido. 103

- Estado — Criança vítima de desabamento de muro em colégio estadual. Pensão alimentícia e despesas com deslocamento do infante para tratamento médico-hospitalar. Cabimento. Pleito procedente. 316
- Erro médico — Atuação imprudente não caracterizada. Assistência médica adequada. Ausência de culpa e nexo de causalidade. Pleito improcedente. 217
- Reparação de dano — Acidente de trânsito. Invasão da contramão de direção. Morte. Culpa do preposto da ré caracterizada. Danos morais e materiais. Verbas devidas. 127

J

JÚRI

- Homicídio qualificado — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Ocorrência. Novos julgamentos ordenados. Recursos providos. 533

L

LATROCÍNIO

- Concurso de pessoas — Confissão na fase policial. Validade. Desclassificação para homicídio. Inviabilidade. Condenação mantida. . 516
- Tentativa — Presença de populares que impediu a morte da vítima e a subtração patrimonial. Delito caracterizado. Recurso ministerial provido. 452

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS-LEIS

- N. 1.001/1969 — Vide Código Penal Militar.
- N. 1.002/1969 — Vide Código de Processo Penal Militar.
- N. 7.661/1945 — Vide Lei de Falências.

LEIS

— N. 1.060/1950	— Vide Lei da Assistência Judiciária.	
— N. 4.898/1965	— Art. 3º	500
	— Art. 4º	500
— N. 5.172/1966	— Vide Código Tributário Nacional.	
— N. 5.474/1968	— Vide Lei das Duplicatas.	
— N. 5.741/1971	— Art. 2º, IV	302
	— Art. 3º, § 2º	302
	— Art. 4º, § 1º	302
— N. 6.368/1976	— Vide Lei Antitóxicos.	
— N. 7.209/1984	— Vide Código Penal.	
— N. 7.210/1984	— Vide Lei de Execução Penal.	
— N. 7.730/1989	—	91
— N. 8.009/1990	—	272
— 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. 4º, I, f	380
	— Art. 7º, VII	380
	— Art. 11	380
— N. 8.213/1991	— Art. 86	153
	— Art. 86, § 2º	141 e 146
— N. 8.245/1991	— Vide Lei do Inquilinato.	
— N. 8.906/1994	— Vide Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.	
— N. 9.032/1995	—	153
— N. 9.099/1995	— Art. 3º	582
	— Art. 89	470
— N. 9.298/1996	—	236
— N. 9.394/1996	— Art. 44, II	43
— N. 9.437/1997	— Art. 10, §§ 2º e 3º, IV	433
	— Art. 10, § 3º, I	504
— N. 9.503/1997	— Vide Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.528/1997	—	141 e 146
— N. 9.605/1998	— Art. 3º, parágrafo único	393
	— Art. 39	393
	— Art. 45	393
— N. 9.714/1998	— Vide Código Penal.	
— N. 9.756/1998	— Vide Código de Processo Civil.	
— N. 9.800/1999	— Art. 2º	343

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 12.....	398, 408, 421, 548 e 567
— Art. 12, § 1º, II.....	476 e 553
— Art. 14.....	408
— Art. 16.....	398, 476, 548 e 553
— Art. 18, III.....	408 e 421
— Art. 19, parágrafo único.....	476
— Art. 38.....	398, 495 e 553

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— Art. 11, § 1º.....	127
----------------------	-----

LEI DAS DUPLICATAS (Lei n. 5.474/1968)

— Art. 6º.....	213
----------------	-----

LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)

— Art. 33, parágrafo único.....	564
---------------------------------	-----

LEI DE FALÊNCIAS (Decreto-Lei n. 7.661/1945)

— Art. 35.....	358
----------------	-----

LEI DO INQUILINATO (Lei n. 8.245/1991)

— Art. 69.....	162
----------------	-----

LEI DOS CRIME HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

— Art. 2º, § 1º.....	398 e 495
— Art. 2º, § 2º.....	374

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 31/1990 (Estadual)	— Art. 36.....	48
— N. 87/1996 (Federal)	— Art. 20.....	45
	— Art. 33, I.....	45
— N. 156/1997 (Estadual)	—	222
	— Art. 33, parágrafo único.....	141 e 146
— N. 161/1997 (Estadual)	—	141, 146 e 222

LOCAÇÃO

— Comercial — Revisional. Quantum locatício. Fixação em valor superior ao pleiteado. Possibilidade. Defasagem constatada pericialmente. Pleito procedente.	162
---	-----

M

MACONHA

- Vide Crime contra a saúde pública.

MANDADO DE SEGURANÇA

- Comissão parlamentar de inquérito — CPI. Alegação de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Inocorrência. Encargo com procedimento meramente investigatório. Recurso desprovido. 57
- Concurso vestibular — Aprovação. Pedido de matrícula para graduação. Indeferimento. Ensino médio não concluído. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada. 43
- Prefeito municipal — Contas do município. Rejeição pela Câmara. Administrador que não teve oportunidade de contestar. Incabimento. Ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Segurança concedida. 48
- Previdência social — IPESC. Inscrição de menor sob guarda. Indeferimento. Violação a direito líquido e certo. Segurança concedida. 69
- Serviço de táxi — Concessão sem licitação. Violação à lei orgânica do município. Caracterização. Segurança concedida. 73

MAUS-TRATOS

- Menor de tenra idade — Delito caracterizado. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. 459

