

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 — 2º Trimestre 2001 — N. 94
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 — Dr. Eládio Torret Rocha, Juiz de Direito do TJSC	3
JURISPRUDÊNCIA CÍVEL	
Apelações Cíveis	23
Agravos de Instrumento.....	311
Agravos nos Agravos de Instrumento	379
Agravo Regimental	397
JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL	
Habeas Corpus	405
Apelações Criminais	428
Recurso Criminal	534
Recurso em Mandado de Segurança.....	562
Revisão Criminal.....	568
JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA	
Mandado de Segurança	575
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
Agravo de Instrumento	597
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
Recursos Especiais	601

VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pedidos de Suspensão de Liminares	609
Recurso Especial Cível	612
Recursos Especiais Criminais	615
ÍNDICE NUMÉRICO	623
ÍNDICE POR ASSUNTO	629

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (setembro de 2001)

TRIBUNAL PLENO

Presidente

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA

Primeiro 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 — **Segundo Vice-Presidente**

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER

Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA

ÓRGÃO ESPECIAL

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

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA — **Presidente**
Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER — **Primeiro 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 — **Segundo Vice-Presidente**
Des. ALBERTO Luiz da COSTA
Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA
Des. ANSELMO CERELLO
Des. GENÉSIO NOLLI
Des. JORGE MUSSI
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPAS RUBIK
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

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

SEÇÃO CIVIL

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

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

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. Luiz Carlos CERCATO PADILHA

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

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

Des. ANSELMO CERELLO

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VANDERLEI ROMER

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER*

PRIMEIRA CÂMARA CIVIL

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — **Presidente**

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. RUY PEDRO SCHNEIDER*

SEGUNDA CÂMARA CIVIL

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

Des. ANSELMO CERELLO — **Presidente**

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VANDERLEI ROMER

TERCEIRA CÂMARA CIVIL

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

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

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

QUARTA CÂMARA CIVIL

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

Des. PEDRO MANOEL ABREU — **Presidente**

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA

QUINTA CÂMARA CIVIL

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

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**

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 — **Presidente**

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'ÊÇA 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'ÊÇA 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

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**

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

DOCTRINA

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

Eládio Torret Rocha

Juiz do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Mestrando em Direito Público pela UFSC

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

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.

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 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 a incutir — no dia-a-dia de suas existências 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 relaciono 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

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

frequentemente 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 Bénéoit “...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 1º do artigo 220 (“Nenhuma lei conterà dispositivo que possa cons-

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

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

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

tituir 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-se 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 nos 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, onde ficou consignado serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a 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, pág. 49.

3º) como conseqüência, 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”.

Não há, assim, 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, onde, 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 transmitida à comunidade e, de outro lado, o direito à inviolabilidade das prerro-

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

gativas 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”.⁸

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.*”⁹

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.

8 A liberdade de imprensa. Coimbra, 1984, pág. 268.

9 *Idem, ibidem*, pág. 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”.¹⁰

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”.¹¹

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 em que 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.

10 Passold, César Luiz. Ética profissional para o século XXI. Florianópolis: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, vol. 7, pág. 255.

11 Deontologia jurídica — ética e justiça. Florianópolis: Editora Obra Jurídica, 1996, pág. 34.

Assim é que, como bem apanhado no Código Europeu de Deontologia dos Jornalistas¹², 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 esse 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 nesse 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, são 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.

12 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 Chile.¹³

Para este 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 Brasileiros¹⁴, o exercício da atividade jornalística é de natureza social e de finalidade

13 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.

14 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 Chaves¹⁵, “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 mármore 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.

15 Citado na Apelação Cível n. 98.001644-4, rel. Des. Newton Trisotto.

Cumpra 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 Capital¹⁶, onde, dando provimento ao recurso, foi um órgão da imprensa de Florianópolis apenado, à razão de 150 salários mínimos, a indenizar um advogado porque, um de seus colonistas, 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 aresto¹⁷ 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 de ocorrência, ao 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 Especial¹⁸, 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.

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

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

18 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 a 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 Civil¹⁹, 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 Cupis²⁰ 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 pessoa e as suas funções permanecem intactos; verifica-se, ao invés, com relação à

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

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

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 julgado²¹, 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 ementado:²²

“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 Imprensa, mas no direito comum, devem ser seguidos os critérios normais

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

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

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 promanado do primeiro grau, o acórdão, da lavra do saudoso Des. Éder 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 Abreu²³, 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

23 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 precedente²⁴ 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-policia 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 Justiça²⁵ reconheceu a inavaliabilidade da pretensão reparatória, 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 oportunidade ao injuriado para apresentação de resposta às imputações que

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

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

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, onde, 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 isto 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.”²⁶

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 disciplina dos chamados crimes de imprensa, e, bem assim, o estabelecimento de

26 Abusos da liberdade de imprensa. Revista dos Tribunais, 1959, pág. 34.

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 tarifação pecuniária ora vigente, que atentaria, segundo alguns, contra o princípio da ampla reparação, insculpida na superveniente disposição constitucional prevista no inciso X do artigo 5º da Constituição da República.

Basta observar, a propósito dos precedentes jurisprudenciais suso 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 Chaves²⁷, 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 jurisprudência²⁸: 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.

27 Imprensa. Captação audiovisual. Informática e os direitos da personalidade, RT 729/11.

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

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.000545-5, DE JARAGUÁ DO SUL

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Apelação cível — Repetição de indébito — Energia elétrica — Intervenção do Ministério Público — Sociedade de economia mista — Desnecessidade — Legitimidade passiva ad causam das Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. — Prescrição — Art. 177 do Código Civil — Portarias DNAEE 38 e 45/86 — Majoração de tarifa durante o período de congelamento geral de preços — Impossibilidade — Decretos-Leis ns. 2.283 e 2.284/86 — Duplo apelo — Desprovinimento de ambos.

“A intervenção do Ministério Público, na hipótese prevista pelo art. 82, III, não é obrigatória. Compete ao Juiz, porém, julgar a existência do interesse que a justifica” (RT 482/270).

Como beneficiária dos valores arrecadados durante a vigência das Portarias DNAEE 38 e 45/86, têm as Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. legitimidade para figurar no pólo passivo de ação de repetição de indébito, sendo responsáveis pela obrigação decorrente de eventual condenação.

Ilegais são os reajustes tarifários proporcionados pelas Portarias 38 e 45/86, do DNAEE, durante o período de vigência dos Decretos-Leis ns. 2.283 e 2.284, ambos de 1986, que implementaram o congelamento nacional de preços.

O reembolso almejado é restrito ao período de vigência do reajuste ilegal, o qual cessou com a edição da Portaria n. 153, em 27/11/86, quando já prescrito o congelamento nacional de preços.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.000545-5, da comarca de Jaraguá do Sul (2ª Vara/Fazenda Pública), em que é apelante Cerealista Zanghelini Ltda., sendo apelada Celesc — Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A.:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento aos apelos.

Custas na forma da lei.

Cerealista Zanghelini Ltda. deflagrou actio de repetição de indébito em face de Centrais Elétricas de Santa Catarina — Celesc, objetivando a devolução dos valores referentes à tarifa de energia elétrica, em razão dos reajustes previstos nas Portarias ns. 38/86 e 45/86, cobrados a mais pela ré, com o acréscimo de juros, correção monetária e reflexos na tarifa cobrada atualmente, pois, em plena vigência do Plano Cruzado (28/2/86), estando congelados todos os preços, majorou-a em 30% e depois em 20%.

Acrescentou que, diante da ilegalidade, é obrigatória a devolução das quantias indevidamente cobradas.

Citada, a parte ex adversa contestou arguindo, em preliminar, carência de ação e ilegitimidade ativa ad causam e, no mérito, a prescrição, com fundamento no art. 43, §§ 1º e 2º, do Código do Consumidor.

Em apenso tramitam medida cautelar preparatória e ação declaratória.

Julgando antecipadamente a lide, o MM. Juiz a quo indeferiu os pedidos formulados nas duas primeiras demandas, e acolheu em parte o da repetição de indébito.

Há duplo apelo, postulando a reforma in totum do decisum.

O Ministério Público de primeiro grau, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Aristeu Xenofontes Lenzi, absteve-se de manifestar seu posicionamento alegando tratar-se a espécie de matéria de interesse meramente patrimonial.

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

É o relatório.

Acerca da participação do Ministério Público no feito, o art. 82, III, do Código de Processo Civil, estatui:

“Art. 82 — Compete ao Ministério Público intervir:

(...)

“III — em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.

No caso em questão, a Celesc é sociedade de economia mista estadual e, conseqüentemente, não há o interesse público a que faz alusão o item III do art. 82 do Código de Processo Civil para exigir-se a presença obrigatória do Ministério Público.

Celso Agrícola Barbi tece seus comentários acerca da referida norma: "Qual o interesse público que exige a intervenção do Ministério Público? Não podem ser os da organização, os de zelo pelos incapazes, ausentes e testadores já falecidos, porque quanto a eles há norma expressa nos itens I e II. Não podem ser os interesses patrimoniais da Fazenda e suas autarquias, porque elas têm seus procuradores judiciais habilitados a bem defendê-las em juízo. Em resumo, além dos casos previstos nos itens I e II do artigo e dos que são objeto de disposições expressas do Código e das leis especiais, como a de falências, a de ação popular e outras, não se conseguem ver casos em que se justificasse a participação obrigatória do Ministério Público, com assento no item em exame" (Comentários ao Código de Processo, Forense, Rio de Janeiro, 1975, vol.1, tomo II, pág. 380).

O interesse público, nesses moldes, deve ser estimado pelo magistrado condutor do processo, pois, como já proclamou o egrégio Superior Tribunal de Justiça, "a intervenção do Ministério Público, na hipótese prevista pelo art. 82, III, não é obrigatória. Compete ao Juiz, porém, julgar a existência do interesse que a justifica" (RT 482/270).

Quanto ao mérito, inicialmente, cabe examinar a questão relativa à legitimidade das Centrais Elétricas do Estado de Santa Catarina S.A. — Celesc para figurar no pólo passivo da demanda. O aresto publicado no DJU de 26/10/95, pág. 73.643, é claro e, *mutatis mutandis*, aplicável: "1. A concessionária de energia elétrica é a beneficiária do aumento autorizado pelas Portarias DNAEE 38 e 45/86 e,

por isso, ao contrário da União, é parte legítima para figurar como ré em demanda de repetição movida por consumidor. 2. A atividade legislativa pura e simples não é suficiente para conduzir a União ao pólo passivo de qualquer ação" (Ap. Cív. n. 95.01.10941-0-MG, TRF — 1ª Região).

E de outra forma não se poderia entender, por tratar-se de entidade paraestatal, precisamente sociedade de economia mista, conforme definição do art. 5º, III, do Decreto-Lei n. 200, de 25/2/67. Ou seja, tem como característica fundamental o caráter privado de sua personalidade jurídica, não obstante ser o Estado o sócio majoritário, participando ativamente da vida e realizações da empresa. Assim, deve sujeitar-se às regras do direito mercantil e às que regem as sociedades anônimas comuns, suportando, por outro lado, as áleas inerentes ao empreendimento. Nesse sentido orienta-se a doutrina de José Cretella Jr., in Administração Indireta Brasileira (Forense, 2ª ed., págs. 437/457).

Portanto, como beneficiária dos valores arrecadados durante a vigência das Portarias DNAEE 38 e 45/86, têm as Centrais Elétricas de Santa Catarina legitimidade para figurar no pólo passivo de ação de repetição de indébito, sendo responsável pela obrigação decorrente da condenação.

Aliás, esta Corte já decidiu: "Conquanto cobra, do consumidor final, a tarifa da energia elétrica fornecida, é a Celesc a parte legitimada a figurar no pólo passivo da ação que colima, na hipótese, a repetição do indébito derivado dos ilegais reajustes sucedidos no período de vigência das

inquinadas portarias do DNAEE" (Ap. Cív. n. 48.297, de Joinville, Des. Eládio Torret Rocha).

A ilegalidade do aumento de tarifa proporcionado pelas Portarias DNAEE 38 e 45/86, reconhecida no decum de fls. 222 usque 228, é patente, decidindo este Tribunal a respeito: "Plano Cruzado. Congelamento de preços. Repetição de indébito. Decretos-Leis ns. 2.283, de 27/2/86, e 2.284, de 10/3/86. Majoração de tarifas de energia elétrica. Ilegalidade das Portarias ns. 38/86 e 45/86, do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica — DNAEE, que reajustaram as tarifas de energia elétrica no período de congelamento. Pedido procedente" (Ap. Cív. n. 39.483, da Capital, Des. Nestor Silveira). Em idêntico diapasão: Ap. Cív. n. 47.159, da Capital, Des. Newton Trisotto; ACMS n. 2.749, de Criciúma, Des. Eduardo Luz; entre outros.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, comunga dessa decisão: "Mandado de segurança. Administrativo. Tarifa de energia elétrica. Plano Cruzado. Congelamento de preços. Reajustamento das tarifas. Impossibilidade. Portarias ns. 38 e 45/86. Decretos-Leis ns. 2.283 e 2.284/86. Tendo o Governo Federal, através dos Decretos-Leis, determinado o congelamento de preços, simples portaria não pode se sobrepor àquelas normas, autorizando o reajuste das tarifas de energia elétrica. Jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria" (REsp n. 28.190-DF, DJU 24/5/93, pág. 9.995). Ainda: REsp n. 30.490-DF, DJU 15/3/93, pág. 3.813, e REsp n. 7.032-DF, DJU 17/5/93, pág. 9.295.

A assertiva de que o art. 36 do Decreto-Lei n. 2.283 sustentaria as Portarias impugnadas não merece guarida, posto que aquele Decreto-Lei foi revogado pelo de n. 2.284, de 10/3/86, o qual manteve e enfatizou o congelamento de preços "nos níveis do dia 27 de fevereiro de 1986", ex vi do seu art. 35, prevendo o § 2º a possibilidade de suspensão ou revisão, total ou parcial, do congelamento, em função da estabilidade da nova moeda ou de fenômeno conjuntural. É cediço que tais hipóteses não ocorreram, muito menos em prazo tão exíguo.

Reclamou a autora, todavia, de eventual perpetuação desse aumento, argumentando que a Portaria n. 153/86 teria apenas "revogado as disposições em contrário", abstando-se de declarar a nulidade das deliberações anteriores, e tomando por base para a fixação de novo preço aquele ilegalmente cobrado. Pugnou, desta feita, pela restituição do valor que considerou cobrado a mais, inclusive, hodiernamente.

Dirimindo o conflito, há pronunciamento desta egrégia Corte: "Revogando a Portaria n. 153, de 27/11/86, a Portaria n. 45/86, a restituição é circunscrita ao período de vigência da majoração" (Ap. Cív. n. 40.804, da Capital, cujo relator foi o mesmo deste feito). No mesmo sentido: Ap. Cív. n. 48.297, de Joinville, Des. Eládio Torret Rocha. Isto é, a restituição está restrita ao período de vigência do aumento ilícito, iniciado em 28/2/86, com a edição da Portaria n. 38, e encerrado no dia 27 do mês de novembro daquele ano, data da publicação da Portaria n. 153, quando já prescrito o

“congelamento nacional de preços”.
Tollittur quaestio.

Ante o exposto, nega-se provi-
mento aos apelos.

Participaram do julgamento,
com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Newton Trisotto e Luiz Cé-
zar Medeiros.

Florianópolis, 22 de março de 2001.
Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.002076-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Desocupação de espaço público — Lanchonete instalada em terminal rodoviário — Julgamento antecipado do feito — Alegado cerceamento de defesa — Inocorrência — Permissão de uso — Ato negocial unilateral, discricionário e precário — Prorrogação indeferida por razões de conveniência e oportunidade invocadas pelo órgão administrativo responsável — Atendimento de interesse público — Recurso e reexame desprovidos.

“Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da lide, deverá o juiz conhecer diretamente do pedido. Nesse mister, prepondera a prudente discricção do Magistrado ao examinar a necessidade de produção de outras provas em audiência, afora as já existentes nos autos, sem afrontar o princípio constitucional do contraditório” (Ap. Cív. n. 41.194, de Tubarão, Des. Eder Graf).

“A permissão de uso de espaço público, concedida ao particular, o é a título precário, podendo ser revogada a qualquer tempo pela Administração, justamente por ser ato administrativo, o que em absoluto pode ser confundido com o contrato de locação. O ato em análise, assim, tem como características a unilateralidade, no sentido de suficiência da vontade da Administração e o privilégio do interesse privado por razões de oportunidade e conveniência, ou seja, a lei faculta àquela reaver, a qualquer tempo, o bem público que permitiu ou autorizou o uso para o particular, sem que sejam necessárias quaisquer justificativas” (Ap. Cív. n. 98.002094-8, Des. Carlos Prudêncio).

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

98.002076-0, da comarca da Capital
(Vara da Fazenda/2º Cartório), em que

é apelante Lanchonete Senzala Ltda., sendo apelado Deter — Departamento de Transportes e Terminais:

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

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

Departamento de Transportes e Terminais — Deter deflagrou actio de desocupação de espaço público em face de Lanchonete Senzala Ltda., alegando, em síntese, que a ré explora área física do Terminal Rodoviário Rita Maria desde 1º/7/83 e, para tanto, foi firmado termo de permissão de uso com prazo de vigência de 2 anos e 2 meses, findado em 10/9/85. Em setembro de 1985 foram repactuados os termos da licença por mais 10 anos. Antes de expirar o lapso temporal foi pleiteada a prorrogação, o que foi negado, em virtude da necessidade de processo licitatório.

Acrescentou que em consulta ao Tribunal de Contas do Estado aceitou com a possibilidade de prorrogação, mas somente pelo período necessário à realização daqueles trâmites legais, o que não foi aceito pela ré.

Requeru a antecipação de tutela eis que a demandada foi previamente notificada. Valorou a causa e anexou documentos.

Citada, contestou a parte ex adversa ponderando que continua efetuando o pagamento e a ocupação do espaço, o que configura prorrogação tácita do contrato diante da inércia do autor.

Redargüida, o Parquet manifestou-se, e em seguida o MM. Juiz a quo julgou procedente o pedido formulado na exordial.

Opostos embargos declaratórios, restaram inacolhidos (fl. 99).

Irresignada, apelou a vencida alegando em preliminar cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide e no mérito requereu a reforma da decisão por entender totalmente equivocada a tese em que se baseou o Magistrado, no sentido da impossibilidade de prorrogação do contrato.

Respondidos, ascenderam os autos ao egrégio Tribunal de Justiça.

O Ministério Público de segundo grau, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Joel Rogério Furtado, pronunciou-se no sentido do desprovimento do apelo.

É o relatório.

Cumprе salientar que a hipótese não está adstrita exclusivamente ao recurso voluntário pois, em face da Lei n. 9.469/97, art. 10, comporta reexame necessário.

Insurge-se a recorrente, em preliminar, contra o julgamento antecipado do feito, alegando a indispensabilidade das provas protestadas para o deslinde da quaestio juris.

A aplicação do art. 330, I, do Cânone Processual, revela-se isenta de erros, uma vez que a matéria em discussão é essencialmente de direito, circunscrevendo-se aos reflexos jurídicos de um contrato de permissão de uso, o que ensejou a dispensa de outros elementos de prova para a entrega da prestação jurisdicional.

Em segundo plano porque o protesto genérico por provas, desacompanhado de justificativa específica acerca de sua imprescindibilidade, mostra-se absolutamente estéril, incapaz de caracterizar cerceamento de defesa, mormente quando presentes os fundamentos lastreadores da convicção do julgador.

A orientação jurisprudencial desta egrégia Corte não diverge: “Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da lide, deverá o juiz conhecer diretamente do pedido. Nesse mister, prepondera a prudente discricção do Magistrado ao examinar a necessidade de produção de outras provas em audiência, afora as já existentes nos autos, sem afrontar o princípio constitucional do contraditório” (Ap. Cív. n. 41.194, de Turbarão, Des. Eder Graf).

Quanto ao mérito, cabe ressaltar que a permissão de uso não se insere entre os contratos administrativos, mas sim na seara do domínio público.

A propósito, ensina Hely Lopes Meirelles: “Permissão de uso é o ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial, pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o exigir, dada a sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público” (Direito Administrati-

vo Brasileiro, 19ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1994, pág. 437).

Verifica-se, então, que a natureza da permissão é de um ato administrativo, e não de um contrato administrativo, ainda que esse ato tenha assumido a forma de contrato. Contudo, a própria Administração, ao permitir a utilização do bem público, já o faz com nota de precariedade; o particular que recebe a permissão sabe que ela é dada a esse título, podendo a Administração revogar o ato a qualquer momento, de acordo com o interesse público.

Tal entendimento é corroborado pela lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Permissão, em sentido amplo, designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou utilização privativa de bem público” (Direito Administrativo, 8ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 1997, pág. 190).

Em hipóteses análogas, assim se decidiu:

“Apelação cível — Mandado de segurança — Ato e contrato administrativo — Distinções — Concessão de uso de área pública para instalação e exploração de lanchonete — Revogação unilateral pela Administração Pública — Possibilidade — Recurso improvido.

“Há que se sublinhar que a lei faculta à Administração Pública reaver, a qualquer tempo, o bem público que permitiu ou autorizou o uso para o particular, com privilégio do interesse privado, sem que sejam necessárias quaisquer justificativas: este é o significado da expressão ‘oportunidade e

conveniência'. Somente a flagrante ilegalidade (caracterizada pelo abuso e excesso de poder ou vulneração da lei) pode conduzir ao controle jurisdicional do ato discricionário" (ACMS n. 4.784, Des. Álvaro Wandelli).

"Ação de desocupação de espaço público. Concessão de uso de local em terminal rodoviário. Destinação comercial. Ato administrativo unilateral e revogável quando da sobrepujança do interesse público. Recurso desprovido.

"A permissão de uso de espaço público, concedida ao particular, o é a título precário, podendo ser revogada a qualquer tempo pela Administração, justamente por ser ato administrativo, o que em absoluto pode ser confundido com o contrato de locação. O ato em análise, assim, tem como características a unilateralidade, no sentido de suficiência da vontade da Administração e o privilégio do interesse pri-

vado por razões de oportunidade e conveniência, ou seja, a lei faculta àquela reaver, a qualquer tempo, o bem público que permitiu ou autorizou o uso para o particular, sem que sejam necessárias quaisquer justificativas" (Ap. Cív. n. 98.002094-8, Des. Carlos Prudêncio).

Deve-se, ainda, acrescer a necessidade de licitação como óbice adicional à pretensão da apelante.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto e Luiz César Medeiros, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Joel Rogério Furtado.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2001.

*Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.008087-8, DE TIJUCAS

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Responsabilidade civil objetiva — Danos provocados em sinistro entre conexão da RFFSA e caminhão — Cancela aberta na passagem de nível permitindo o tráfego de veículos — Sinalização operada por município — Prestação jurisdicional em parte confirmada — Apelo rechaçado — Reexame necessário positivo.

Ex vi do art. 24, inciso III, do Código Brasileiro de Trânsito (Lei n. 9.503/97), compete ao Município implantar, manter e operar o sistema de sinalização e os equipamentos de controle viário. Ocorrendo defeito há um mês e meio nos dispositivos de segurança do tráfego, os quais não foram consertados, passando a ser manual e precariamente executados por intermédio de "uma bandeira", agitada por servidor despido de roupa especial, há inadequação no ser-

viço, insuscetível de assegurar a eficiência necessária. Ipso facto, na forma do art. 1º, § 3º, daquele cânone, responde o Poder Público por danos causados aos cidadãos “em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito de trânsito seguro”.

Em face da Lei Complementar Estadual n. 161/97, há isenção na espécie do Município no pagamento de custas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.008087-8, da comarca de Tijucas, em que é apelante o município de Jaraguá do Sul, sendo apelado Vilmar dos Santos:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, rechaçar o apelo, mas dar provimento em parte ao reexame necessário para excluir a condenação em custas, e ordenar a correção monetária a partir do menor orçamento.

Custas na forma da lei.

Vilmar dos Santos, por intermédio de seu procurador, ingressou com ação de reparação de danos em face do município de Jaraguá do Sul, tendo em vista que no dia 9 de junho de 1994, aproximadamente às 11h, o caminhão Mercedes-Benz L/1113, placa GJ 1884, de sua propriedade, conduzido na ocasião por Carlos Roberto Furtado, foi abalroado por uma máquina da RFFSA, ao transpor a passagem de nível existente na Av. Cel. Procópio Gomes, no sentido bairro/centro, naquele local, conforme se infere no Boletim de Ocorrência (fl. 8), bem como pelas fotografias apresentadas (fls. 9 usque 11). Alegou que o sinistro teria ocorrido em virtude da negligência do funcionário daquele Município, que manteve a cancela le-

vantada quando da circulação da conexão ferroviária no local.

Sustentou a responsabilidade do município de Jaraguá do Sul pelos atos de seus servidores, isso escudado na legislação, pleiteando a condenação ao ressarcimento dos danos materiais, bem como das despesas processuais (art. 20, § 2º, do CPC), além dos honorários advocatícios.

Arrolou testemunhas, acostou o instrumento de mandato e demais documentos à peça inaugural.

Citado, o legitimado passivo ad causam ofereceu contestação (fls. 27 usque 30), suscitando, preliminarmente, a impropriedade do procedimento, haja vista a ação ter sido proposta perante o Juizado Especial Cível contra pessoa jurídica de direito público, asseverando, ainda, ser parte ilegítima, uma vez que a conservação e fiscalização das linhas férreas seria de competência da RFFSA. No mérito, aduziu que o evento aconteceu por culpa do condutor do caminhão, eis que o local é bem sinalizado com placas e alarmes sonoros (fotografias de fls. 34 usque 36), e que o fato de a cancela estar levantada não exime aquele de responsabilidade. Pugnou ao final pela extinção do feito ou adequação ao procedimento sumário, bem como pela improcedência do pedido exordial.

O parecer do Ministério Público (fl. 42v.) é no sentido do acolhimento da preliminar de improriedade do procedimento.

Designada audiência de conciliação, conforme o preceito do art. 331 do CPC, esta restou inexitosa, em virtude da ausência do representante legal do Município.

O MM. Juiz saneou o feito (fl. 57), determinando seu prosseguimento à luz do artigo 275 do pergaminho suso referido, marcando data para a realização de audiência de instrução e julgamento.

Novamente a proposta conciliatória foi afastada, iniciando-se a inquirição das testemunhas arroladas. Cartas precatórias foram expedidas para as comarcas de Jaraguá do Sul, Barra Velha e Joinville.

Os depoimentos foram acostados (fls. 65, 84, 95, 96, 111 e 140).

Finda a instrução, o autor apresentou alegações finais às fls. 142 usque 148, repisando as razões expostas na inicial, deixando o Município transcorrer o prazo legal *in albis*. Após, o Ministério Público manifestou-se pelo afastamento da preliminar de ilegitimidade e pela procedência do pedido formulado na ação, fundado nas razões de fato e de direito assinadas (fls. 150 usque 153).

A respeitável sentença (fls. 155 usque 162) compôs positivamente a lide, destacando que a culpa do condutor do caminhão no acidente não restou devidamente comprovada pelo réu, salientando que as provas testemunhais produzidas corroboram a responsabilidade deste no evento danoso, pois seu próprio funcionário informou que a cancela existente esta-

va quebrada há mais de um mês e meio e que o veículo sinistrado desenvolvia baixa velocidade ao transpor a passagem de nível.

Inconformado com o decisum, o município de Jaraguá do Sul inter pôs apelo (fls. 171 usque 180), espousando, em suma, as razões anteriormente declinadas. A resposta do autor (fls. 185 a 190) nada acrescenta aos autos, reiterando os argumentos lançados na fase instrutória. A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Dálcio Moser, opinou no sentido do conhecimento e desprovimento da peça recursal e provimento parcial da remessa necessária para isentar o Município do pagamento de custas, conforme os preceitos da Lei Complementar n. 161/97.

É o breve relatório.

Ab initio, há que se analisar a preliminar de ilegitimidade passiva. A Municipalidade quer fazer crer que a responsabilidade no acidente é da RFFSA, tendo em vista que foi a composição férrea de propriedade desta que abalroou o veículo sinistrado. Não é esse, entretanto, o caso dos autos.

O fato é que a colisão entre a máquina da RFFSA e o cargueiro do autor ocorreu por falta de sinalização adequada na passagem de nível, e não por imperícia dos condutores da composição. Assevera a propósito o maquinista Luiz Artur da Costa (fl. 95): "(...) era o depoente quem dirigia a máquina da Rede Ferroviária no dia dos fatos e já havia transposto quase a metade da passagem de nível da Rua Procópio Gomes de Oliveira, quando surgiu um caminhão e o choque foi inevitável; que vinha apitando

a máquina, como é de costume em todas as passagens de nível;(...) que não sabe como é feito o procedimento com o funcionário da cancela e supõe que o mesmo toma conhecimento que a máquina está chegando quando ouve o apito o que é feito bem antes de se alcançar a passagem de nível" (grifei).

Tal fato é corroborado por Ely Sebastiani (fl. 96) quando destaca: "(...) a máquina estava apitando na passagem de nível; que anteriormente a passagem de nível cerca de 50 metros, a máquina apita, o que também foi feito".

Todos os procedimentos de cautela exigidos quando da transposição de passagem de nível foram executados pelos funcionários da RFFSA responsáveis pela condução da composição, não se podendo, portanto, atribuir-lhes a responsabilidade no sinistro.

Porém, tal sorte não assiste ao Município irredimido.

É que o art. 24 do Código Brasileiro de Trânsito, Lei n. 9.503/97, preceitua:

"Art. 24. Compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:

"I — (...);

"II — (...);

"III — implantar, manter e operar o sistema de sinalização, os dispositivos e os equipamentos de controle viário".

Esse ordenamento prevê, em seu art. 1º, § 3º: "Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito

das respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro".

Destarte, não pode o município de Jaraguá do Sul eximir-se de sua responsabilidade no ocorrido, ainda mais diante da contundente informação prestada por seu funcionário, Maurício Rosa (fl. 84): "(...) que a cancela estava estragada há aproximadamente um mês e meio e o declarante sinalizava para os transeuntes e veículos através de uma bandeira; que além da bandeira não trajava nenhuma roupa especial".

Ora, o art. 37 da Constituição Federal, em seu § 6º, consagrou a teoria do risco administrativo, que estabelece: "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".

Hely Lopes Meirelles, ao comentar referido dispositivo, enfatiza: "Todo o ato ou omissão de agente administrativo, desde que lesivo e injusto, é reparável pela Fazenda Pública, sem se indagar se provém do jus imperii ou do jus gestionis, uma vez que ambos são formas de atuação administrativa" (Direito Administrativo Brasileiro, RT, 17ª ed., págs. 559/560).

Assim sendo, toda vez que há o nexo de causalidade entre o dano e o ato de ação ou omissão do agente ad-

ministrativo, cabe ao Estado o dever de indenizar.

Ora, inarredável ante os fatos trazidos aos autos que ao município de Jaraguá do Sul competia sinalizar a passagem de nível e manter tais equipamentos em funcionamento, procedimento este que não foi obedecido, cabendo-lhe portanto a obrigação de indenizar.

Ozéias J. Santos, in Responsabilidade Civil e Criminal em Acidentes de Trânsito (Ed. de Direito Ltda., 1999), às págs. 41/42, acolhe essa exegese:

“A culpa da Administração Pública, no setor automobilístico, também pode se configurar por atos omissivos, o que se verificaria toda vez que, podendo ou devendo tomar determinadas medidas ou providências adequadas para obstar possíveis acidentes, o Estado não o faz oportuno tempore. A nenhuma providência, comumente, equivale a providência tardia, a destempo, a tranca na porta já depois de arrombada...

“Também a providência insuficiente, precária, improvisada, simbólica, apenas serve para mais reforçar, em algumas circunstâncias, a maior responsabilidade da Administração Pública, que não se eximiria da obrigação de reparar, de maneira eficaz, estribada, apenas, nesses simulamos de providência, inadequados ao fim a que visam.

“Se os sinais luminosos deixam de funcionar a contento; se as placas indicadoras da indispensável sinalização nas ruas (placas, verbi gratia, de indicação de contramão, de trânsito impedido etc.) e nas estradas foram destruídas ou retiradas por alheias

mãos ou deterioradas em função do tempo, perdendo nitidez; se pontes em ameaçador estado de insegurança assim permanecem a clamar por medidas de reparação urgente, tudo isso, quando o acidente ocorre gerando mortes, aleijões, além dos prejuízos materiais de monta relativamente aos veículos transportadores, tudo isso, sem dúvida, se constituiria naquele imenso peso que, na balança da justiça, fá-la-ia inclinar-se pronunciadamente em prol das vítimas e contra o Estado”.

Esta egrégia Corte tem abraçado tal entendimento: “Em vias públicas, havendo falta do serviço, decorrente da inexistência de sinalização, o Estado responde pelos prejuízos, só se eximindo nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito. Para a indenização no risco administrativo, basta prova do dano e do nexos causal entre ele e a falta do serviço” (Ap. Cív. n. 49.184, de Blumenau, Des. Amaral e Silva).

No mesmo sentido: Ap. Cív. n. 32.482, de Piçarras, Des. João Martins; Ap. Cív. n. 96.007112-1, Des. Trindade dos Santos; Ap. Cív. n. 26.822, de Itajaí, Des. Protásio Leal; Ap. Cív. n. 98.012336-4, Des. Carlos Prudêncio.

Há que se analisar ainda a assertiva do inconformado de que a culpa do evento danoso deve-se exclusivamente à vítima, quando observa: “é evidente que o condutor do veículo não usou das cautelas necessárias, agindo com imprudência ao cruzar a linha férrea, ou seja, incumbe à pessoa que pretende atravessar uma passagem de nível a obrigação de observar

se a linha está desimpedida” (fls. 173/174).

Isso, porém, não é o que sobressai da prova, sendo despicienda tal invocação. O próprio funcionário responsável pela cancela informou (fl. 84): “o caminhão vinha devagar, calculando o declarante entre 20 ou 30km/h”. Adiante (fls. 21/21v.), Amarildo Pereira da Silva esclarece que, após a colisão, “o depoente verificou que a cancela estava aberta, ou seja, dando passagem livre para os veículos transitarem no local. (...) que no sentido de tráfego do caminhão, não se consegue avistar a aproximação de trens”.

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo, impondo-se o provi-

mento parcial da remessa necessária para isentar o município de Jaraguá do Sul das custas processuais, e ordenar a correção monetária a partir do menor orçamento.

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

Florianópolis, 29 de março de 2001.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.009735-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Ação de prestação de contas proposta por alguns condôminos contra o síndico. Ilegitimidade ativa não configurada. Previsão nesse sentido na convenção do condomínio, ademais. Prefacial rechaçada.

Tem legitimidade ativa para requerer a prestação de contas pelo síndico a assembléia-geral ou qualquer condômino que não se sinta convencido acerca da administração do condomínio, mormente se assim prevê a Convenção Condominial respectiva.

Somente se pode falar em ausência de interesse de agir do condômino, neste caso, se as contas são aprovadas previamente pela assembléia-geral, o que não é o caso presente. Em todas as outras hipóteses, é assente a possibilidade de cada morador requerer, inclusive os inquilinos, que são os que efetivamente pagam a taxa mensal do condomínio, a prestação de contas pelo síndico.

Ação de prestação de contas em sua primeira fase. Decisão sobre o dever ou não de prestar contas. Julgamento antecipado do feito. Possibilidade.

Em se tratando de ação de prestação de contas proposta por condôminos contra síndico, na condição de representante legal do condomínio, e cujo procedimento se encontra em sua primeira fase, qual seja, a de decidir sobre a existência ou não da relação jurídica e do conseqüente dever de prestá-las, não caracteriza cerceamento de defesa o julgamento antecipado com base em prova unicamente documental, porquanto a discussão sobre a questão monetária (crédito/débito) somente será realizada na sua segunda fase.

Síndico. Verba rateada questionada por diversos condôminos. Destino não evidenciado. Dever de prestar contas por parte do administrador que se estende por todo o seu mandato.

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.

Se os condôminos impugnarem a destinação de verba rateada por todos, é dever do síndico prestar contas de toda a sua administração, porquanto os negócios referentes ao condomínio, seja na obtenção de receita ou aplicação de recursos, estende-se não apenas por um só mês, mas por todo o período do seu encargo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.009735-2, da comarca da Capital (6ª Vara), em que é apelante Guido José Warken, sendo apelados Délio Faraco e outros:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, afastar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso de apelação.

Custas legais.

I — Relatório

Délio Faraco, Vitorino Luiz Gandolfi, Marcos Antônio Rosa de

Mora, Aceoni Silveira, Darlete Terezinha Junckes, Ruth de Fátima Jurcharks, Sandra Helena dos Passos e Terezinha de Miranda Cruz ajuizaram ação de prestação de contas contra Guido José Warken, aduzindo que este figura como síndico na administração do condomínio do Edifício Habitacional Itaguaçu, Jardim Atlântico. Disseram que participaram em reunião geral extraordinária em 23/1/94, na qual ficou deliberado a autorização de rateio para construção de um parque infantil, com a apresentação, pelo réu, dos orçamentos necessários à concretização da obra. Aduziram que, no mês de fevereiro do mesmo ano, foi cobrada, a título de rateio, embora

aprovada mas não autorizada pelos condôminos, a quantia de Cr\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos cruzeiros reais), sem a apresentação de qualquer orçamento para averiguar os valores rateados.

Acrescentaram, ainda, que o réu, desde que assumiu a função de síndico, jamais apresentou qualquer contabilidade do condomínio, e que a atitude de aplicar aumentos abusivos na taxa condominial vinha acontecendo repetidamente, tendo em vista os 58%, 36% e 60% de aumento ocorrido nos meses de janeiro a março de 1994, respectivamente.

Citado, o réu contestou, argüindo, preliminarmente, ilegitimidade ativa ad causam, nulidade da citação, inépcia da inicial e carência de ação. No mérito, sustentaram que na assembléia de 16/5/94 ficou decidido que o valor do rateio seria revertido em favor do condomínio, conforme se depreende das cópias das atas realizadas. Teceu outras considerações, e requereu a improcedência da demanda.

Sentenciando, o Meritíssimo Juiz de Direito julgou procedente o pedido, condenando o réu a prestar contas, em 48h, do período de 25/10/94 a 25/10/95, sob pena de não lhe ser lícito impugnar as que os autores apresentassem. Condenou o réu, ainda, ao pagamento das despesas e honorários, fixados em R\$ 500,00.

Irresignado, apela o réu, reeditando as preliminares de ilegitimidade ativa e carência de ação porque, consoante determina o art. 22 da Lei n. 4.591/64, compete ao síndico prestar contas à assembléia-geral de condôminos. Salieta que os autores não

esgotaram os meios extrajudiciais para conseguir o seu intento. Diz ter sido cerceado em seu direito de defesa diante do julgamento antecipado e acrescenta que houve julgamento extra petita porque a sentença fixou período para prestação de contas não requerido na inicial.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta superior instância.

II — Voto

Preliminares

1 — Preliminar de ilegitimidade ativa

Intenta o síndico apelante Guido José Warken o reconhecimento da ilegitimidade ativa dos condôminos mencionados na inicial para o ajuizamento da presente ação de prestação de contas, sob o argumento de que o síndico somente está obrigado a prestar contas à assembléia-geral dos condôminos.

Entretanto, razão não lhe assiste. Conforme art. 26, inc. VI, da Convenção do Condomínio do Conjunto Habitacional Itaguaçu, à fl. 38, “compete ao síndico: (...) VI — prestar contas à assembléia e aos condôminos”.

É assente que o síndico geralmente presta contas à assembléia-geral e, se esta as aprova, daí sim o condômino que delas discorda não teria legitimidade ativa para exigir, judicial ou extrajudicialmente, nova prestação. Entretanto, a contrario sensu, isto é, não aprovadas as contas apresentadas, tem qualquer condômino legitimidade para pedir nova apresentação, porquanto presente o vínculo jurídico que possibilita esta medida.

Aliás, o argumento também proposto pelo réu apelante Guido Warken de que os autores apelados não são proprietários dos imóveis não é motivo que os impeça de reclamar em Juízo esta providência, já que os condôminos inquilinos é que pagam, mensalmente, as taxas relativas às despesas condominiais, e certamente possuem interesse de agir no acertamento de todos os rateios.

Ou seja, quando alguém se julgar no direito de exigir contas (art. 914, I, do CPC), deverá propor ação, fazendo constar da inicial, além dos requisitos comuns, o vínculo jurídico anterior que exige acertamento, com todas as especificações, e requerendo a citação do réu para, no prazo de cinco dias, as apresentar ou contestar o pedido (art. 915 do CPC).

Nesse diapasão, o egrégio Superior Tribunal de Justiça é taxativo ao dispor que a prestação de contas é devida por quantos administrem bens de terceiros, ainda que não exista mandato e, portanto, incontestável a necessidade e interesse processual dos autores na tutela jurisdicional requerida.

2 — Preliminar de carência de ação

A prefacial de carência de ação igualmente não merece agasalho. Argumenta o apelante Guido Warken que juntou ata da assembléia-geral extraordinária nos autos, a qual denota que houve comprovação documental acerca do destino do dinheiro utilizado que é questionado pelos condôminos.

À fl. 81, consoante se vê da cópia da ata da assembléia extraordinária realizada em 16/5/94, decidiu-se

pela reversão da verba rateada em fevereiro de 1994 para benefício do condomínio. Porém, quando do ajuizamento da ação, a situação permanecia a mesma e o dinheiro requerido para a construção do parque infantil já havia sido cobrado.