MENOR

- Tutor — Pretendida gratificação pelo trabalho exercido por meio de ação de prestação de contas. Via inadequada. 299
- Verificação de situação de risco e destituição do pátrio-poder — Adoção irregular empreendida pelos pais. Comprovação. Varão. Conduta hostil e moralmente questionável. Ambiente familiar inadequado. Pleito ministerial procedente. 282

P**PENA CRIMINAL**

- Dosimetria — Exacerbação. Inocorrência. Manutenção. 567
- Pena-base — Fixação. Falta de fundamentação. Impossibilidade. . 433

PENHORA

- Bem de família — Oferecimento pelo próprio devedor. Renúncia ao benefício da impenhorabilidade. Constrição mantida. Apelo desprovido. 272

PORTE ILEGAL DE ARMA

- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 433

POSSESSÓRIA

- Reintegração — Embargos de terceiros julgados procedentes. Extinção da ação principal. Área disputada nos embargos diversa da que é objeto da possessória. Decisão anulada. Prosseguimento da reintegratória. 241

PREVIDÊNCIA SOCIAL

- Benefício previdenciário — Revisão dos valores. Critério utilizado de acordo com o salário mínimo vigente na data da concessão do benefício. Exegese do art. 58 do ADCT. 573

PROCESSO CRIME

- Suspensão — Benefício de que trata o art. 89 da Lei n. 9.099/95. Questão não apreciada no juízo a quo. Conversão do julgamento em diligência para tal providência. 470

PROTESTO

- Sustação — Inacolhimento. Título comercial. Inadimplência comprovada. Pleito improcedente. 309

Q**QUADRILHA OU BANDO**

- Vide Crime contra a paz pública.

R**RECURSO**

- Agravo de instrumento — Interposição por fac-símile. Ausência de peças obrigatórias e necessárias. Apresentação, dentro do prazo recursal, dos originais e peças faltantes. Inadmissibilidade. Preclusão consumativa. Apelo desprovido. 343

RECURSO CRIME

- Sentido estrito — Interposição contra indeferimento de pedido de acareação. Incabimento. Hipótese não prevista no art. 581 do CPP. Não conhecimento. 390

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

- Vide Recurso crime.

RECURSO ESPECIAL

- Indenização — Causa de menor complexidade. Competência opcional do autor para o ajuizamento da demanda no juizado especial ou no juízo comum. Exegese do art. 3º, § 3º, da Lei n. 9.099/95. 582
- Reivindicatória — Execução da sentença. Oposição de embargos de retenção por benfeitorias. Cabimento. 577

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Previdência social — Benefício. Revisão dos valores. Critério utilizado de acordo com o salário mínimo vigente na data da concessão do benefício. Exegese do art. 58 do ADCT. 573

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

- Art. 30, I, a. 386

REIVINDICATÓRIA

- Execução da sentença — Oposição de embargos de retenção por benfeitorias. Cabimento. 577
- Imóvel — Alegação de usucapião do bem pela prescrição aquisitiva. Arguição repelida. Falta de citação de terceiro interessado. Coisa julgada. Inocorrência. Reivindicatória procedente. Apelo desprovido. 245
- Imóvel — Defesa fundada em usucapião. Admissibilidade. Prescrição aquisitiva reconhecida. Pleito dominial improcedente. Sentença confirmada. 200

REPARAÇÃO DE DANO

- Vide Indenização.

RESOLUÇÕES

- N. 001/1987 — Vide Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina.
- N.1.231/1986 — Vide Conselho Federal de Medicina.

ROUBO

- Delito caracterizado — Palavras das vítimas corroboradas pela confissão de um dos réus. Provas suficientes para sustentar a condenação. Recurso desprovido. 491
- Emprego de arma — Autoria e materialidade do delito comprovadas pelas declarações das vítimas e o reconhecimento do agente. Condenação mantida. 441

ROUBO QUALIFICADO

- Concurso de agentes — Depoimentos divergentes e prova insuficiente. Absolução. Aplicação do in dubio pro reo. 486
- Emprego de arma e concurso de agentes — Confissão dos réus, declarações coerentes da vítima, apreensão da arma e o reconhecimento dos agentes. Circunstâncias que autorizam um decreto condenatório. 429

S

SEGURO

- Acidentes pessoais — Suicídio involuntário. Cláusula excludente. Ineficácia. Premeditação não comprovada. Obrigação de a seguradora indenizar. 172

SEGURO HABITACIONAL

- Indenização — Enchente. Danos aos imóveis segurados. Culpa da construtora. Inocorrência. Sinistro coberto pela apólice. Verba devida pela seguradora. 293

SENTENÇA

- Nulidade — Decretação. Falta de apreciação de tese apresentada pela defesa. 500

SÚMULAS**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

- N. 90..... 500
- N. 111..... 153
- N. 176..... 236
- N. 341..... 127

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- N. 152..... 265
- N. 341..... 217
- N. 494..... 265
- N. 610..... 516

T**TAXA**

- Serviço de iluminação de testada de imóveis — TSITI. Inconstitucionalidade. Ausência dos requisitos de especificidade e divisibilidade. Restituição dos valores pagos indevidamente. 222

TRÁFICO DE ENTORPECENTE

- Vide Crime contra a saúde pública.

V**VALOR DA CAUSA**

- Fixação de ofício — Possibilidade. Critérios. 331

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

Idaete 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.