Não se pode falar, então, que o objeto da ação está prejudicado, posto que não se sabe, ao certo, o fim do montante rateado na ocasião. Os condôminos têm amplo interesse em conhecer o destino dado ao dinheiro, ainda que a assembléia tenha decidido pela sua reversão ao próprio condomínio.

— Preliminar de cerceamento de defesa

Afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa. O processo foi julgado com base em farta prova documental, sendo de direito as questões decididas nesta primeira fase da ação de prestação de contas. As provas constantes dos autos podem demonstrar, só por si, a existência ou não da relação jurídica existente entre as partes, a fim de reconhecer a exigibilidade do síndico de prestar as contas devidas.

Diga-se, ademais, que a ação de prestação de contas, ação dúplice, possui duas fases distintas: na primeira decide-se sobre a obrigação ou não de prestar contas, ou seja, sobre a existência de relação jurídica entre as partes, e na segunda apura-se o saldo, no qual se verá a licitude da administração. Ora, a pretensão do réu apelante Guido Warken de provar o destino do dinheiro ora em questão refere-se não à primeira fase do procedimento, mas à segunda, quando se apurará o quantum do débito ou crédi-

to possivelmente existente. Vislumbra-se que a lide ainda não se encontra neste estágio.

O art. 400 do CPC, parte final, outrossim, reza que: “o juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I — já provados por documento”. Então, se o juiz aceitar suficientes as provas documentais, tal como ocorre nos presentes autos, porquanto o esclarecimento das contas somente terá eficácia na segunda fase do procedimento da ação, a tendência é o indeferimento da prova, ante sua total inutilidade.

Mérito

No mérito, adoto como razões de decidir as palavras da Exma. Sra. Dra. Vânia Pettermann, Meritíssima Juíza de Direito, de fls. 112 e seguintes: “A minuta de convenção de condomínio do Conjunto Habitacional Itaguaçu, em seu art. 26, estabelece que: ‘Compete ao síndico: (...) VI — prestar contas à Assembléia e aos condôminos; (...) XIV — prestar, quando solicitado, quaisquer informações sobre os atos da administração e sobre contas de sua gestão’. Esses foram os princípios que motivaram os condôminos a moverem a máquina judiciária, com o fito de obterem uma decisão que condene o réu a prestar contas de sua administração como síndico.

“Da documentação inclusa aos autos, infere-se que houve, realmente, no carnê de condomínio com vencimento em 5/2/94, uma parcela extra de Cr\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos cruzeiros reais), a título de rateio. A falta de autorização em Assembléia e de um orçamento dos custos da obra a que, inicialmente, se destinava à

construção de benfeitorias, deixou os moradores, incumbidos do pagamento do rateio, perplexos com a atitude do síndico.

“Em que pese a Assembléia Extraordinária, realizada em 16/5/94, ter decidido a reversão da verba rateada em benefício do condomínio, não há óbice ao prosseguimento da ação, pois na data de seu ajuizamento, a situação não se havia alterado. Por outro lado, ainda que a decisão da Assembléia acarretasse na perda do objeto da demanda, como pretende o réu, não restou definitivamente claro o fim destinado ao montante rateado no mês de fevereiro de 1994.

“De outro lado, embora a decisão tomada, na mencionada Assembléia, tenha definido que os gastos, com a limpeza das caixas de água, seriam efetuados sem a necessidade de rateio (fl. 81, item n. 7), posteriormente, no dia 8/8/94, alterou-se tal disposição (fl. 81v., letra b), definindo-se que esse serviço seria prestado mediante pagamento efetuado com a verba rateada.

“A situação de incerteza acerca da destinação dada às verbas adquiridas, junto aos condôminos, e da possível duplicidade de serviços efetuados é possível de ser sanada após uma análise mais profunda, com base em farta prova documental, para que realmente possam ser comprovados os débitos e os créditos do caixa do condomínio.

“Desta feita, como o réu não trouxe qualquer elemento que justificasse a ausência de demonstração das contas, o pedido é procedente. Ademais, observo, que a simples afixação dos balanços, por si só, não ex-

clui a responsabilidade do síndico em minuciar as respectivas contas do condomínio”.

No que se refere ao julgamento extra petita, é ele inexistente. À fl. 8 os autores requereram informações sobre o destino das verbas rateadas no mês de fevereiro de 1994. Porém, a administração do réu apelante Guido Warken, na condição de síndico, perdurou desde fevereiro de 1994 (consoante se vê da cópia da ata de assembléia de fl. 77), a outubro de 1995. Assim, como os negócios firmados pelo condomínio se estendem ao longo de toda a administração do síndico, não haveria sentido, para averiguar sobre o destino do dinheiro ora questionado, permitir apenas a pres-

tação de contas referente ao mês de fevereiro de 1994.

III — Decisão

Ante o exposto, afastam-se as preliminares e, no mérito, nega-se provimento ao recurso de apelação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Ruy Pedro Schneider. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Aor Steffens Miranda.

Florianópolis, 26 de junho de 2001.

*Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.010027-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Ação de obrigação de fazer c/c perdas e danos. Condomínio. Apartamento de cobertura que, diante da existência de má conservação do piso e outros defeitos, causa infiltração no apartamento de andar inferior. Alegação de responsabilidade do condomínio. Inocorrência, in casu, porquanto não se trata de defeito que atinge a estrutura integral do edifício e/ou parte comum aos demais condôminos. Dever do proprietário da cobertura de reparar os estragos. Recurso desprovido.

O art. 554 do Código Civil dispõe que o proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam. No mesmo norte, o § 4º do art. 12 da Lei n. 4.591/64 (Lei de Condomínio e Incorporações) reza, in verbis: “As obras que interessarem à estrutura integral da edificação ou conjunto de edificações, ou ao serviço comum, serão feitas com o concurso pecuniário de todos os proprietários ou titulares de direito à aquisição de unidades, mediante orçamento prévio aprovado em assem-

bléia-geral, podendo incumbir-se de sua execução o síndico, ou outra pessoa, com aprovação da assembléia”.

Assim, a regra geral é a de que somente os problemas que afetem a estrutura integral do edifício e sirvam para a conservação das coisas e serviços comuns é que devem ser de responsabilidade do condomínio, excluindo-se apenas as despesas que, por sua destinação, uso e utilização, só a um dos condôminos interesse.

Denotando a prova pericial que os problemas de vazamento e infiltração no apartamento inferior decorrem de má conservação e outros defeitos existentes na cobertura de propriedade de um só condômino, não se pode atribuir a responsabilidade pelos reparos a todos os demais que não usufruem da área e/ou a ela têm acesso.

É dever do condômino responsável, pois, nos termos dos arts. 287 e 461 do CPC, efetuar os reparos necessários em seu próprio imóvel, sob pena de pagamento de multa diária, e ainda arcar com as perdas e danos experimentados no imóvel prejudicado até a data do efetivo cumprimento da obrigação de fazer.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.010027-2, da comarca da Capital (1ª Vara), em que são apelantes e apelados Edson Sartorato de Carvalho e Marinês Ceolin:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso de apelação do réu Edson Sartorato e dar provimento ao recurso adesivo da autora Marinês Ceolin.

Custas legais.

I — Relatório

Marinês Ceolin ajuizou ação ordinária de obrigação de fazer c/c perdas e danos contra Edson Sartorato de Carvalho, pretendendo a condenação deste na realização dos consertos em seu próprio apartamento, a fim de

que cessasse a infiltração de água nele existente bem como restabelecesse seus imóveis em sua condição anterior, inclusive de pintura, bem como reparasse os danos causados por sua omissão, a serem apurados em liquidação de sentença.

Asseverou, para tanto, que é proprietária de 2 apartamentos, de ns. 401 e 402 no Edifício Rômulo, situado nesta Capital, e que desde 1991 surgiram vazamentos no apartamento de n. 501, de propriedade do réu, os quais provocaram sinais de mofo, rachaduras e problemas na instalação elétrica de seu apartamento. Disse que o réu, apesar de notificado, não tomou nenhuma providência.

Citado, o réu contestou, aduzindo ser parte ilegítima passiva porquanto os danos advêm do indevido acúmulo de águas pluviais que descem por um cano situado no telhado

do edifício e desembocam no terraço do seu apartamento, sendo que nele existe apenas um ralo. Aduziu que a responsabilidade dos problemas é do condomínio e que há um seguro para cobrir tais imprevistos.

Sentenciando, a Meritíssima Juíza de Direito julgou parcialmente procedente o pedido para determinar que o réu fizesse os consertos no apartamento mencionado a fim de que cessasse a infiltração havida somente no apartamento de n. 401 no prazo de 60 dias, sob pena de pagamento de multa diária no valor de 50% do salário mínimo, com base no art. 287 do CPC. Condenou o réu, também, ao pagamento dos danos experimentados no apartamento 401 desde a data do início das infiltrações até a data do efetivo cumprimento da obrigação de fazer, a ser apurados em liquidação de sentença. Ao final, diante da sucumbência recíproca, determinou fossem rateadas as despesas processuais, antecipadas e remanescentes, nos termos do art. 21 do CPC, bem como determinou fossem compensados os honorários advocatícios.

Irresignado, apela o réu, dizendo que há contradições na prova pericial e repisando a responsabilidade do condomínio, que deve efetuar benfeitorias necessárias no edifício, evitando a sua deterioração.

A autora interpõe recurso adesivo tão-somente no que se refere à compensação dos honorários advocatícios e rateamento das despesas, porquanto apenas não foi deferido pela Magistrada o conserto do interior do apartamento, o que constitui parcela ínfima do pedido.

Contra-arrazoados os recursos, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

II — Voto

1 — Recurso do réu Edson Sartorato

Não prospera o seu recurso.

Tratam os autos de ação de obrigação de fazer c/c perdas e danos e pedido cominatório proposto por Marinês Ceolin contra Edson Sartorato, sob o fundamento de ser aquela proprietária de 2 apartamentos, de ns. 401 e 402, no Edifício Rômulo, situado à Rua São Joaquim, nesta Capital, os quais são atingidos pelos vazamentos de água oriundos do terraço do prédio, ou seja, a área privativa do apartamento n. 501, de propriedade deste último (e que é a cobertura do Edifício).

As infiltrações são suficientemente comprovadas pelas fotografias acostadas à fl. 12 e segs., além do que é fato notório que estes problemas afetam diretamente a parte elétrica dos imóveis e são fator de alto risco de incêndio.

A sentença foi julgada parcialmente procedente para determinar que o réu, ora apelante, Edson efetivasse os reparos no seu apartamento para que cessasse a infiltração havida no apartamento de n. 401, de propriedade da autora Marinês, no prazo de 70 dias e com multa diária aplicada em 50% do valor do salário mínimo. No mesmo ato, condenou-o ao pagamento dos danos decorrentes no imóvel da autora, a serem apurados em liquidação de sentença. O decisório, entretanto, não abrangeu o aparta-

mento de n. 402, também da autora Marinês Ceolin, porquanto não houve perícia nesta unidade condominial, sendo que esta última não interpôs o competente recurso de apelação nesse tocante.

O réu apelante Edson Sartorato argumenta na contestação e em seu recurso que os danos advêm do indevido acúmulo de águas pluviais que descem por um cano situado no telhado do edifício e desembocam no terraço do seu apartamento, sendo que nele existe apenas um ralo. Aduziu que a responsabilidade dos problemas é do condomínio e que há um seguro para cobrir tais imprevistos. Salienta, ainda, que incumbe ao Condomínio efetivar as benfeitorias necessárias para evitar tais estragos.

A presente matéria refere-se ao Direito de Vizinhança, cujo art. 554 do Código Civil dispõe que “o proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam”.

Maria Helena Diniz, in Código Civil Anotado, Saraiva, 1995, pág. 426, explica a noção de “mau uso” como sendo o uso anormal do direito, que cause dano a alguém (CC, art. 159), e ultrapasse os limites impostos à zona de garantia de cada um.

Mais especificamente aos direitos e deveres dos condôminos, reza, in verbis, o art. 12 da Lei n. 4.591/64: “Cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio, recolhendo, nos prazos previstos na Convenção, a quota-parte que lhe couber no rateio”. É de se lembrar, entretanto, que os proprietários do edifício dividido em

andares são donos em comum do terreno em que o mesmo se assenta com suas dependências e instalações, mas ao mesmo tempo são donos, por si, da parte privativa de cada unidade condominial.

Dessa forma, a fim de verificar se a responsabilidade pelos vazamentos é do condomínio ou do proprietário/apelante Edson Sartorato, deve-se atentar para a redação do § 4º do art. 12 da Lei n. 4.591/64, in verbis: “As obras que interessarem à estrutura integral da edificação ou conjunto de edificações, ou ao serviço comum, serão feitas com o concurso pecuniário de todos os proprietários ou titulares de direito à aquisição de unidades, mediante orçamento prévio aprovado em assembléia-geral, podendo incumbir-se de sua execução o síndico, ou outra pessoa, com aprovação da assembléia”.

Assim, a regra geral é a de que somente os problemas que afetem a estrutura integral do edifício e sirvam para a conservação das coisas e serviços comuns é que devem ser de responsabilidade do Condomínio.

Nesse sentido o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira, in Condomínios e Incorporações, 3ª ed., Forense, 1976, pág. 143:

“Cumpre, entretanto, observar que não se podem atribuir os ônus de tais despesas a comunheiros que nada têm, direta ou indiretamente, com serviços que nenhuma utilidade lhes prestam. Está neste caso o proprietário de loja no rés-do-chão, e com saída livre, quanto às despesas de manutenção de elevadores.

“Está neste caso aquele que é proprietário de apartamento sem direi-

to à garagem, quanto às despesas com esta. E, assim em diante, em outras hipóteses análogas”.

Ora, diante disso vê-se claramente que as infiltrações, tão comuns nos edifícios de apartamentos, decorrem de má conservação do sistema por parte do proprietário da unidade condominial da qual decorre o vazamento. O argumento do réu apelante Edson é de ser desconsiderado porque o fato de morar em uma cobertura não o pode eximir da responsabilidade de consertar os estragos e imputá-los às chuvas. Se a sua cobertura possui apenas um ralo que escoar a água, tem o dever de proceder reformas que dêem vazão a ela. A isso não pode ser imputada responsabilidade a todos os condôminos que, moradores de todos os andares, sequer têm contato direto com a cobertura do réu apelante Edson. Ressalva-se que, caso se tratasse a cobertura, a exemplo, o salão de festas do Edifício, contrariamente seria o decisório, posto que todos os condôminos a ela teriam acesso, e usufruiriam dos seus serviços e benefícios.

A esse respeito, a perícia realizada nos autos apreciou com singularidade a responsabilidade do réu apelante Edson, o qual inclusive ratificou o referido laudo em suas alegações finais proferidas em audiência (fl. 99v.). Não pode, agora, em grau recursal, argumentar que há contradições na quele porquanto poderia, naquela oportunidade, impugná-lo diretamente.

Nesse tom, vale trazer à baila excerto da sentença monocrática de fl. 112 e segs., ad litteram et verbis:

“Constatou o expert deste Juízo:

“Quando questionado sobre se o cano que desemboca no terraço do apartamento 501 é responsável pelo escoamento das águas, restou respondido, dentre outros, pelo perito que, o ‘dimensionamento indevido deste cano não é o responsável pelas infiltrações havidas no apartamento 401’. Segundo o perito, ainda, o problema que se verifica no apartamento 401 decorre do ‘mal acabamento e conservação que se nota na descida da tubulação de 3’ com o piso do terraço. Nota-se, também, que o piso do terraço (lajota colonial) tem algumas peças trincadas e falta de rejunte, que são pontos de infiltração de água, aliada a problemas de impermeabilização da laje’. Constatou, ainda, o perito, que não existe o ralo, mencionado pelo réu.

“Ofertando complementação à perícia, o expert informou que, para a solução do problemas reclamado no apartamento n. 401, é necessário refazer a impermeabilização do terraço no apartamento n. 501, retirando o piso de lajota, fazendo nova impermeabilização e colocação de novo piso de lajota; ainda, colocando um ralo, mais o acabamento junto à descida pluvial do terraço do apartamento n. 501, também com a troca dos azulejos quebrados e, por fim, com o refazimento no rejunte no box do apartamento n. 501.

“Desta feita, é fácil a conclusão de que as infiltrações não dizem respeito à estrutura integral do edifício, o que, aliás, ficou atestado pelo perito à fl. 93. Por isso mesmo que a responsabilidade não pode ser atribuída ao

condomínio. Aliás, diga-se, a tese que se apegou o réu caiu por terra com a prova pericial, onde está confirmado que o cano não é a causa dos problemas de infiltração. Eventuais erros de execução da obra, no apartamento, dizem respeito ao condômino e à construtora. Se passados todos esses anos (quase vinte), desde a construção do prédio, e o proprietário sequer tomou qualquer medida contra a construtora no prazo de lei, não pode invocar a responsabilidade do condomínio, quando o problema atinge somente sua unidade autônoma.

“Os problemas no apartamento do réu afetam aquele de propriedade da autora, daí decorre, então, o direito desta última, em ser, o primeiro, obrigado a fazer os reparos necessários em seu próprio imóvel, sob pena de pagamento de pena pecuniária, e, ainda, a arcar com as perdas e danos experimentados, no imóvel da autora, até a data do efetivo cumprimento da obrigação de fazer.

“(…)

“No mais, vislumbro que o réu, na contestação, rebateu os aventados danos sofridos pela autora, no entanto, a prova pericial, com a qual o réu concordou em todos os termos, comprovou os danos experimentados em razão das infiltrações.

“Ainda, não há que se falar em eventual seguro para cobertura de tais reparos, porquanto não são de responsabilidade do condomínio”.

No que se refere à aplicação de pena pecuniária em caso de descumprimento da ordem, reza o art. 287 do CPC: “Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a

prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645)”.

Ou, conforme se depreende do art. 461, § 4º, do Codex Instrumental Civil: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

“(…)

“§ 4º — o juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”.

A finalidade da astreinte como execução indireta, é a de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação de fazer, mediante a ameaça de uma pena sujeita a aumentos indefinidos, não tendo por limite nem o valor da própria indenização, conforme prevê o art. 920 do CC. Em suma, deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória, já que o seu objetivo é obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. Quanto maior a multa, mais rápido o cumprimento do pactuado.

A egrégia Primeira Câmara Civil recentemente apreciou situação semelhante à retratada nos autos, deixando consignado na Ap. Cív. n. 97.013539-4, de Chapecó, j. 16/6/98, rel. Des. Trindade dos Santos:

“A astreinte, ou multa decendial, nada mais representa do que uma execução indireta, tendo ela como finalidade precípua compelir o devedor ao cumprimento da obrigação de fazer, sob pena de sanção pecuniária sujeita a patamares indefinidos e não limitados pelo valor da própria indenização. É ela válida e eficaz, ainda que ascenda, no seu valor final, a importe superior ao próprio valor da obrigação principal, uma vez que imposta em contrato de seguro, pela própria seguradora. Ademais, não incide a ‘astreinte’ na limitação imposta pelo art. 920 do Código Civil, posto que, fixada ela em percentual infinitamente inferior ao da obrigação principal, a expressão monetária final da mesma só virá a superar o valor global do principal, em decorrência da negligência da própria seguradora, que só vem a implementar sua responsabilidade anos após a materialização dos fatos passíveis de indenização”.

No mesmo tom, a Apelação Cível n. 97.011106-1, de Chapecó, rel. Des. Newton Trisotto, de 2/6/98:

“A cominação da pena prevista no artigo 287 do Código de Processo Civil é ‘requisito essencial do próprio pedido de condenação à prestação de fato’ e ‘há obrigatoriedade da cominação de multa, sob pena de se transformar o pronunciamento jurisdicional numa inutilidade, dada a exequibilidade da sentença’ (Humberto Theodoro Júnior)”.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso do réu Edson Sartorato.

2 — Recurso adesivo da autora Marinês Ceolin

O recurso adesivo da autora Marinês Ceolin refere-se tão-somente à compensação dos honorários advocatícios e rateamento das despesas determinado pela Magistrada, porquanto argumenta que apenas não foi deferido o pedido de conserto do interior do apartamento, o que constitui parcela ínfima do pedido.

Nessa parte, vê-se que a Meritíssima Juíza de Direito determinou, sim, os reparos no apartamento n. 401 da autora, a ser apurados em liquidação de sentença.

Com razão a autora, porque ainda que não tenha sido deferido o pagamento dos reparos do apartamento. 402, tem-se que assim ocorreu diante da inexistência de perícia. Não é justo que a autora, que teve inúmeros prejuízos diante da evidente culpa do réu pelas infiltrações, pague 50% de honorários. Nesse sentido, dá-se provimento ao recurso adesivo para excluir a compensação de honorários e despesas por parte da autora Marinês Ceolin.

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso do réu apelante Edson Sartorato, e dá-se provimento ao recurso adesivo da autora Marinês Ceolin.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Ruy Pedro Schneider.

Florianópolis, 26 de junho de 2001.

Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.005994-3, DA CAPITAL**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

Preliminar de nulidade da sentença. Extinção do processo de execução sem julgamento do mérito. Inteligência do art. 459, parte final, do CPC. Juiz que adota na íntegra parecer do Ministério Público e profere decisão extintiva do feito. Nulidade incorrente.

Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, ex vi do disposto no art. 459, parte final, do cânone processual civil vigente, o magistrado está autorizado a decidir de forma concisa, não havendo falar, em tais casos, em nulidade da sentença por ausência de fundamentação caso adotada, como razão de decidir, a totalidade do parecer ministerial de primeiro grau.

Pedido de verificação de situação irregular proposta por ex-empregadora contra um então adolescente, com dezessete anos à época dos fatos. Alegação de furto de documentos da empresa. Inexistência de ação socioeducativa pública proposta pelo Ministério Público e incorrência de apuração dos fatos. Ato infracional que, caso presente, só poderia ser o do art. 345 do CP — Exercício arbitrário das próprias razões, o qual, atualmente, já estaria prescrito, ademais. Agente atualmente com mais de vinte e um (21) anos de idade. Exegese dos arts. 2º, parágrafo único, e 121, § 5º, do ECA. Falta de interesse processual. Recurso não conhecido.

É inviável a utilização do procedimento de verificação de situação irregular por particular que pretende a imputação de medida socioeducativa a menor de 18 anos, já que aquele pedido é utilizado nos casos das infrações administrativas praticadas pelas crianças ou adolescentes (previstas no art. 245 e segs. do ECA) ou então para que o Poder Judiciário possa averiguar situações de abandono ou maus-tratos a elas e, com isso, alterar-se a guarda e ou conceder pedidos de adoção.

A imputação da prática de um ato infracional (furto) ao então menor (na época com 17 anos), depende da propositura de uma ação socioeducativa pública, cuja legitimidade é privativa do representante do Ministério Público, além do que as medidas socioeducativas, previstas no art. 112 do ECA, dentre elas a prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, internação etc., somente podem

ser aplicadas com prova suficiente da autoria e materialidade, o que pressupõe o ajuizamento da ação penal supracitada.

Inexiste, na disciplina do Estatuto da Criança e do Adolescente, a figura da ação privada subsidiária da pública ou então a ação privada, casos que possibilitariam, ao menos em tese, a propositura de ação penal pela ora autora apelante. Nesse sentido, o art. 180 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe caber ao Ministério Público, em tema de ato infracional, promover o arquivamento dos autos (inc. I), conceder a remissão (inc. II) e representar a autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa (inc. III).

Verificando-se, ademais, que a internação, que é a mais grave das medidas a que está sujeito, tem sua liberação compulsória aos 21 anos de idade (art. 121 e § 5º do ECA), e que o art. 2º do mesmo diploma reza que as normas nele contidas só excepcionalmente são aplicadas às pessoas dentre 18 e 21 anos, torna-se evidente, com o atingimento da idade de 21 anos, que a pessoa não poderá mais ser submetida ao procedimento previsto na Lei n. 8.069/90, tendo decaído o Estado do direito à aplicação de medida socioeducativa. Falece à autora, nesse caso, interesse processual no prosseguimento da demanda.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.005994-3, da comarca da Capital, em que é apelante M. da C. V., sendo apelado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso por falta de interesse processual.

Custas legais.

I — Relatório

M. da C. V. F. ajuizou pedido de verificação de situação irregular contra F. R. da C., alegando, em síntese, que este havia sido empregado na empresa de sua propriedade quando ainda não alcançada a maioridade pe-

nal. Disse que, por ocasião do término do contrato de trabalho estabelecido com o réu, percebeu o desaparecimento de alguns documentos da firma, vindo a descobrir que era sua a responsabilidade pelo sumiço dos papéis, já que deles se utilizou para ajuizar-lhe reclamatória trabalhista.

Salientou, também, que este possui, hoje, mais de 21 anos, mas que é possível a imputação de medida socioeducativa contra ele.

Sentenciando, o Meritíssimo Juiz de Direito julgou extinto o processo sem julgamento do mérito.

Inconformada, apela a autora, requerendo a nulidade da sentença por falta de fundamentação e, no mérito, diz que o art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente permite a

aplicação de medida socioeducativa contra este.

O representante ministerial opinou pelo não conhecimento do apelo, ou, alternativamente, pela manutenção da sentença hostilizada.

Aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso.

II — Voto

A prefacial de nulidade da sentença, primeiramente, é inacolhida, até porque, como se verá no mérito, o recurso sequer pode ser conhecido.

À fl. 240 o Meritíssimo Juiz de Direito, adotando na íntegra o parecer ministerial de fl. 238, julgou extinto o presente pedido de verificação de situação irregular proposto por M. da C. V. F. em razão da conduta de F. R. da C., o qual teria, segundo aquela, furtado documentos em sua empresa para depois ajuizar-lhe reclamatória trabalhista, já que à época, quando ainda menor (17 anos), prestava-lhe serviços.

Embora a sentença esteja realmente concisa, não vejo nulidade porquanto a remissão feita ao parecer ministerial, o qual está suficientemente relatado e fundamentado, supre qualquer deficiência. Ademais, nas sentenças extintivas sem julgamento do mérito o magistrado não precisa dar exaustiva fundamentação, consoante determina o próprio Código de Processo Civil em seu art. 459, parte final, do CPC: “nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá de forma concisa”.

O procedimento utilizado pela autora apelante M. da C. F. é equivo-

cado, a uma porquanto pretende imputar a F. da C. medida socioeducativa, e a duas porque o pedido de verificação de situação irregular não se presta para tanto, já que é utilizado nos casos das infrações administrativas praticadas pelas crianças ou adolescentes (previstas no art. 245 e segs. do ECA) ou então para que o Poder Judiciário possa averiguar situações de abandono ou maus-tratos a elas e, com isso, alterar-se a guarda e ou conceder pedidos de adoção.

Denota-se claramente que a autora apelante M. F. imputa a prática de um ato infracional (furto) ao então menor F. (na época com 17 anos), sendo que a providência correta a ser tomada é a propositura de uma ação socioeducativa pública, cuja legitimidade é privativa do representante do Ministério Público. Inexiste na disciplina do Estatuto da Criança e do Adolescente a figura da ação privada subsidiária da pública ou então a ação privada, casos que possibilitariam, ao menos em tese, a propositura de ação penal pela autora apelante M. F.

Nesse sentido, o art. 180 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe caber ao Ministério Público, em tema de ato infracional, “promover o arquivamento dos autos” (inc. I), “conceder a remissão” (inc. II) e “representar a autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa” (inc. III).

Ademais, as medidas socioeducativas, previstas no art. 112 do ECA, dentre elas a advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação somente podem ser aplicadas com

prova suficiente da autoria e materialidade, o que pressupõe o ajuizamento da ação penal supracitada.

Outrossim, a internação, que é a mais grave das medidas a que está sujeito, caracteriza-se pelo sentido da brevidade e excepcionalidade, sendo que a liberação será compulsória aos 21 anos de idade (art. 121 e § 5º do ECA), além do que o art. 2º do mesmo diploma reza que as normas nele contidas só excepcionalmente são aplicadas às pessoas dentre 18 e 21 anos.

Salientou com proficiência, nesse sentido, o Exmo. Sr. Dr. Jobel Braga do Araújo, em seu parecer de fl. 260: “De outra banda, ad argumentandum tantum, mesmo que fosse correta a via processual eleita pela recorrente, constata-se que o suposto ato infracional não configuraria furto, como asseverado na inicial. Poderia consistir, apenas, em exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal), posto que praticado com o intuito de fazer valer seu direito, em face da apelante, em sede laboral.

“Tipo penal este que, consoante dispõem os arts. 109, VI, e 155 do aludido Diploma Legal, prescreve em 1 (um) ano. Ora, ainda que estas pertençam à esfera penal, é evidente que, de acordo com os arts. 152 e 226 do Estatuto Menorista, se aplicam aos atos infracionais, porquanto seria lógico que adolescentes fossem submetidos a situações mais rígidas e gravosas do que aquelas aplicáveis aos maiores.

“Logo, ter-se-ia que admitir a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva e, via de consequência, deveria ser declarada extinta a punibilidade”.

Assim, decaindo o Estado do direito à aplicação de medida socioeducativa por haver o agente completado mais de 21 anos de idade, fica livre do processo na jurisdição penal juvenil, não tendo a apelante M. F. interesse processual algum no prosseguimento da presente demanda, posto que o Estado decaiu, no caso, do interesse na aplicação de medida socioeducativa.

Ante o exposto, não se conhece do recurso por falta de interesse processual.

III — Decisão

Ante o exposto, não se conhece do recurso por falta de interesse processual.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Ruy Pedro Schneider. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga do Araújo.

Florianópolis, 26 de junho de 2001.

*Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.012014-9, DE SÃO JOSÉ**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

Embargos de terceiro. Execução por quantia certa. Penhora. Propriedade imóvel. Residência de familiares do executado. Ex-esposa e filho do devedor executado. Bem de família. Requisitos demonstrados. Apelo desprovido.

Atendidos os requisitos previstos pela Lei n. 8.009/90, caracteriza-se o imóvel como bem de família, sendo, assim, impenhorável.

A Constituição da República dispensou à família, base da sociedade, especial proteção do Estado, seja biparental ou monoparental (art. 226, § 4º). Assim, constitui entidade familiar a comunidade formada por mãe separada e o filho havido em casamento desfeito.

Os embargos de terceiro para a defesa do bem de família de propriedade do devedor podem ser manejados, nesse caso, por familiar, ainda que mero possuidor do bem. Inteligência do art. 1.046, § 1º do Código de Processo Civil.

“A legitimidade ativa, neste caso, não decorre da titularidade (ou da co-titularidade) dos direitos sobre o bem, decorre sim da condição de possuidor (ou co-possuidor) que o familiar detenha, e do interesse jurídico e moral de salvaguardar a habitação da família, diante da omissão ou da ausência do titular do bem. Não se pode esquecer que, na generalidade dos casos, o abrigo dos familiares próximos com quem o devedor convive, no imóvel residencial, é também forma indireta de prestação de alimentos” (Rainer Czajkowski).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.012014-9, da comarca de São José, em que é apelante Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc e apelada Vera Lúcia Vaz:

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

Custas legais.

1. Banco do Estado de Santa Catarina S.A. aforou execução de título judicial em face de Reni Antônio Schweitzer FI.

Houve penhora e subsequente arrematação de linha telefônica. Sendo insuficiente para o pagamento do débito, penhorou-se imóvel de propriedade do executado, que formulou embargos à execução, rejeitados por intempestividade.

Vera Lúcia Vaz, separada judicialmente de Reni Antônio Schweitzer, interpôs embargos de terceiro, afirmando ser possuidora direta do imóvel penhorado, que é bem de família, não podendo, portanto, ser objeto de penhora. Ressaltou ser o único bem de propriedade do executado.

Banco do Estado de Santa Catarina S.A. formulou resposta, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade da autora. Disse que a propriedade em questão não se reveste das características de bem de família, pois o executado possui outro bem imóvel onde reside, sendo este impenhorável.

Realizou-se audiência de instrução e julgamento e foram apresentadas alegações finais escritas.

Sobreveio sentença, que julgou procedentes os embargos de terceiro, afirmando que a embargante tem o imóvel como residência, podendo ser considerado bem de família.

Irresignada, a instituição financeira formulou recurso de apelação, sustentando que o imóvel foi adquirido pelo executado após a separação do casal, tanto que a sentença de separação afirmava não haver bens a partilhar.

Destacou que a posse da autora sobre o imóvel dá-se a título de comodato, o que não poderia impedir a penhora e reforçou não se tratar de bem de família, pois o executado possui dois imóveis.

A apelada ofertou contra-razões, afirmando que se trata de bem de família, reforçando que é o único bem imóvel de propriedade do executado. Aduziu que a prova testemunhal colhida nos autos demonstra o argu-

mento de que residia no imóvel antes mesmo de o executado contrair o débito que originou a execução.

2. Nega-se provimento ao recurso.

Para que um imóvel possa ser considerado bem de família, é mister que cumpra os requisitos delineados pela Lei n. 8.009/90.

Ao que consta da produção probatória, o executado não possui outro imóvel além do que está sendo discutido nos embargos, satisfazendo o requisito exigido pelo artigo 5º do referido diploma legal, qual seja, a propriedade de imóvel único.

Nesse imóvel reside a embargante, separada judicialmente de Reni Antônio Schweitzer, e o filho havido nesse casamento, Robert Schweitzer.

Cabe perquirir se está configurado o imóvel como residência familiar.

É claro o texto constitucional ao dispor, no art. 226, § 4º, que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

A ampliação do conceito rompeu com o modelo de família estabelecido pelo Código Civil — inspirado na recepção, resgate dos institutos jurídicos romanos que acompanhou o nascimento do Estado Moderno —, chefiada pelo pai, detentor do pátrio-poder sobre os filhos.

Caio Mário da Silva Pereira menciona a alteração do conceito jurídico de família, afirmando haver “sensível mudança nos conceitos básicos. A família modifica-se profundamente. Está-se transformando sob os nossos olhos. Ainda não se podem definir as

suas linhas de contorno precisas, dentro do conflito de aspirações. Não se deve, porém, falar em desagregação, nem proclamar-se verdadeiramente uma crise. Como organismo natural, a família não acaba. Como organismo jurídico, elabora-se a sua nova organização" (Instituições de direito civil. 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, vol. 5, pág. 20).

Sobre a renovação trazida pela Constituição da República, importante afirmar que "a idéia de família para o Direito brasileiro sempre foi a de que ela é constituída de pais e filhos unidos a partir de um casamento regulado e regulamentado pelo Estado. Com a Constituição de 1988 esse conceito ampliou-se, uma vez que o Estado passou a reconhecer 'como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes', bem como a união estável entre homem e mulher (art. 226). Isto significa uma evolução no conceito de família. Até então, a expressão da lei jurídica só reconhecia como família aquela entidade constituída pelo casamento. Em outras palavras, o conceito de família se abriu, indo em direção a um conceito mais real, impulsionada pela própria realidade" (Rodrigo da Cunha Pereira. Direito de família : uma abordagem psicanalítica. 2ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1999, pág. 31).

Eduardo Oliveira Leite leciona que "o Constituinte de 1988, embora tenha modificado o dogma da legitimidade da família constituída pelo casamento, não colocou (nem poderia tê-lo feito) as outras entidades familiares no mesmo pé de igualdade do casamento civil mas, de forma lapidar e amplíssima, dispôs que a família (to-

das as famílias, certamente) tem especial proteção do Estado. Isto é, tanto as famílias biparentais (oriundas de um casamento civil, ou religioso, ou decorrentes de união estável), quanto as famílias monoparentais (previstas no § 4º do art. 226)" (Famílias monoparentais. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, págs. 18/19).

Reconhecida a existência de comunidade familiar residindo no imóvel, cabe investigar a respeito de sua legitimidade para interposição de embargos de terceiro.

A posse do bem é suficiente para a sua interposição, conforme se depreende da leitura do art. 1.046, § 1º, do Código de Processo Civil.

A doutrina não foge da previsão legal, afirmando que esses embargos "podem se basear só na posse ou na posse e na propriedade" (Luiz Felipe Silveira Difini. Embargos de terceiro. Rio de Janeiro, Aide, 1992, pág. 59).

Assim, é desimportante o argumento do apelante que a autora somente reside no imóvel penhorado a título de comodato, pois a posse mantida sobre o bem, independente do título em que se deu, é suficiente para a legitimação.

Ainda cabe reproduzir, sobre a legitimidade ativa de familiares, a lição de Rainer Czajkowski, que, *mutatis mutandis*, pode ser aplicada ao caso em análise:

"A legitimidade ativa, neste caso, não decorre da titularidade (ou da co-titularidade) dos direitos sobre o bem, decorre sim da condição de possuidor (ou co-possuidor) que o familiar detenha, e do interesse jurídico e moral de salvaguardar a habitação da família, diante da omissão ou da ausên-

cia do titular do bem. Não se pode esquecer que, na generalidade dos casos, o abrigo dos familiares próximos com quem o devedor convive, no imóvel residencial, é também forma indireta de prestação de alimentos" (A impenhorabilidade do bem de família. 3ª ed., Curitiba, Juruá, 1998, págs. 76/77).

Atendidos os requisitos para a caracterização do bem de família e verificados os pressupostos para os

embargos de terceiro, mantém-se a decisão objurgada.

3. Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Torres Marques.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.017191-4, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Ação de cobrança. Crédito rotativo em conta corrente. Intervenção estatal na esfera de liberdade contratual. Juros constitucionais. Auto-aplicabilidade do artigo 192, § 3º, da Constituição Federal. Anotocismo. Limitação da multa contratual pelo Código de Defesa do Consumidor. Taxa Referencial — TR. Pactuação como índice de correção monetária. Impossibilidade. Custo primário de captação dos depósitos a prazo fixo no mercado financeiro. Substituição pelo INPC. Incidência de comissão de permanência. Expunção de ofício. Violação ao princípio e direito fundamental de informação (CDC, art. 6º, inc. III). Nulidade da cláusula que obriga o reconhecimento de liquidez do quantum debeatur. Ofensa ao art. 20 do CPC na prévia atribuição de responsabilidade ao consumidor pelas eventuais custas, prefixando-se honorários advocatícios. Eleição de foro nula.

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

É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada. Inteligência da Súmula 121 do Supremo Tribunal

Federal, da qual não estão excluídas as instituições financeiras.

Multa contratual. Limitação em 2%. Cuidando-se de matéria de ordem pública, a multa moratória é de ser minorada, ex officio, de 10 para 2% do saldo devedor, de sorte a amoldar-se ao §1º do art. 52 do Estatuto do Consumidor.

A TR retrata as oscilações do custo primário de captação dos depósitos a prazo fixo no mercado financeiro, não a desvalorização da moeda. Por ser remuneração de capital — juros —, é inservível como fator de correção monetária e conflita com o sistema de proteção ao consumidor.

A cláusula que a preveja é nula, porque abusiva, geradora de enriquecimento sem causa. Deixar a matéria ao inteiro sabor de uma ilusória autonomia da vontade seria assentir que os pactuantes — notadamente o mais forte — pudessem, por estipulação contratual, alterar contratualmente a verdade dos fatos, transmutando em correção monetária o que é remuneração de capital.

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

São nulas as cláusulas que “estipulem o reconhecimento, pelo consumidor, de que os valores lançados no extrato da conta corrente ou na fatura do cartão de crédito constituem dívida líquida, certa e exigível” (Portaria SDE n. 3, de 19/3/1999, item 8).

A norma ínsita no art. 20 e seu §1º do CPC é de natureza cogente e insere-se na atribuição exclusiva do magistrado a fixação da sucumbência, sendo certo que a atividade jurisdicional, por força da Constituição, é indelegável. Refoge, portanto, da esfera da liberdade contratual.

A verba representativa submete-se à prudente análise de critérios que cercam matéria de fato (CPC, art. 20, §3º), demandando, assim, apreciação equitativa do juiz. Refoge, portanto, da esfera de liberdade contratual.

São nulas as cláusulas que “elejam foro para dirimir conflitos decorrentes de relações de consumo diverso daquele onde reside o consumidor” (Portaria SDE n. 4, 13/3/1998).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.017191-4, da comarca de Chapecó, em que é apelante Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc, sendo apelada Engenho Construções e Incorporações Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por unanimidade de votos, desprover o recurso e de ofício decretar a nulidade das cláusulas contratuais abusivas apontadas.

Custas legais.

1. Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc apelou da sentença prolatada em ação de cobrança que moveu contra Engenho Construções e Incorporações Ltda.

O digno Magistrado a quo julgou parcialmente procedente o pedido, fixando os juros contratados no limite constitucional de 12% ao ano — no período em que não foi observada esta norma. Ainda, excluiu a capitalização dos juros e limitou as multas moratórias em 2% sobre o valor da prestação. Decidiu, outrossim, em face das particularidades do caso concreto, que os valores efetivamente devidos pela ré deveriam ser apurados em liquidação de sentença por arbitramento, suportando esta os ônus sucumbenciais e honorários arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Em seu recurso, o autor pretende seja considerada dependente de legislação complementar a aplicação do dispositivo do § 3º do art. 192 da

Constituição, que limita os juros a 12% ao ano, mantendo-se a respeito dos juros e da correção monetária aquilo que foi contratado.

Com contra-razões, alçaram os autos a esta Corte.

2. A apelação é desprovida, conforme se demonstrará.

2.1 A título de intróito, diga-se que as disposições do Código de Defesa do Consumidor têm sido aplicadas ainda timidamente por boa parte dos tribunais, quiçá temerosos de interferir de modo indevido nas relações inter partes.

Por vezes ignora-se o fato de que a intangibilidade dos contratos é artifício espúrio de quem quer perpetuar o predomínio do mais forte sobre o consumidor, sob o manto fantasioso da segurança jurídica. É o ardil do dogmata cínico, que só emprega à letra os textos legais compatíveis com seu proselitismo, de que garante estar despido. Proclama, assim, do píncaro de sua consciência asséptica e imaculada, estar alheio às interferências do meio social, a jactar-se de uma pretensa neutralidade que desconhece valores.

Nessa perspectiva, o bom intérprete não abdica de pensar e, logo, não teme reavaliá-las suas opiniões; prefere os riscos da transformação à cômoda inoperância que conserva a iniquidade.

Deve-se forcejar por reduzir o desequilíbrio entre os figurantes do negócio jurídico expurgando as cláusulas

sulas abusivas, porque não nos é dado ignorar a modificação do conceito clássico de contrato, como contraponto à concentração de poder econômico gerada pela expansão do modo de produção capitalista. Isso para que “à manifestação do consentimento e à sua força vinculativa seja agregado o objetivo do equilíbrio das partes, através da interferência da ordem pública e da boa-fé. Ao contrato, instrumento outrora de feição individualista, é outorgada também uma função social” (Edilson Pereira Nobre Júnior. A proteção contratual no Código do Consumidor e o âmbito de sua aplicação. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 27, pág. 59, jul./set. 1998).

“Timbra em exigir que as partes se pautem pelo caminho da lealdade, fazendo com que os contratos, antes de servirem de meio de enriquecimento pelo contratante mais forte, prestem-se como veículo de harmonização dos interesses de ambos os pactuantes” (pág. 62).

“No campo contratual, a tutela desfechada pelo CDC se sustém basicamente em quatro princípios cardiais, atuando na formação e no cumprimento da avença, quais sejam a transparência, a boa-fé, a equidade contratual e a confiança” (pág. 76).

A repressão a convenções abusivas tem um amplo histórico na legislação estrangeira, especialmente na germânica, americana (Unconscionable Contract or Clause) e inglesa (Unfair Terms). No direito alienígena as regras protetivas propiciaram o fortalecimento das relações de consumo de forma a conferir maior solidez ao mercado, num exemplo eloquente de

que a intervenção estatal na medida certa, para corrigir disparidades entre os contratantes, não representa intromissão perniciosa na vontade privada.

Parte-se da compreensão de que “las partes pueden haber emitido correctamente su declaración y expresado el consentimiento, pero hay una desigualdad económico-social en virtud de la cual no hay discusión, negociación, sino mera adhesión” (Ricardo Luis Lorenzetti. Analisis crítico de la autonomía privada contractual. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 14, pág. 14, 1995).

Cláudia Lima Marques, atenta ao surgimento de um novo modelo contratual, propala haver “uma revalorização da palavra empregada e do risco profissional, aliada a uma grande censura intervencionista do Estado quanto ao conteúdo do contrato, é um acompanhar mais atento para o desenvolvimento da prestação, um valorizar da informação e da confiança despertada. Alguns denominam de renascimento da autonomia da vontade protegida. O esforço deve ser agora para garantir uma proteção da vontade dos mais fracos, como os consumidores. Garantir uma autonomia real da vontade do contratante mais fraco, uma vontade protegida pelo direito...” (Contratos bancários em tempos pós-modernos — primeiras reflexões. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 25, pág. 25, jan./mar., 1998).

A doutrinadora explicita: “em tempos pós-modernos é necessário uma visão crítica do direito tradicional, é necessária uma reação da ciência do direito, impondo uma nova valorização dos princípios, dos valores de

justiça e equidade e, principalmente no direito civil, do princípio da boa-fé objetiva, como paradigma limitador da autonomia de vontade. Caso contrário, o próprio direito brasileiro ao privilegiar os mais fortes levará à opressão e exclusão dos mais fracos na sociedade. A crise atual leva a pensar na necessidade de proteção da vontade do consumidor, como ideal utópico remanescente da meta-narrativa da modernidade de tratamento desigual aos desiguais. É tempo de alterar o ponto de concentração do direito civil e pensar no grupo que recebe as declarações, na confiança despertada pela atuação profissional dos fornecedores e não só em estabelecer normas que privilegiam aquele que declara, aquele que redige os contratos massificados, aquele que impõe seus métodos de marketing agressivos ou emotivos de venda. No novo direito contratual, pois, a liberdade contratual do profissional não deve ser a única a merecer proteção jurídica, pois sua posição de poder nas tratativas contratuais é clara e intrínseca aos métodos contratuais atuais, mas, sim, deve se concentrar no outro, no direito e na liberdade do outro" (págs. 26/7) — a alteridade, proclamada por Warat.

Completa: "o novo regime dos contratos bancários de consumo impede que o elaborador unilateral dos contratos abuse de sua posição contratual e aproveite-se do desequilíbrio intrínseco e estrutural destas relações para impor cláusulas abusivas ou contrárias a leis imperativas vigentes" (pág. 30).

O Estatuto do Consumidor aciona de nulidade as cláusulas que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em

desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé (art. 51, inc. IV) e reprime, genericamente, as desconformes com o sistema protetivo do Codex (art. 51, inc. XV). Fixa que o elemento volitivo há de submeter-se ao conteúdo ético da boa-fé objetiva, aquiescendo à "criação de uma norma para o caso de acordo com os dados objetivos que ele mesmo apresenta, atendendo à realidade social e econômica em que o contrato opera, ainda que isso o leve para fora do círculo da vontade" (Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *A boa-fé na relação de consumo*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 14, pág. 25, abr./jun., 1995).

O primado do voluntarismo, nascido com o liberalismo clássico, vem soçobrando numa conjuntura mundial econômica e socialmente dispar, a reclamar a instalação de novos paradigmas. À boa-fé subjetiva, centrada na convicção da conduta conforme o direito, vem conjugar-se a boa-fé objetiva, capaz de atribuir deveres às partes, instituindo cláusulas obrigatórias e expungindo as iníquas. O novo enfoque da boa-fé, vista como princípio geral de direito, "permite a concreção de normas impondo que os sujeitos de uma relação se conduzam de forma honesta, leal e correta" (Maria Cristina Cereser Pezzella. O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 23/4, pág. 199, jul./set., 1997). No aspecto objetivo, a bona fides é incompatível com as cláusulas abusivas, opressoras ou excessivamente onerosas e abrange um controle jurídico corretivo da relação negocial (v. Luis Renato Ferreira da Silva. Cláusulas abusivas:

natureza do vício e decretação de offício. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 23/4, pág. 128, 1997).

Na visão de Cláudia Rita Brizio, professora da Universidade Nacional de Mar del Plata, “el derecho tradicional partía de la concepción de sujetos económicamente iguales, con un poder de negociación similar, que los llevaba a pactar en igualdad de condiciones, logrando un equilibrio, o sea a contratar en un plano de justicia, buscando en paridad un intercambio razonable.

“Dentro de este contexto, la función del Estado a través de las normas legales emanadas del legislador y la de los tribunales, era exclusivamente la de proteger y possibilitar la actuación de las voluntades libres.

“El nuevo derecho del consumidor intenta corregir y enmendar los defectos, las deficiencias o desequilibrios internos del cuerpo social causados por la natural irracionalidad de la economía de libre mercado y del sistema social subsiguiente. He aquí, que en la última fase del proceso económico de reproducción capitalista fundado en el mercado, el protagonismo colectivo es del consumidor, destinatario final del proceso de circulación económica. En otros términos, en el sistema de mercado el consumidor se enfrenta con estructuras de poder ya consolidadas, lo que explica la subordinación estructural del consumidor al mercado” (La teoría general del contrato y el derecho del consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 23/4, págs. 22/3, jul./dez., 1997).

2.2 A limitação dos juros constitucionais é matéria cuja discussão encontra-se superada nesta Câmara.

Reiteradamente tem sido reconhecida a auto-aplicabilidade do disposto no art. 192, § 3º, da Constituição de 1988.

Apesar de vencido, o Ministro Paulo Brossard, na ADIn n. 4—DF, teve o ensejo de sustentar a eficácia imediata da norma prefalada, comentando em seu voto:

“Tenho para mim que o § 3º do art. 192 tem em si mesmo elementos bastantes para imperar desde logo e independentemente de lei complementar, até porque esta, querendo ou não o legislador, não poderá ter como juro máximo 12% ao ano, incluídas nessa taxa que, aliás, não é nova entre nós, toda e qualquer comissão ou tipo de remuneração direta ou indiretamente referida à concessão do crédito. Isto porque, como é sabido, como a chamada lei de usura prescrevesse como limite máximo a taxa de juros de 12%, instituições financeiras, sob a pressão do fenômeno inflacionário, passaram a cobrar outras taxas sob rótulos distintos.

“Querendo ou não querendo o legislador não poderá autorizar a cobrança de qualquer remuneração seja a que título for, direta ou indiretamente ligada à concessão de crédito, além do juro, juro este que será de até 12% e em caso algum superior a essa taxa” (RTJ 147/830).

Perfilhando esse entendimento, o Ministro Carlos Velloso, ao perscrutar o tema em discussão, consignou tratar-se de norma proibitória ou vedatória, de aplicabilidade imediata, salientando que “As normas constitucionais são, de regra, auto-aplicáveis, vale dizer, são de eficácia plena e de aplicabilidade imediata. Já foi o tempo em que predominava a doutrina no

sentido de que seriam excepcionais as normas constitucionais que seriam, por si mesmas, executórias". E arrematou: "o que deve o intérprete fazer, diante de um texto constitucional de duvidosa auto-aplicabilidade, é verificar se lhe é possível, mediante os processos de integração, integrar a norma à ordem jurídica.

"É o caso da taxa de juros reais inscrita no § 3º do art. 192 da Constituição, que tem conceito jurídico indeterminado, e que, por isso mesmo, deve o juiz concretizar-lhe o conceito, que isto constitui característica da função constitucional" (RTJ 147/816).

Muito embora o caput do artigo 192 da Constituição de 1988 aluda à feitura de lei complementar, o § 3º, em sua primeira parte, é de completitude indisputável, desvelando a fragilidade e inutilidade das circunlocuções que se têm construído para negar a auto-aplicabilidade do preceito (Roberto W. Amarante. Contratos bancários — De quem é a mora? Revista Jurídica, Porto Alegre: Síntese, n. 226, agosto, 1996, pág. 44). Por conta disso, vincular a exequibilidade da regra do artigo 192, § 3º, CF/88, à edição de lei complementar que a regulamente, equivaleria a render preito ao tautológico. Cultuar-se a redundância é, per se, conduta censurável, exasperando sua reprovabilidade quando, como na matéria em tela, importar sério gravame a quem recorre a instituições financeiras, bem como a manutenção de nefasta benesse a esses entes.

Não se olvide, outrossim, que, mesmo com a superveniência de lei complementar, pondo em foco os juros reais, em hipótese alguma — e isso é indubitável — admitir-se-á o esta-

belecimento de taxas excedentes aos 12% anuais, por plasmar evidente afronta ao texto constitucional. Aliás, foi nesse sentido a profícua advertência do ilustre Des. Carlos Prudêncio em acórdão de sua relatoria:

"A norma que regulamentará referido parágrafo jamais poderá firmar juros superiores aos 12%; poderá, sim, estabelecer um limite menor. E, neste caso, qual a necessidade de lei regulamentadora se esta nunca poderá fixá-los acima de 12% ao ano. Por isso, o § 3º do art. 192 da CF tem eficácia plena e imediata, já que veda expressamente a cobrança de juros superiores ao limite nele fixado, além de assegurar direito dos operadores do mercado financeiro de vê-lo aplicado. Ou seja, com ou sem lei complementar, a taxa de juros reais não poderá ser mais que 12% ao ano; a lei a ser elaborada é que estará subordinada ao § 3º do art. 192, e não este subordinado àquela; não há necessidade de repetir o que já está na Constituição.

"Em verdade, o parágrafo em questão é auto-aplicável pelo simples argumento de que tudo que prescreverá a lei complementar está e deverá estar de acordo com a norma constitucional, ou então será inconstitucional; a legislação infraconstitucional não poderá negar vigência ao dispositivo já firmado na Constituição, muito menos impor-lhe limites" (TJSC, Ap. Cív. n. 96.006262-9, da Capital, j. 24/9/1996).

Na refinada inteligência do Des. Trindade dos Santos, "por insculpir uma norma essencialmente restritiva, o artigo 192, § 3º, da Lei Maior, erigiu um direito auto-exercitável no âmbito

do sistema financeiro pátrio, já que delimitou, com plenitude, a taxa máxima de juros reais a ser praticada no território nacional. A não ser por puro protecionismo aos economicamente mais fortes, verdadeiramente detentores do monopólio financeiro, é que se poderá admitir possa o legislador ordinário contrapor-se, em norma regulamentadora, à realidade implantada constitucionalmente, instituindo, então, uma taxa superior a 12% anuais" (TJSC, Ap. Cív. n. 97.010947-4, de Maravilha, j. 4/11/1997).

No mesmo diapasão, conquanto em voto vencido, o destacado Des. Nelson Schaefer Martins comentou:

"A limitação constitucional da taxa de juros é aplicável de imediato. Entende-se por juro real o juro nominal deflacionado, ou seja, o juro excedente à taxa inflacionária.

"As normas constitucionais que contenham vedações, proibições ou que declarem direitos são, de regra, dotadas de eficácia jurídica plena e auto-aplicáveis.

"A decisão contida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4/DF, Supremo Tribunal Federal, não possui caráter vinculativo. A idéia de que o § 3º do art. 192 da Carta Magna esteja a depender de lei complementar importa em verdadeiro atentado à soberania do poder constituinte até porque, é evidente, a legislação infraconstitucional não poderá negar vigência ao dispositivo já esculpido na Constituição, nem impor-lhe limites" (TJSC, Ap. Cív. n. 97.000272-6, de São Carlos, rel. Des. Newton Trisotto, j. 8/5/1997).

O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul também tem sido ma-

nancial de considerável número de julgados sobre a matéria, a saber:

"Juros remuneratórios — Limitação a 12% ao ano — Norma constitucional — Auto-aplicabilidade.

"Entre mais de uma solução possível no ordenamento jurídico, escolhe-se aquela ditada por critério valorativo e político, no sentido de que os juros remuneratórios são limitados a 12% ao ano, tanto pelo entendimento da auto-aplicabilidade da norma constitucional, quanto pela incidência da legislação infraconstitucional" (3º Gr. Cív., Emb. n. 196080501, de Planalto, rel. Carlos Alberto Alves Marques, in ADCOAS n. 8157524).

"Juros — Limite constitucional — Art. 192, § 3º, da CF — Norma que dispensa regulamentação para sua imediata aplicação.

"Fixada a taxa de juros no limite máximo de 12% em texto expresso da Constituição Federal, a redução a esse limite dos juros cobrados em operações de crédito é imposição constitucional que dispensa regulamentação para sua imediata aplicação" (Ap. Cív. n. 5.560, rel. Des. Renato Mareschy, j. 21/8/1990).

E:

"Juros reais. Artigo 192, § 3º, da CF.

"Dispositivo não sujeito a regulamentação. Aplicabilidade imediata. A remuneração do capital e a remuneração do serviço referido a concessão do crédito constituem juros reais e não podem superar a 12% ao ano. Apelação desprovida" (Julgados do TARGS 76/298).

Extrai-se do corpo de acórdão exarado na Ap. Cív. n. 196082648, de Passo Fundo:

“O dispositivo constitucional, saliente-se, é auto-aplicável, pois somente os incisos do art. 192 é que dependem de lei regulamentadora, enquanto o limite dos juros é dado no § 3º, só remetendo para lei complementar a definição da sanção penal ao crime de usura. Ocorre, como ficou assentado na Ap. Cív. n. 189078439, da 1ª Câmara do egrégio Tribunal de Alçada, que a norma já contém, em seu enunciado, todos os elementos necessários à sua aplicação. Logo, é auto-executável, de incidência imediata (BIM 153/36, JTARGS 75/156, 78/356, 79/200, 80/200, 357, 83/246 e 273), aderindo-se, enfim, à corrente que teve como precursores no Estado os acórdãos mencionados em JTARGS 79/320” (3ª CC).

Vale atentar, ainda, para as Apelações Cíveis n. 191.122.019, da Capital, rel. Juracy Vilela de Sousa, j. 14/8/1992, e n. 196.130.710, de Passo Fundo, do mesmo Sodalício.

O egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais já decidiu:

“Juros — CF/88 — Auto-aplicabilidade. É auto-aplicável o § 3º do art. 192 da CF, que proíbe a cobrança de juros acima de 12% do valor atualizado do débito, pelo que exerce agiotagem quem infringe a regra” (Ap. Cív. n. 115.947-3, rel. Juiz Ximenes Carneiro, DJ 13/6/1992).

Acerca da auto-incidência do mandamento constitucional, enfatiza Arnaldo Rizzardo (Contratos de Crédito Bancário. 2ª ed., São Paulo, RT, pág. 270):

“Estabelece-se que o art. 192, em seus incisos, é uma regra de eficácia contida, por necessitar, em inúmeras situações, de outras regulamentações. E assim também é possível considerar o § 3º. Ele contém todos os elementos necessários à operatividade imediata, embora, na legislação infraconstitucional, talvez venha a se submeter a eventuais restrições, decorrentes da presença de termos indeterminados, como ‘juros reais’, ‘remunerações’ e ‘comissões’.

“É possível que surjam proposições definitórias.

“Mas, não quanto ao que está no âmago do dispositivo, naquilo que é fundamental e imperativo, ou seja, a taxa de 12% ao ano”.

No magistério de José Afonso da Silva, “está previsto no § 3º do artigo 192 que as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão do crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

“Esse dispositivo causou muita celeuma e muita controvérsia quanto à sua aplicabilidade.

“Pronunciamo-nos, pela imprensa, a favor de sua aplicabilidade imediata, porque se trata de uma norma autônoma, não subordinada à lei prevista no caput do artigo. Todo parágrafo, quando tecnicamente bem situado (e este não está, porque contém autonomia de artigo), liga-se ao conteúdo do artigo, mas tem autonomia normativa. Veja-se, por exemplo, o

§1º do mesmo art. 192. Ele disciplina assunto que consta dos incs. I e II do artigo, mas suas determinações, por si, são autônomas, pois uma vez outorgada qualquer autorização, imediatamente ela fica sujeita às limitações impostas no citado parágrafo.

“Se o texto, em causa, fosse um inciso do artigo, embora com normatividade formal autônoma, ficaria na dependência do que viesse a estabelecer a lei complementar. Mas, tendo sido organizado num parágrafo, com normatividade autônoma, sem referir-se a qualquer previsão legal ulterior, detém eficácia plena e aplicabilidade imediata. O dispositivo, aliás, tem autonomia de artigo, mas a preocupação, muitas e muitas vezes revelada ao longo da elaboração constitucional, no sentido de que a Carta Magna de 1988 não aparecesse com demasiado número de artigos, levou a Relatoria do texto a reduzir artigos a parágrafos e uns e outros, não raro, a incisos. Isso, no caso em exame, não prejudica a eficácia do texto” (Curso de Direito Constitucional Positivo. 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, pág. 758).

Ainda com esteio na doutrina, tem-se que a norma enfocada “a) é auto-aplicável, bastando-se por si na qualidade de diretiva material permanente; b) admitindo-se, para argumento, a necessidade de regulamentação, deve-se obterperar que a Constituição delimitou clara e explicitamente o percentual de 12% anuais, vinculando o legislador, julgador e os particulares nesses limites; c) também ad argumento, ainda que programático, o dispositivo tem conteúdo limitativo e eventual lei complementar regulamentadora não poderia ultrapassar a taxa

estipulada, sob pena de declaração de inconstitucionalidade” (Gustavo Saad Diniz. Juros nos contratos particulares de mútuo e financiamento bancário de crédito. Revista Jurídica, Porto Alegre, Síntese, n. 240, outubro, 1997, pág. 21).

Ante a explicitude do § 3º do artigo 192 da Lex Fundamental, contestar a auto-aplicabilidade daquele preceptivo seria obsequiar as instituições financeiras com emolumento imoderado.

Determinando a Constituição Federal que os juros reais não podem desbordar o linde de 12% ao ano, inexplicável conservar-se a orientação de que agrilhado à edição de lei complementar. É mesmo imponderável a sanha com que se tem sinalizado favoravelmente às instituições bancárias, postergando direitos garantidos constitucionalmente.

Tolher garantias fundamentais, alardeando a carência de auto-aplicabilidade das normas que as prevejam, é tendência perniciosa, capaz de deruir o que Konrad Hesse nomearia “vontade de constituição”, fazendo esboroar, por conseguinte, a força normativa da Carta Fundamental.

Nesse contexto, é atilada a conclusão de Édis Milaré, ao consignar que “no Estado Social de Direito, à extrema facilidade com que novos direitos são declarados, contrapõe-se a minguada atuação prática desses direitos” (apud Sílvio Dobrowolski. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Florianópolis: Esmesc, vol. 2, 1996, pág. 164).

A limitação constitucional aos juros reais é medida de importância socioeconômica invulgar, significando, na lição de MacPherson, que “as normas sociais e os valores éticos devem prevalecer sobre os valores do mercado pessoal ou pelo menos resistir a eles” (apud César Pasold. A função social do Estado Contemporâneo e o Poder Judiciário. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, vol. 2, pág. 37).

Enfatize-se que prostrar a efetivação do balizamento constitucional dos juros importaria volatilizar a *Lex Mater*, tornando-a letra morta, mera solenidade, tendo por cicerones um constituinte desprezado — por descuidar da clareza do texto constitucional — e um Judiciário complacente com a voracidade dos bancos.

Oportuna, igualmente, é a ponderação trazida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo:

“Em síntese, a jurisprudência e a doutrina são tranqüilas e remansosas sobre a questão. Ademais, o Estado em sua função ético-social não pode e não deve sancionar a crematística através da ‘agiotagem’ e, por isso mesmo, a Constituição vigente adota, como princípios constitucionais, dentre outros, o da ‘dignidade da pessoa humana’ e dos ‘valores sociais do trabalho’ ... (art. 1º, incs. III e IV, primeira parte), dispondo, no seu art. 192, § 3º:

‘As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima

deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar’.

“Sem embargo da referida norma constitucional ser dirigida, em especial, às instituições financeiras, é certo, contudo, que o Decreto n. 22.626/33 está em perfeita sintonia com aquele preceito, pois só assim serão respeitados os princípios fundamentais insertos no artigo 1º, incisos III e IV, da Carta Magna” (REsp n. 89.0007933-6, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, in RSTJ 4/1.465-6).

Ainda para corroborar a tese, colhe-se o ensinamento do ilustre Dr. Paulo Afonso Sandri: “não obstante, se prevalecer o entendimento de que ao CMN — Conselho Monetário Nacional — realmente compete fixar os limites de juros acima dos 12% estabelecidos na Constituição da República e na Lei de Usura, é de se convir que, então, as instituições financeiras devem demonstrar, ao compor o saldo devedor, que estão expressamente autorizadas a praticar tais juros” (grifou-se) (Juros de 12% nos contratos bancários. Novos estudos jurídicos, Itajaí, n. 11, pág. 228, out. 2000).

O entendimento, conforme o mesmo autor, foi externado em acórdão da lavra do eminente Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

“De acordo com os precedentes desta Turma, para cobrar juros acima da taxa legalmente prevista, seja no Código Civil, seja na Lei de Usura (Dec. n. 22.626/33), a instituição financeira deve demonstrar estar a isso autorizada pelo Conselho Monetário” (REsp n. 207.604/SP).

Não bastasse isso, conforme recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, aplica-se o Decreto n. 22.626/33:

“Ao Conselho Monetário Nacional, segundo o art. 5º do Decreto-Lei n. 413/69, c/c art. 5º da Lei n. 6.840/80, compete a fixação das taxas de juros aplicáveis aos títulos de crédito comercial. Omitindo-se o órgão no desempenho de tal mister, torna-se aplicável a regra geral do art. 1º, caput, da Lei de Usura, que veda a cobrança de juros em percentual superior ao dobro da taxa legal (12% ao ano), afastada a incidência da Súmula 596, do c. STF, porquanto se dirige à Lei n. 4.595/64, ultrapassada, no particular, pelo diploma legal mais moderno e específico, de 1980. Precedentes no STJ” (grifou-se) (REsp n. 253.657—MS, j. 6/6/2000, DJ 4/9/2000).

Assim, entende-se auto-aplicável a limitação de juros contida no artigo 192, § 3º, da Constituição Federal de 1988, devendo o excedente ser excluído do saldo exequendo.

2.3 No pertinente à capitalização dos juros, não assiste razão ao apelante. O contrato em tela (cláusula 4ª, fl. 7v.) prevê sua incidência diária, ressaltando apenas que seria cobrada de uma só vez, mensalmente.

A prática do anatocismo (ou capitalização) é vedada, mesmo havendo convenção a respeito, como enuncia a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal, da qual não estão excluídas as instituições financeiras, por força da Súmula 596, conforme entendimento do próprio Pretório Excelso:

“É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente con-

vencionada (Súmula 121). Dessa proibição não estão excluídas as instituições financeiras, dado que a Súmula 596 não guarda relação com o anatocismo. A capitalização semestral de juros, ao invés da anual, só é permitida nas operações regidas por leis especiais que nela expressamente consentem. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RTJ 92/1341).

Este Sodalício já teve ensejo de pronunciar-se sobre o tema na Ap. Cív. n. 45.023, de Taió, em que foi relator o Des. Eládio Torret Rocha:

“A capitalização de juros mês a mês é prática ilegal, mesmo pactuada pelas partes, por atentar contra a dicção do art. 4º do Decreto n. 22.626/33, não revogada pela Lei n. 4.595/64. É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada (Súmula 121 do STF). A Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal em nenhum momento atingiu a orientação do enunciado contido na Súmula 121, da mesma Corte, que continua em pleno vigor, a colir a ocorrência do anatocismo” (DJ n. 9347, de 27/10/95, pág. 10).

No mesmo norte decidiu esta colenda Câmara, na Ap. Cív. n. 96.001030-0, de Videira, em julgado sob a relatoria do signatário:

“A prática do anatocismo continua sendo vedada em nosso sistema jurídico, sendo autorizada unicamente nas operações regidas por leis especiais, ainda que expressamente convencionada. Neste sentido, inclusive, a Súmula 121 do STF, da qual não estão excluídas as instituições financeiras, em face da Súmula 596, conforme o entendimento do próprio Pretório Excelso”.

Releva a nulidade, hoje expressamente reconhecida, das cláusulas que “estabeleçam a cobrança de juros capitalizados mensalmente” (Portaria SDE n. 4, 13/3/1998).

2.4 O último ponto refere à minoração, pelo Magistrado a quo, da multa moratória para o patamar de 2%. Decisão que pela correção dos fundamentos é mantida, matéria que inclusive vem sendo reconhecida como de ordem pública.

O Superior Tribunal de Justiça registra precioso precedente:

“Código de Defesa do Consumidor. Bancos. Cláusula penal. Limitação em 10%. 1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco” (REsp n. 57.974, do Rio Grande do Sul, rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, in DJ de 29/5/1995, pág. 15.524).

Nesse contexto, em virtude da índole pública da matéria, a multa contratual estabelecida em 10% do saldo devedor há de ser minorada ex officio para 2%, em observância ao artigo 52, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 9.298/96, conforme precedentes desta Corte:

“Cláusula penal. Multa contratual. Limitação em 2%. Cuidando-se de matéria de ordem pública, a multa moratória é de ser minorada, ex offi-

cio, de 10 para 2% do saldo devedor, de sorte a amoldar-se ao §1º do art. 52 do Estatuto do Consumidor” (TJSC, Ap. Cív. n. 97.011311-0, de Ponte Serrada, de relatoria do signatário, j. 4/6/1998).

2.5 O contrato em exame é omissivo quanto à aplicação da Taxa Referencial (TR) como fator de correção monetária, não esclarecendo, de fato, qual será efetivamente o índice utilizado para atualização do quantum debeatur.

A questão é resolvida ex officio, evitando assim omissão do julgado sobre o tema bem como eventuais questionamentos posteriores. Também se fulcra no § 1º do art. 515 do CPC, pois suscitadas as questões à exaustão na peça contestatória (fls. 82-94).

Consoante a ensinança de Lenice Silveira Moreira, “a onerosidade das dívidas bancárias se revela não só com os juros extorsivos e a capitalização indevida, como também se reflete na incidência de índices de atualização monetária inaptos para refletir a desvalorização da moeda. É o caso da utilização da TR (Taxa Referencial) e da TBF (Taxa Básica Financeira) como indexadores, já que se constituem pela Taxa Média Ponderada da Remuneração dos Depósitos Fixos Captados por Bancos Privados (CDB/RDB)” (apud Luiz Cláudio Barreto Silva. O Consumidor nos Tribunais. Leme: LED Editora de Direito, 1999, pág. 32).

Cassio M. C. Penteado Júnior, embora defenda a legalidade da utilização da TR como índice de correção monetária, preleciona que se trata de “um índice originado, em essência, do

mercado financeiro, vale dizer, da remuneração de investimentos ou dos títulos da dívida pública, refletindo — a cada mês — o ganho médio dos investidores nesses papéis” (A taxa referencial, essa incompreendida... Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo, vol. 9, pág. 273, jul./set. 2000).

A toda evidência, é índice de captação de recursos financeiros ou, mais propriamente, retrata as oscilações do custo primário de captação dos depósitos a prazo fixo e, logo, conflita com o sistema de proteção ao consumidor. É, pois, remuneração de recursos aplicados no mercado financeiro, o que significa dizer juros.

A Lei n. 8.177/91, que a instituiu, expressa com nitidez sua natureza: “O Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial — TR, calculada a partir de remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais” (grifou-se) (art. 1º). Estampa, portanto, a dinâmica do mercado financeiro e suas vicissitudes, de modo que não é de causar espécie se apresentar percentuais elevados mesmo em períodos de estabilidade monetária; tem seu valor atrelado a fatores econômicos atinentes às entidades financeiras, alheios ao valor de troca da moeda.

Na ensinança de Márcio Mello Casado, “é abusiva a utilização de indexadores que não representam a verdadeira perda de poder aquisitivo

da moeda, visto que, além de corrigir, remuneram o dinheiro, sem que isso seja informado aos clientes. (...) São eles: TR, TBF, TJPL, Anbid, CDI, Andima, CDB.

“A TR foi criada através da Medida Provisória n. 294, de 31 de janeiro de 1991, transformada na Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991, estabelecendo sua forma de cálculo a partir da remuneração mensal média dos depósitos a curto prazo fixo, captados nas agências dos bancos comerciais de investimento e múltiplos com carteiras comerciais e de investimentos. O Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, na Cartilha Explicativa sobre a TR, (...) ao tratar do tema ‘desindexação’, afirmou, textualmente, que a TR não é indexador, mas sim um tipo de taxa de juros, in verbis: ‘2. A criação da TR significa apenas uma mudança de nome do BTN? Não. Enquanto a variação do BTN refletia a inflação passada, gerando componente inercial inflacionário, a TR é um tipo de taxa de juros que baseia-se (sic) nas taxas de mercado, incorporando a expectativa dos agentes econômicos sobre a remuneração futura dos ativos financeiros” (Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, págs. 160/1).

Se a ilação necessária é de que a TR não é fator de correção monetária, descabe invocar o voluntarismo para justificar sua incidência. Não se diverge, aqui, entre o emprego de um ou outro índice de correção; debate-se sobre a possibilidade de adoção de um index que não é de correção monetária como se o fosse. Deixar a matéria ao inteiro sabor de uma ilusória autonomia da vontade seria assen-

tir que os pactuantes — notadamente o mais forte — pudessem, por estipulação contratual, alterar contratualmente a verdade dos fatos, transmutando em correção monetária o que é remuneração de capital.

Não obstante haja desinteligências, a jurisprudência tende a desqualificar a TR como índice de correção monetária, mormente após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 493-0—DF:

“A Taxa Referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda” (rel. Min. Moreira Alves, j. 28/2/92).

“Caracteriza-se o excesso de execução se demonstrada quaisquer das hipóteses previstas no art. 743 do Código de Processo Civil. A TR — Taxa Referencial — a exemplo da ‘Taxa Anbid’ — não é índice de correção monetária, posto que reflete uma média das variações do custo primário de captação dos depósitos bancários a prazo fixo pelos bancos ou títulos públicos federais, estaduais e municipais, como previsto no art. 1º da Lei n. 8.177/91” (STJ, REsp n. 47.146-0, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

“Processual Civil — Liquidação de sentença — Correção monetária — Índice aplicável. Liquidação de sentença. Correção monetária. TR. Imprestabilidade. Correção monetária. Índice de janeiro de 1989. Inflação real. Cômputo.

“A Taxa Referencial de juros — TR — não é índice de correção monetária e, portanto, como tal não pode

ser utilizada, devendo ser adotado o INPC como fator de correção” (STJ, REsp n. 56.117-5—RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, in DJ de 20/3/95).

“Civil — Indenização — Atualização — Índice aplicável — Acidente de trânsito — Honorários advocatícios.

“Acidente de trânsito — Danos materiais pagos por cheques pré-datados — Protesto dos títulos — Juros e correção monetária — Honorários — IPC e INPC (exclusão da TR).

“III — O direito pretoriano não admite a Taxa Referencial (TR) como índice de reajuste do poder real da moeda, sendo certo que este deve ceder lugar em prol do índice de preços (IPC ou INPC)” (STJ, REsp n. 65.932-0—SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, in DJ de 5/8/96).

“Correção monetária. Conta de liquidação.

“A partir do advento da Lei n. 8.177/91, a correção monetária do débito deve ser feita não pela TR, mas pelos índices do INPC” (STJ, REsp n. 57.272-0—SP, rel. Min. Antônio Torreão Braz, in DJ de 29/5/95).

“A TR não é índice de correção monetária, uma vez que não reflete a variação de custo de vida, achando-se atrelada à captação de depósitos bancários. Precedentes” (STJ, REsp n. 38.660, rel. Min. Adhemar Maciel, in DJ de 7/2/94).

“Embargos do devedor — Execução de título extrajudicial — Contrato de capital de giro — Excesso de execução — Correção monetária — Utilização da TR como fator de indexação — Inadmissibilidade — Juros remuneratórios — Art. 192, § 3º, da

Constituição Federal — Norma que depende de regulamentação — Apelação parcialmente provida — Recurso adesivo provido.

“A TR — Taxa Referencial — a exemplo da taxa Anbid — não é índice de correção monetária, posto que reflète uma média das variações do custo primário de captação dos depósitos bancários a prazo fixo pelos bancos ou títulos públicos federais, estaduais e municipais, como previsto no art. 1º da Lei n. 8.177/91.

“Não existindo entre os elementos de sua apuração correlação concreta e necessária com a efetividade dos preços gerais de bens, mercadorias e serviços e outros componentes da economia que retratam a variação do custo de vida, tem-se um índice descomprometido com a realidade inflacionária do país, e portanto sua indigência, inadequação e impropriedade para recompor o poder aquisitivo da moeda tornam-se irretorquíveis e negam vigência ao comando emergente da Lei n. 6.899/81. Caso contrário, ocorreria de forma inexorável e absurda, que em períodos de inflação contida ou deflacionários, aplicar-se-ia uma ‘correção monetária’ meramente fantasiosa, indevida e ilegal, manifestadamente lesiva ao devedor e caracterizadora de enriquecimento ilícito do credor já que os custos de captação seriam sempre positivos.

“Sob outro focar, a existência de previsão contratual a instituindo como indexador, particularmente em contrato bancário, revela-se, além de imprópria, injurídica, porquanto sendo a TR (assim como a taxa Anbid) índice sujeito à interferência dos estabeleci-

mentos de crédito, não pode prevalecer a cláusula que deixa a fixação do mútuo ao talante de uma das partes, vale dizer, do próprio banco, a teor do art. 115 do Código Civil.

“Ainda, tendo-se em consideração que tal índice reflète — em verdade — custo médio de captação de depósitos bancários, vale dizer, juros, ter-se-ia que aplicá-lo, a pretexto e disfarçado de indexador inflacionário, caracterizaria anatocismo, por via dissimulada, já que os juros também incidiriam sob rubrica específica sobre valores assim corrigidos” (TJPR, Ap. Cív. n. 6.432, j. 6/2/96).

“Cédula de crédito rural — Admissibilidade da capitalização de juros mensalmente — TR como indexador — Inadmissibilidade — Lei n. 8.177/91, art. 1º.

“Taxa Referencial — a exemplo da taxa ANBID — não se constitui em índice de correção monetária, posto refletir uma média das variações do custo primário de captação dos depósitos bancários, a prazo fixo, pelos bancos, ou títulos públicos federais, estaduais e municipais, conforme previsto no art. 1º da Lei n. 8.177/91. Ademais, constitui cláusula potestativa em contratos bancários” (TAPR, Ap. Cív. n. 0100103-8, de Ponta Grossa, rel. Cunha Ribas, j. 8/4/97, in DJPR de 30/5/97).

“Correção monetária — Indenização — Pleiteada correção monetária pela TR — Inadmissibilidade — Recurso parcialmente provido. A conta será corrigida todos os meses até efetivo pagamento pelo INPC e não como pretendido, pela TR, por ser taxa de juros e não de correção” (TJSP,

Ap. Cív. n. 176.626-2, de Itatiba, rel. Marcus Vinicius, j. 22/10/91).

“Embargos do devedor. Índice de correção monetária.

“Embora no título esteja prevista a TR como fator de correção, deve ser substituída pelo INPC, se for sugerido pelo devedor.

“A inflação é a razão da existência da correção monetária, o que determina sejam iguais ou o mais aproximado possível os respectivos percentuais. Não tem a natureza de correção monetária o índice que não estiver baseado no fenômeno inflacionário, pelo que o índice de correção não pode ser fixado por lei ou ser objeto de contrato. Se o for, deixa de ser correção e produz enriquecimento indevido de um ou outro dos contratantes, geralmente o mais hábil ou mais poderoso economicamente” (TARS, Ap. Cív. n. 196236699, de Cachoeira do Sul, rel. Gaspar Marques Batista, j. 6/8/97).

“Em uma economia inflacionária, a correção monetária apenas atualiza o valor intrínseco da moeda corroído pela inflação, repondo seu valor. A correção monetária deve ser aplicada ainda que não haja lei a prevendo. A taxa referencial — TR — tem caráter puramente remuneratório, remunera o capital, não sendo índice de atualização monetária” (TRF, 1ª Região, Ap. Cív. n. 950110448-6—DF, rel. Tourinho Neto, in DJU de 24/8/95).

Há precedentes deste Tribunal:

“Comercial — Cédula de crédito rural — Correção monetária pelo INPC — Inacumulatividade com taxa de permanência — Embargos acolhidos para extinguir a execução — Re-

curso provido — Precedentes jurisprudenciais.

“Com o julgamento da ADIN 959-1/DF (liminar), tornou-se impossível a utilização da TR como padrão de correção monetária; todavia, a sua inaplicabilidade não importa na supressão da atualização do valor da moeda em face da corrosão inflacionária; ipso facto a adoção do IPC como índice substitutivo se afigura adequada, posto ser este o coeficiente adotado, inclusive nos Tribunais Superiores” (Ap. Cív. n. 45.710, da comarca de Xanxerê, rel. Des. Eder Graf)” (Ap. Cív. n. 48.920, de São Francisco do Sul, rel. Des. Amaral e Silva, in DJSC de 26/10/95).

“Sedimentou-se o entendimento de que, por espelhar apenas as variações do custo primário de captação dos depósitos a prazo fixo, a Taxa Referencial (TR), bem como assim a Taxa Referencial Diária (TRD) não se constituem em índices de reajustamento do poder real da moeda, sendo vedada, por isso mesmo, a sua utilização como fatores atualizatórios dos créditos, inclusive os tributários. Para tal finalidade, o índice recomendado é o IPC, do IBGE” (Ap. Cív. n. 52.346, de Criciúma, rel. Des. Trindade dos Santos, in DJSC de 20/9/96).

“Taxa Referencial — Inaplicabilidade, por não indicar a desvalorização da moeda — Substituição do INPC.

“Ante o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da utilização da TR como fator de atualização monetária, a matéria já não mais comporta grandes discussões, substituindo-se o índice pelo INPC” (Ap. Cív. n. 99.000148-2,

de Blumenau, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 1º/6/99).

Haure-se do acórdão:

“O entendimento de que a Taxa Referencial seria admissível apresenta-se contraditório, pois se o fundamento para o reconhecimento da inconstitucionalidade da Taxa Referencial como índice de correção monetária é o fato de o mesmo gerar um bis in idem porque remunera também o capital, não vejo como a estipulação, dita voluntária, entre a instituição financeira e o cliente possa afastar essa característica.

“Ora, o pacta sunt servanda não pode arcar o princípio da legalidade. E isso ocorreria se admitisse que as partes acordassem cláusulas reconhecidas como inconstitucionais ou cláusulas ilegais por determinação do Codecon, pelo Código Civil e outros diplomas”.

Em virtude da natureza da Taxa Referencial, inapta a refletir a desvalorização da moeda diante da inflação, sua exigência implica enriquecimento sem causa por parte da instituição bancária, pondo a nu a abusividade da cláusula que a preveja.

2.6 Na mesma senda e ante a disposição flagrantemente potestativa da cláusula 8ª do contrato sub examine (fl. 7v.) — estabelecendo a incidência de comissão de permanência —, também é decretada sua nulidade ex officio.

É que, com o país assolado por uma inflação crônica, num passado relativamente recente, revelou-se necessário instituir indexador que garantisse às instituições financeiras a não-corrosão de seus créditos. Nesse

cenário foi engendrada a comissão de permanência.

O magistrado maranhense Gerásio Santos Júnior, em interessante estudo sobre o tema, traça um perfil histórico desse índice:

“A comissão de permanência surgiu no cenário jurídico através de resoluções expedidas pelo Banco Central do Brasil, como modalidade de encargo financeiro cobrado pelas instituições financeiras em seu benefício, nos títulos descontados, em favor de seus clientes, nos títulos caucionados ou em cobrança simples, pagos após o vencimento, pelos dias em atraso.

“A justificativa para o seu advento foi a proteção dos bancos, ante o crescimento vertiginoso da espiral inflacionária e considerando a ausência de previsão legal da correção monetária, o que somente ocorreria quase uma década depois.

“Entretanto, os objetivos do instituto em apreço, desde o primeiro momento, refugiram a própria gênese da comissão, considerando ser esta o pagamento que é feito ao comissário no contrato de comissão mercantil, ou civil” (Uma Visão Crítica da Comissão de Permanência. Disponível em: <<http://www.jupiter.com.br/e/jeima/gerv1.htm>>. Acesso em 9/4/2001).

Acrescenta:

“Com efeito, a característica básica do contrato de comissão é que por intermédio dele o comissário aceita bens do comitente para negociar em próprio nome com eles, recebendo por este serviço a remuneração proporcional ao montante do negócio realizado.

“É típico no âmbito bancário quando das aplicações financeiras efetuadas pelos clientes nas carteiras de fundos de investimento, oportunidade em que o banco, assegurando um rendimento ao aplicador, cobra uma comissão pela realização do serviço”.

Conclui:

“Dentro desse contexto, a comissão de permanência não poderia deixar de atentar para estes parâmetros, até porque a Lei n. 4.595/64 não inovou quanto à matéria, em consequência, não há justificativa para que o banco seja remunerado em razão da espera do cliente inadimplente, enquanto não solve o devido pelo contrato de mútuo.

“De fato, o numerário objeto do mútuo não está posto à disposição da instituição financeira para negociar, não havendo, portanto, razão para a paga da comissão, ao revés, o capital mutuado passou à esfera jurídica do tomador que ainda não o devolveu.

“Em resumo, o banco não está prestando qualquer serviço que legitime a cobrança da comissão, tenha esta o nome que seja”.

No mesmo norte é a visão do magistrado Cristiano Álvares Valladares do Lago:

“Com efeito, a ‘comissão de permanência’, criada anteriormente à instituição da correção monetária, de amparo e em consonância com as regras previstas pela Lei n. 4.595/64, teve facultada, pela Resolução n. 1.129/86 do Bacen, aos bancos, caixas, cooperativas de crédito, sociedades de crédito e de arrendamento, a sua cobrança por dia de atraso dos devedores no pagamento ou na liqui-

dação dos débitos. Tem por finalidade essencial atualizar o valor da dívida, a contar de seu vencimento, de forma a compensar a desvalorização da moeda, tanto que a cobrança de comissão de permanência é facultada à taxa de mercado do dia do pagamento” (Juros — Art. 192, § 3º, da Constituição Federal — Capitalização — Comissão de permanência — Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Belo Horizonte: Del Rey, vol. 70, jan./mar. 1998, págs. 20/21) (grifou-se).

No início da década de 90, destaca Gervásio dos Santos Júnior, travou-se nos tribunais tormentosa discussão quanto à cumulação da comissão de permanência com a correção monetária, “dando azo à emissão da Súmula 30 pelo Superior Tribunal de Justiça, que poderia, porém, ter avançado mais ainda e assentado, de logo, a ilegalidade da cobrança da comissão de permanência ainda que isolada”. Daquele momento, derivaram decisões como esta:

“A chamada comissão de permanência visa ao mesmo objetivo da correção monetária. Assim sendo, não se justifica sejam cumulativamente exigidas” (STJ, REsp n. 2.764/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, in DJU n. 220, de 19/11/90, pág. 13.258).

Passou-se a admitir unisonamente nos pretórios o caráter de atualização monetária da comissão de permanência, vedando-se, assim, a cumulação desta com os índices oficiais de correção monetária.

No caso em tela, foi pactuada a cobrança da comissão de permanên-

cia e também da correção monetária. Pelo mesmo raciocínio, não podem incidir os dois encargos (ainda que afastada a TR), conforme já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

“A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis” (STJ, Súmula 30).

Este Tribunal acolhe o posicionamento:

“Por terem a finalidade de atualizar o valor da dívida, a partir do respectivo vencimento, a aplicação de um critério repele o outro” (Ap. Cív. n. 99.019584-8, de Barra Velha, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 25/4/2000).

Não é excessivo lembrar que são nulas as cláusulas que “atribuam ao fornecedor o poder de escolha entre múltiplos índices de reajuste, entre os admitidos legalmente” (Portaria SDE n. 4, 13/3/1998).

Destaque-se, ademais, na hipótese de a comissão de permanência ser exigida por índices que entremostrem remuneração do capital, desvirtuando sua finalidade, deverá incidir somente o índice de correção monetária oficial (o INPC, cfe. art.4º, Lei n. 8.177/91).

Nesse sentido, colhe-se:

“Execução. Contrato de confissão de dívida e nota promissória. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Juros. Limitação a 12% ao ano. Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da Carta Magna. Comissão de permanência. Cobrança abusiva, desvirtuando sua finalidade de atualização monetária. Substituição por índice de correção monetária. TR não pactuada. Correção monetária pelo INPC” (TJSC, Ap. Cív. n.

97.014815-1, de Jaraguá do Sul, da relatoria do signatário, j. 10/8/2000).

Em caso análogo, este Relator já teve oportunidade de sublinhar:

“Ressalte-se que, considerando a comissão de permanência como modalidade de correção monetária, não poderá ser excedente ao próprio índice de atualização monetária, sob pena de remunerar o capital.

“A correção monetária, como é cediço, não é um plus, mas um minus que se evita. Quando a comissão de permanência, atuando no lugar da correção monetária, ultrapassa os índices oficiais, deixa de simplesmente manter o poder aquisitivo da moeda e passa a remunerá-la, sendo forma de juro” (TJSC, Ap. Cív. n. 98.002253-3, de Rio do Sul).

A admissão do “excedente” da correção monetária oficial, gize-se, espelhariam indisfarçável enriquecimento sem causa do credor.

Ademais, há precedente deste Sodalício recusando a exigência da comissão de permanência pactuada, quando sujeita a taxas flutuantes:

“Se ‘é nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela Anbid/Cetip’ (STJ, Súmula 176), também o é aquela que autoriza a cobrança da comissão de permanência” (Ap. Cív. n. 99.014953-6, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Newton Trisotto, j. 16/12/1999).

Não fora isso, atualmente não há justificativa válida para a manutenção de tal encargo, considerados seus efeitos perversos. O país vive hoje outra realidade, com a propalada estabilidade financeira e reduzida taxa de inflação. A pactuação apenas acentua,

de forma cristalina, a voracidade do sistema financeiro, situação já constatada pelo saudoso Des. Eder Graf, em julgamento da Terceira Câmara Civil:

“Na hipótese de pactuação da comissão de permanência como fator de atualização do débito em substituição à correção monetária, o percentual utilizado deve ser consentâneo com a realidade econômica do País, sob pena de subverter sua natureza jurídica e transformá-la em taxa de juros disfarçada” (TJSC, Ap. Cív. n. 98.012821-8, de Chapecó).

Não raro fixada sua incidência “à taxa de mercado” ou “à mais alta taxa de mercado” ou “à maior praticada pelo próprio credor”, balizando-se em percentuais oscilantes e, pois, totalmente desconhecidos do devedor à época da contratação, incide inarredavelmente em potestatividade, por flagrante afronta ao art. 115 do Código Civil.

Nesta perspectiva, já decidiu a Corte:

“A aplicação de comissão de permanência à taxa de mercado ou à maior taxa de mercado, assinala-se, retira do encargo as suas condições de previsibilidade, posto que imposta com base em percentuais sempre oscilantes, incumbindo ao estabelecimento bancário credor, e com exclusividade a ele, indicar ao seu livre arbítrio qual a taxa de mercado a ser adotada, em franca vulneração do disposto no art. 115 do Código Civil” (TJSC, Ap. Cív. n. 97.010506-1, rel. Des. Trindade dos Santos).

“É entendimento dominante nessa Corte de Justiça ser potestativa a cláusula que vincula a comissão de permanência à taxa de mercado do

dia do pagamento, por representar evento incerto e desconhecido pelo devedor, o que é vedado pelo art. 115 do Código Civil” (TJSC, Agravo no Agravo de Instrumento n. 99.022221-7, de Joinville, rel. Des. Silveira Lenzi).

“Não devem prevalecer as cláusulas contratuais que prevêm a aplicação de comissão de permanência face sua condição potestativa pois com isto são utilizadas taxas flutuantes de mercado e não há segurança quanto ao efetivo percentual utilizado, sujeitando-se a devedora ao arbítrio do banco e assegurando-se a preponderância de um dos interessados no negócio, com desrespeito à regra do art. 115 do Código Civil” (TJSC, Ap. Cív. n. 97.000397-8, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

“Apesar de a jurisprudência admitir a incidência da comissão de permanência nos contratos bancários, seu valor não pode ser estipulado arbitrariamente pela instituição financeira, por afronta ao disposto no art. 115 do Código Civil” (TJSC, Ap. Cív. n. 97.011938-0, de Anchieta, Des. Nilton Macedo Machado).

Não há negar, de outro vértice, que dita comissão afronta o Código do Consumidor, notadamente no tangente aos princípios da boa-fé e do dever de informação (art. 6º, inc. III, CDC), pois, como dito, a instituição financeira não informou por que e como utiliza métodos de correção flutuantes, cujos índices somente podem ser apurados por intrincados cálculos.

Nessa senda, colhe-se precedente da Corte:

“A previsão pura e simples acerca da aplicabilidade de comissão de permanência, desvinculada de qualquer parâmetro correcional, constitui, por ficar ao exclusivo alvedrio do banco mutuante, cláusula potestativa não passível, pois, de exigibilidade” (TJSC, Ap. Cív. n. 97.001360-4, de Taió, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

Dessarte, dispondo a instituição financeira da possibilidade de fixar seu próprio índice, com base em informações de mercado a que não tem acesso o consumidor, tampouco podendo entendê-las, é indiscutível a ilegalidade da cobrança.

Diga-se que o inciso X do art. 51 do CDC acoima de nula a cláusula que permite ao fornecedor, direta ou indiretamente, impor variações do preço de maneira unilateral. Também pelo inciso IV do mesmo preceito, são nulas as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Na dicção do Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “a nulidade de pleno direito, a que se refere o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, é a nulidade do nosso Código Civil. Como tal, pode ser decretada de ofício pelo juiz e alegada em ação ou defesa por qualquer interessado, sendo a sanção jurídica prevista para violação do preceito estabelecido em lei de ordem pública e interesse social” (Gervásio dos Santos Júnior, op. cit.).

Gervásio Santos Júnior, enfatizando a ilegalidade da exigência, atenta para o fato de que a Lei n. 4.595/64 atribuiu ao Conselho Mone-

tário Nacional a tarefa exclusivamente administrativa de, em nome do Estado, coordenar e controlar os fluxos monetários de maneira uniforme e geral para todos os bancos.

Juntamente com o CMN, o Banco Central tem exorbitado de suas funções eminentemente administrativas, tendo passado a legislar sobre matéria financeira por intermédio de resoluções, impondo à sociedade deveres e encargos sem base legal. E o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo já averbou que tais atos normativos “não têm força de lei, e, menos ainda, podem infringir disposições legais que bem ou mal continuam vigentes” (RT 425/146).

A comissão de permanência foi criada por uma dessas resoluções do Banco Central (Res. n. 1.129 de 15/5/86, Bacen), com o fim específico de permitir a cobrança de remuneração indenizatória pelo atraso do pagamento de dívida em dinheiro.

Por isso, concluiu o digno magistrado antes citado:

“Dessarte, a norma administrativa que instituiu a comissão de permanência é a toda evidência ilegal, pois não tem respaldo em lei, bem como ao lhe atribuir o caráter de indenização moratória afronta expressa disposição do art. 1.061 do Código Civil que estabelece que as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros de mora e custas, em prejuízo da pena convencional” (Santos Jr., Gervásio, op. cit.).

2.7 Por derradeiro — em tema de correção monetária —, registre-se precedente da Corte em que, afastada a incidência da comissão de perma-

nência, determinou-se em substituição a correção pelos índices oficiais:

“Quanto à comissão de permanência, a sua incidência é indevida se cobrada conjuntamente com correção monetária, o que no caso ocorreu. Contudo, desconhecem-se os critérios para a sua apuração não sendo previstos razão pela qual a mesma não pode incidir, devendo ser o débito reajustado pelos índices corretivos em vigor e oficiais.

“Dá-se portanto provimento parcial ao apelo para excluir a atualização do débito pela comissão de permanência, devendo ser atualizado integralmente pelos índices de correção oficiais previstos” (TJSC, Ap. Civ. n. 49.030, de Pinhalzinho, rel. Des. Anselmo Cerello).

Sendo assim, dada a flagrante ilegalidade de sua instituição, da impossibilidade do controle de seus excessos, impõe-se afastá-la, corrigindo-se o débito exclusivamente pelos índices oficiais de correção monetária, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) — órgão oficial —, como reiteradamente tem destacado o Superior Tribunal de Justiça.

No julgamento do Recurso Especial n. 206152/RJ, relatado pelo eminente Ministro Edson Vidigal, asseverou a veneranda Corte:

“A partir da vigência da Lei n. 8.213/91, os benefícios devem ser reajustados mediante a aplicação do INPC, adequado por se tratar de índice oficial que espelha a real variação do custo de vida dentro de um determinado período” (STJ, 5ª Turma, DJU 2/8/1999, pág.215, grifou-se).

2.8 Entram no rol de cláusulas nulas e abusivas, ainda, a 5ª, que prevê a aplicação de uma certa “M.V.R.” em momento algum explicitada; a 7ª, que deixa ao inteiro alvedrio da instituição financeira a fixação dos encargos incidentes em caso de exceder o correntista o limite atribuído no contrato de abertura de crédito; igualmente a cláusula 14ª, que refere a contrato registrado em cartório, fazendo com que a parte reconheça o conteúdo e seu entendimento.

Todas vulneram, como já exaustivamente sustentado, os princípios da informação e da boa-fé bem assim o art. 51, inciso IV, do CDC, que considera nulas as cláusulas que “estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Afetam, ainda, direito fundamental do consumidor (CDC, art. 6º, inc. III) ante a ausência de informação clara sobre o serviço prestado. Violam o princípio da não obrigação as cláusulas das quais o consumidor não tenha conhecimento prévio (CDC, art. 46), ou que dificultem o acesso a seu verdadeiro conteúdo (CDC, art. 46 — especialmente a que obriga a apelada, empresa chapecoense, a conhecer, reconhecer e declarar o pleno entendimento de cláusula em contrato registrado na Capital). Pior ainda, se limitam ou criam obrigações ao consumidor evidentemente não redigidas no próprio instrumento, com o devido destaque, de modo a permitir imediata e fácil compreensão (CDC, art. 54, § 4º).

Pelo mesmo fundamento, também é nula a estipulação que obriga

os avalistas pelos valores “acrescidos” e pelos “encargos” previstos na cláusula 8ª, cuja nulidade foi decretada. Desnecessário dizer que obriga terceiros a suportar valores de que não têm conhecimento e sem benefício direto — dada a natureza do instituto do aval.

2.9 A certeza e liquidez do débito, afirmada na cláusula 13ª, apenas para constar, afronta a Súmula 14 desta Corte. A matéria está superada, sendo também nula tal disposição.

Destaque-se que a Seção Civil deste egrégio Tribunal de Justiça, em 5 de abril de 1999, em votação unânime, decidiu:

“O contrato bancário de abertura de crédito rotativo em conta corrente, ainda que acompanhado dos respectivos extratos de movimentação da conta corrente e assinado pelo devedor e duas testemunhas, não é título executivo extrajudicial” (Súmula 14 do TJSC, in Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 96.010326-0, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

2.10 Quanto preestabelece a responsabilidade do correntista pelas custas, prefixando ainda honorários advocatícios, em eventual demanda judicial que envolva o contrato, mais uma vez atrita o pacto com a lei e a jurisprudência.

A norma ínsita no art. 20 e seu §1º do CPC é de natureza cogente e insere-se na atribuição exclusiva do magistrado à fixação da sucumbência, sendo certo que a atividade jurisdicional, por força da Constituição, é

indelegável. Refoge, portanto, da esfera da liberdade contratual, praticamente inexistente, gize-se, em contratos de adesão como este ora em discussão.

2.11 No tocante ao foro de eleição, cláusula 15ª, mais uma cláusula nula de pleno direito. Já assentou a jurisprudência:

“A cláusula de eleição de foro tem eficácia plena quando há inteira liberdade de contratar. Nos contratos de adesão, como não existe essa liberdade, não prevalece a cláusula de eleição de foro em detrimento do aderente” (RT 666/187).

Hoje, ressalte-se, o item 8º da Portaria SDE n. 4 (Secretaria de Direito Econômico), de 13 de março de 1998, comina de nulidade “de pleno direito” as cláusulas em contratos de consumo que “elejam foro para dirimir conflitos decorrentes de relações de consumo diverso daquele onde reside o consumidor”.

3. Nesse contexto, o recurso é desprovido e de ofício decreta-se a nulidade das cláusulas contratuais abusivas ora apontadas.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Excelentísimos Senhores Desembargadores Maria do Rocio Luz Santa Ritta e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 26 de abril de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.009998-8, DE MARAVILHA**Relator: Des. Trindade dos Santos**

Alienação fiduciária em garantia. Busca e apreensão. Bem não localizado. Conversão em ação de depósito, falta de interesse processual. Extinção. Sentença confirmada. Apelo desprovido. Existência de voto vencido.

Nos ajustes de crédito garantidos por alienação fiduciária, inexistente contrato típico de depósito, fazendo-se totalmente descabida a prisão civil do pseudodepositário, não há lugar para a utilização, pela credora, da ação específica de depósito, pois esta tem como um de seus pilares básicos, exatamente, a possibilidade da prisão civil do depositário para, com força coativa, obrigá-lo à devolução do bem ou do seu equivalente em dinheiro.

Fazendo-se incabível a decretação da segregação civil do devedor, contando o credor com título executivo referente ao mesmo débito, ausenta-se da sua pretensão em converter a busca e apreensão frustrada em ação de depósito o indispensável interesse processual, pela não-integração dos pressupostos da necessidade e da utilidade do provimento judicial pretendido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.009998-8, da comarca da Maravilha, em que é apelante Banco Volkswagen S.A., sendo apelado Orlando Shoji Kono:

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

Custas legais.

I — Relatório

Alicerçado nos preceitos do Decreto-Lei n. 911/69, Banco Volkswagen S.A. ajuizou, contra Orlando Shoji Kono, ação de busca e apreensão, expondo, em resumo, haver firmado com o demandado, em data de

24/7/97, contrato de financiamento ao consumidor final garantido por alienação fiduciária, no valor de R\$ 13.889,76, importe esse a ser pago em 24 (vinte e quatro) parcelas mensais de R\$ 578,74, vencendo-se a primeira em 24/8/97 e a derradeira em 24/7/99.

O acionado, como garantia do financiamento, alienou fiduciariamente para o autor um veículo, marca Volkswagen, modelo GOL MI, cor vermelha, ano e modelo 1997, chassi n. 9BWZZZ377VT136751.

O requerido, no entanto, não promoveu o pagamento das parcelas desde 24/1/98, tendo sido constituído em mora por protesto levado a termo pelo Cartório de Registro de Títulos e Documentos, satisfeito, assim, o re-

quisito estampado no art. 2º, § 2º, do DL n. 911, sendo que, em razão dessa constituição em mora, vencido restou todo o contrato, ex vi do disposto no art. 2º, § 3º, do mesmo Diploma Legal.

Requeru, no arremate, a concessão da busca e apreensão liminarmente, com a final procedência do pedido, consolidando-se em suas mãos a posse e propriedade plenas do bem.

Deferida a liminar pleiteada, não ocorreu a sua execução, em razão de o veículo alienado não ter sido encontrado em poder do acionado, em face do que o autor, após suspensão do feito pelo prazo de trinta dias, às fls. 37 a 41, pugnou pela conversão da busca e apreensão em ação de depósito, conforme autorizado pelo art. 4º do DL n. 911/69.

Sentenciando de plano, o MM. Julgador monocrático decretou a extinção do processo, diante da falta de interesse processual na conversão da ação de busca e apreensão em depósito.

Inconformada, apelou a entidade bancária, discorrendo sobre a possibilidade legal da conversão da ação de busca e apreensão em depósito, conforme o previsto no art. 4º do DL n. 911/69, bem como acerca da admissibilidade da prisão civil do devedor-fiduciante.

Pleiteou, então, a anulação da sentença objurgada para que a ação de busca e apreensão seja convertida em depósito e o feito tenha prosseguimento.

A insurgência recursal não foi rebatida pelo apelado.

II — Voto

Desprovida impõe-se a insurgência apelatoriamente deduzida pelo banco autor da demanda.

Efetivamente, como com total propriedade enfatizou o douto Julgador singular e ao inverso do posicionamento adotado pelo recorrente, despropositada, em situações como a revelada nos autos, a decretação da prisão civil do devedor-fiduciante.

Ora, a prisão civil, medida essencialmente coercitiva, é restrita, nos moldes da nossa Magna Carta, às hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e de infidelidade depositária.

Como implicação lógica, descabida afigura-se a prisão civil do devedor que descumpre contrato gravado com alienação fiduciária em garantia, ao argumento de que, em tais contratos e por força do disposto no DL n. 911/69, o devedor e alienante assume a condição de depositário fiel do bem, assumindo, em decorrência, todos os percalços desse encargo.

Entendimento oposto, ou seja, a admissibilidade da prisão do devedor, em hipóteses tais, nada mais estaria a expressar do que uma mera e ilegal prisão civil por dívida.

E o nosso Texto Magno é incisivo ao dispor, em seu art. 5º, inciso LXVII:

“Não haverá prisão civil por dívida (...).”

Depositário infiel, para os efeitos de sujeição à pena de prisão civil, é, apenas, aquele enquadrado nos parâmetros do art. 1.287 do Código Civil, em face das condições características do contrato de depósito, às quais não

pode ser igualada, sequer por ficção legal, a do alienante fiduciário, de forma a autorizar a decretação de sua prisão civil, com o precípua exclusivo de compeli-lo a cumprir os termos da avença firmada.

Os pactos de financiamento com garantia de alienação fiduciária representam, inegavelmente, dívida no sentido estrito, não uma entrega, em depósito, de bem alheio, pelo que a prisão civil, em função desses ajustes, resulta em inequívoca ilegalidade, antagonizando-se com todos os princípios que informam as normas gerais de direito acerca do contrato de depósito.

Observa, a respeito, o douto Eduardo Fabrício:

“Os sistemas jurídicos modernos baniram, por odioso, o instituto da prisão por dívidas, fazendo aplicação do princípio segundo o qual responde por estas o patrimônio, não a pessoa do devedor” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. III, tomo III, pág. 197).

Enfatizou, acerca do assunto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em brilhante acórdão da lavra do eminente Des. Cristiano Graef:

“A liberdade é o maior bem da vida, que por isso mesmo sobrepõe ao interesse pecuniário de qualquer credor. Só em último caso deve-se prender o cidadão comum, que confia sua própria liberdade ao credor, fortalecido pela lei para explorar atividade econômica considerada útil para o desenvolvimento do País” (RJTJRGs 77/143).

Como já acentuou este Tribunal:

“A alienação fiduciária, à guisa de proteger o mercado de capitais, sacrifica o princípio segundo o qual apenas o patrimônio do devedor deve responder por suas dívidas, elevando o interesse econômico acima do da liberdade” (HC n. 12.755, de Tubarão, rel. Des. Amaral e Silva).

“A prisão civil, por dívida do depositário infiel, tal como recepcionado pela carta magna, deve restringir-se apenas ao modelo clássico de contrato em que o depositário recebeu a coisa para guardar, conservar e restituir” (Ap. Civ. n. 51.159, de Araranguá, rel. Des. Alcides Aguiar).

Ou:

“Prisão civil — Penhor rural. A regra constitucional é no sentido de não haver prisão civil por dívida. As exceções, compreendidas em preceito estrito e exaustivo, correm à conta do inadimplemento voluntário infiel — inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal. Supremacia da realidade, da organicidade do Direito e glosa do aspecto formal, no que o legislador ordinário, no campo da ficção jurídica, emprestou a certos devedores inadimplentes a qualificação, de todo imprópria, de depositário infiel.

“Prisão civil — Dívidas — Subsistência legal. O fato de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, situado no mesmo patamar da legislação ordinária, resultou na derrogação desta no que extrapolava a hipótese de prisão civil por inadimplemento de prestação alimentícia” (STF, HC n. 74.383—MG, j. 22/10/96, rel. Min. Marco Aurélio)” (AI n. 97.007013-6, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Da mesma forma, já assinalamos:

“(…) em se tratando de alienação fiduciária, atípica é a equiparação do devedor ao depositário, posto que tais contratos têm por finalidade precípua o financiamento do bem e não a sua guarda. Nos contratos de alienação fiduciária, o fiduciante não é investido na posse de bem alheio e sim de bem que, ou já integrava o seu patrimônio, ou cuja aquisição lhe foi financiada. Nessa conjuntura, ressalta evidenciado que a prisão do denominado depositário por equiparação não pode ser traduzida, de modo algum, por prisão decorrente de infidelidade depositária, senão por prisão em razão do desfalque de uma garantia de pagamento do débito. Em síntese: uma mera prisão por dívida. E as prisões por dívida incidem em frontal vulneração ao art. 5º, inciso LXVII do vigente Texto Constitucional, que apenas as admite nas hipóteses de inadimplemento voluntário de débito alimentar” (HC n. 97.004242-6, de Balneário Camboriú).

“Finalidade precípua do negócio jurídico garantido com alienação fiduciária é, indiscutivelmente, o financiamento de determinado bem móvel e não, propriamente, a guarda desse bem. Atípica é a equiparação, nesses casos, do devedor a depositário, posto que, em verdade, depósito não existe, vez que o financiado não é investido na guarda de bens alheios, e sim de bem cuja aquisição lhe foi financiada. A prisão do depositário por equiparação, em assim sendo, não pode ser considerada, de forma alguma, prisão por infidelidade depositária, tratando-se, isso sim, de uma mera prisão por dívida, com afronta

evidente ao art. 5º, inciso LXVII, da Lei Maior, que rechaça inequivocamente a privação da liberdade de alguém por dívidas, à exceção daquelas decorrentes de alimentos” (Ap. Cív. n. 97.007774-2, de Urubici).

Com referência aos contratos de alienação fiduciária, ainda que existente previsão legal expressa autorizando a prisão civil, o egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo averbou:

“Não tendo por finalidade a guarda, mas a garantia, não há depositário, nem depositário infiel a justificar a prisão civil, que resulta em flagrante ilegalidade. — A equiparação do fiduciante ao depositário deve ser banida do direito. — Habeas corpus concedido” (HC n. 546.443-1—SP, rel. Juiz Aloísio de Toledo César).

Também, no mesmo diapasão, já assinalou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Ilegal é o decreto de prisão civil expedido contra o devedor fiduciante, porque este não pode ser considerado depositário infiel” (HC n. 3.227-6/DF, DJU de 11/9/95, rel. Min. Anselmo Santiago).

“Prisão civil. Sua impossibilidade nos casos de depósitos atípicos, instituídos por ‘equiparação’ para reforço às garantias em favor dos credores. Prevalência da norma constitucional, tutelar de direito maior à liberdade, e imune a leis ordinárias ampliativas do conceito de depositário infiel” (REsp n. 3.413—RS, DJU de 9/9/91, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro).

“Não há como se admitir a ameaça de prisão decorrente do texto legal pela eventual inexistência do bem de-

positado, sabido que a privação da liberdade por causa tal se contrapõe ao princípio constitucional de impossibilidade de prisão por dívida" (REsp n. 3.909—RS, DJU de 29/10/90, pág. 12.145, rel. Min. Waldemar Zveiter).

"A Constituição da República enseja a prisão civil, por dívida, em dois casos: inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel (art. 5º, LXVII). No depósito, a coisa é entregue a terceiro para restituí-la, quando solicitada, a quem de direito. A hipótese não se confunde com o depósito (alienação fiduciária); aqui, constitui cláusula de reforço para honrar obrigação civil. A restituição não é o fim em si mesma. Ao contrário, roteiro para compelir o devedor a efetuar o pagamento. Está superada a quadra histórica que enseja a prisão por dívida civil" (RSTJ, a. 8, 83, julho 1996, pág. 316, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

"Constitucional. Civil. Processual penal. Contrato de alienação fiduciária. Devedor-fiduciante. Inadimplemento de obrigação. Prisão civil como depositário infiel. Impossibilidade. CF, art. 5º, LXVII. CC, arts. 1.265/87. DL n. 911/69.

"Segundo a ordem jurídica estabelecida pela Carta Magna de 1988, somente é admissível prisão civil por dívida nas hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e de depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII).

"O devedor-fiduciante que descumpra a obrigação pactuada e não entrega a coisa ao credor-fiduciário não se equipara ao depositário infiel, possível de prisão civil, pois o contrato

de depósito, disciplinado nos arts. 1.265 a 1.287, do Código Civil, não se equipara, em absoluto, ao contrato de alienação fiduciária.

"A regra do art. 1º do DL n. 911/69, que equipara a alienação fiduciária em garantia ao contrato de depósito, perdeu a sua vitalidade jurídica em face da nova ordem constitucional" (HC n. 3.552-6/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 6/11/95).

Destaque-se, a propósito, ainda os seguintes julgados:

"Embora se comungasse, anteriormente, do entendimento de que possível seria a prisão do depositário no âmbito da alienação fiduciária, hoje já não se acolhe tal orientação, apesar de se reconhecer que a matéria não está pacificada na jurisprudência. Na realidade, se está à face de prisão por dívida vedada constitucionalmente (art. 5º, LXVII). Dito contrato não tem por finalidade a guarda, mas a garantia, não há depósito nem depositário infiel a justificar a prisão. O fiduciante não está guardando coisa alheia, os bens são do próprio devedor, dados em garantia" (RT 719/146).

"A prisão civil, na visão constitucional, tem por objeto um contrato real, o de depósito, não avença pessoal que decorre do contrato de alienação fiduciária, como instituto destinado a oferecer maior segurança às operações de crédito no mercado de títulos e valores.

"Pode-se entregar legitimação ao credor fiduciário para a ação de depósito, para o alcance da garantia (art. 902, I, do CPC) e para o procedimento executório (art. 906 do CPC), em face do poder legiferante ordinário. Não tem, contudo, o credor de dívida civil,

decorrente de empréstimo fiduciário, legitimação para pedir a prisão do devedor insolvente (art. 902, § 1º, do CPC), em face da limitação constitucional da coerção física (art. 5º, LXVII, da CF)” (RT 721/139).

“Não cabe prisão, no caso de ação de depósito fundada em alienação fiduciária. Inexiste o depósito, em tal caso. Não se configura aqui a hipótese excepcional em que a Constituição admite a prisão do devedor civil inadimplente. O comprador de um bem, que não teve a intenção de fazer um contrato de custódia, mas sim de adquirir o domínio e de consumir a coisa não é um verdadeiro depositário. Ademais, a expressão ‘na forma da lei’, constante da Constituição anterior, o que ensejava a interpretação, aliás errônea, de que ela permitisse a prisão dos inadimplentes de compras a crédito, foi excluída pela CF de 1988, art. 5º, LXVII, certamente para restringir ao máximo a prisão excepcional” (ADV Jurisprudência, Civil e Comercial, ano 1994, pág. 396, verbete n. 65.894).

“O instituto da alienação fiduciária em garantia traduz-se em uma verdadeira aberratio legis: o credor fiduciário não é proprietário; o devedor fiduciante não é depositário. A ‘prisão civil por dívida do depositário infiel’ do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, só pode ser aquela tradicional (CC — art. 1.265)” (ADV Jurisp., 1995, pág. 588, verbete 70.836).

Manifestando-se a respeito, o ilustrado Couto e Silva acentua:

“(…) é claro que para caracterizar o depósito, é preciso que o negócio jurídico tenha por finalidade a guarda. Se a finalidade for de garantia, não se

tratará de depósito” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. IX, tomo I, pág. 58).

Da mesma forma, assim se manifestou o insigne Des. Décio Antônio Erpen, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a respeito da matéria:

“Os bancos adotaram como praxe isso, quer dizer, eles descobriram esse artifício, essa artimanha de compelir o devedor a pagar a conta mediante ameaça de prisão. Parece-me até que está tipificada aquela figura, que o art. 160 do CP chama de extorsão indireta. Tudo indica que é isso que está acontecendo, porque têm vindo muitos processos e isso é sintomático. Todos com o mesmo artifício. Então, acho que devemos coibir isso, porque não é um fato isolado, é uma gama de fatores.

“Eles continuam como um contrato de mútuo, mas eu tiraria essa garantia acessória que priva a liberdade do cidadão, ferindo um princípio constitucional, princípio até humano” (RJRGs n. 121/316).

Do mesmo teor é a manifestação do colendo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, ao pronunciar-se em 18/5/93 sobre a prisão civil na alienação fiduciária, em acórdão publicado na Revista de Jurisprudência Escolhida, vol. 2, pág. 274.

Colhe-se do corpo do referido acórdão a seguinte lição:

“Realmente, a prisão civil na alienação fiduciária decorre de evidente artifício odioso, oriundo de prepotência do poder econômico imperante no capitalismo selvagem.

“A figura do depositário, no caso, não se faz presente, em essência,

de modo a se poder conceituá-lo como infiel. Daí, aliás, não tendo o texto constitucional — desta e da anterior Magna Lex — caracterizado o que seja o depositário infiel, deixar o exame para o caso concreto a ser tratado pela lei ordinária, albergando, desde logo, o existente no Código Civil (arts. 1.282 e ss.).

“Por conseguinte, em princípio, constitucionalmente admissível a prisão do depositário infiel. Nos casos de alienação fiduciária, porém, quando o devedor passa a ser equiparado, pelo art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69, àquele depositário infiel do art. 1.287 do Código Civil, submetendo o devedor, imprópriamente, à ação de depósito dos arts. 901 a 904 do CPC, tem-se como inconcebível essa prisão. O fiduciante, na espécie, não está guardando coisa alheia. Os bens são do próprio devedor, somente dados em garantia. O artifício adotado pelo legislador, portanto, torna a norma ilegal, porque não se alicerça nos princípios gerais de direito civil e comercial. A alienação do domínio, que se pretende na alienação fiduciária, resulta em pura ficção, o que afasta até mesmo a pertinência da ação de depósito.

“O art. 1.287 do Código Civil observa princípio de tipicidade, restrito aos casos de contrato de depósito (arts. 1.265 e ss. do Código Civil), sendo vedado, venha, até mesmo por outra lei, se estender, por ficção, a hipótese diversa.

“A equiparação do fiduciante ao depositário, por conseguinte, é ilegal e deve ser banida do nosso direito pátrio, principalmente depois da volta ao Estado de Direito, não mais se concebendo a ação de cobrança sob

ameaça de prisão, o que, na realidade, emerge da alienação fiduciária prevista no art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69.

“Princípio fundamental de hermenêutica, a ser aplicado também na hipótese, encontramos no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: ‘Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’. Não basta, desse modo, o esforço jurisprudencial para que se restrinja o valor do depósito impeditivo da prisão civil, a fim de que esta seja possível somente dentro dos mais estritos limites. É necessário que se fulmine o texto legal — através do pronunciamento dos pretórios, fonte da hermenêutica viva — dada a sua incompatibilidade com a conceituação da figura do depositário infiel (art. 1.287 do Código Civil), que, em face da gravidade dessa medida, não pode ser concebida por mera ficção, porque tal procedimento resulta injurídico”.

Inviabilizada, em ação de depósito embasada nos ditames do DL n. 911/69, a decretação da prisão civil do devedor, resta sem qualquer utilidade a mesma ação, tendo em vista que, nela, a segregação civil do devedor, como forma de compeli-lo a entregar o bem financiado ou depositar o seu equivalente em dinheiro, era o resultado que teria força obrigatória para o cumprimento do desiderato buscado pela credora.

Inexistente juridicamente depósito nos contratos de alienação fiduciária em garantia, a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, da mesma forma, é inviável, vez que não se pode pretender

buscar, pela via especial do art. 901 do Código de Processo Civil, algo que é materialmente incompatível com o veículo processual escolhido.

A ação de depósito, seja na sua compleição originária, seja como decorrência da frustração da ação de busca e apreensão intentada com fulcro nos permissivos do DL n. 911/69, presta-se, apenas e somente, à obtenção da devolução do bem depositado, sob pena de a essa devolução ou à consignação do equivalente em dinheiro ser compelido o depositário com a sua segregação civil.

Inexistente, como já acentuado, depósito nos contratos garantidos por alienação fiduciária, não há lugar para a ação específica.

Como observa o douto Sérgio Sahione Fadel:

“A ação de depósito, regulada no presente capítulo, é o instrumento de execução seja do contrato de depósito (depósito voluntário), seja da relação de depósito necessário (arts. 1.282 e seguintes do Código Civil), seja ainda do depósito judicial quando descumprido o mandado de entrega deferido pelo juiz da ação em que aquele ocorreu” (Código de Processo Civil Comentado, José Konfino Editor, Rio, 1974, tomo V, pág. 22).

Na continuidade, ensina o abalizado doutrinador:

“Como diz o texto, o objeto da ação é a restituição da coisa. Busca-se a coisa in natura, admitindo-se, contudo, possa o depositário, que a tenha perdido ou em mãos de quem tenha desaparecido, depositar o equivalente em dinheiro” (ob. cit., pág. 23).

Mesmo porque, conforme registra o lapidar Adroaldo Furtado Fabricio, nas ações de depósito sustentadas em pactos de alienação fiduciária:

“(…) ao contrário do ocorrente nos casos comuns, em que o autor tem direito à restituição da coisa, ainda quando o depositário prefira prestar o equivalente, no caso em exame, é o inverso que se dá: o objetivo principal do autor é receber dinheiro, não o bem. (...)”

“Tudo isso, aliás, confirma o artificialismo, a que cedo aludimos, da ‘equiparação’ do fiduciante ao depositário. Tem-se, em verdade, uma ação de cobrança sob ameaça de prisão, e sua consagração legislativa é atestado de veras eloqüente do poderio que entre nós alcançaram as empresas que comerciam dinheiro. Os males que daí advieram e ainda advirão como conseqüência do abuso do poder econômico possivelmente forçarão, em futuro próximo, o reexame da constitucionalidade das disposições legais em foco” (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Rio, 1980, VIII vol., tomo III, pág. 224).

Em hipótese análoga à destes autos deixamos registrado:

“Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Conversão em ação de depósito. Inexistência, entretanto, de depósito. Extinção do feito. Sentença confirmada. Reclamo recursal desagasalhado.

“Nos contratos garantidos por alienação fiduciária inexistente, em verdade, depósito. E ação de depósito presta-se, apenas, para a recuperação do bem efetivamente depositado. Inexistindo, propriamente, depósito

em tais contratos, não há lugar para a ação específica, que tem como um dos seus pressupostos, exatamente, a possibilidade de prisão civil do depositário para, com força coativa, compeli-lo a devolver a coisa. E desca-be a prisão civil, nos termos da jurisprudência majoritariamente predominante, no caso de depósito por equiparação” (Apelação Cível n. 00.005656-1, de Criciúma).

Da mesma forma, o colendo Superior Tribunal de Justiça, em precedente totalmente identificado com a hipótese aqui versada, disse:

“Sendo incabível a cominação de prisão na espécie, uma vez que o bem alienado já pertencia ao patrimônio do devedor, quando da celebração do contrato, e possuindo o credor nota promissória exequível referente à mesma dívida, falta-lhe interesse processual em converter a busca e apreensão frustrada em ação de depósito.

A ação de depósito, nesse contexto, perde eficácia, não remanescendo interesse processual ao banco recorrente, em face da ausência do binômio necessidade-utilidade do provimento judicial” (REsp n. 218213/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 29/11/99).

III — Decisão

Diante do exposto é que se confirma o decismum vergastado, negando-se, pois, provimento ao apelo deduzido pela instituição financeira.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, dele participando, com voto vencido, a Exma. Sra. Des. Maria do Rocio Santa Ritta.

Florianópolis, 31 de maio de 2001.

Trindade dos Santos,
Presidente para o acórdão e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.017813-6, DE BLUMENAU

Relator: Des. Trindade dos Santos

Alienação fiduciária. Instituição como garantia de débito renegociado. Pacto comissório identificado. Extinção do processo. Decismum incensurável, confirmação. Apelo desprovido.

O nosso Código Civil, em seu art. 765, veda o pacto comissório por qualquer de suas manifestações, posto acobertar ele, em verdade, uma venda forçada e condicional que se opõe à natureza das garantias reais.

E não há deixar de entrever uma verdadeira manifestação de pacto comissório na vinculação de bens pertencentes ao devedor, não como garantia de um mútuo real, mas como garantia de débito existente e que, pendente de pagamento, foi solidificado por instrumento de renegociação de dívida.

A similitude com o pacto comissório, nesse contexto, é inquestionável, revelando a garantia fiduciária uma mera garantia de um débito já preexistente e não solucionado pelo devedor incidente em mora. E não há vislumbrar diferença, para efeitos de caracterização do pacto comissório, na transferência automática do bem para o patrimônio do credor e na outorga a ele de uma ampla disposição sobre o bem, a fim de aliená-lo a quem nem lhe aprouver, pelo valor que bem entender, sem qualquer anuência do legítimo proprietário — o devedor — e sem qualquer possibilidade de sua fiscalização ou do Judiciário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.017813-6, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que é apelante Banco Bradesco S.A., sendo apelado Osmar Augusto Schwanke:

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

Custas legais.

I — Relatório

Banco Bradesco S.A. propôs ação de busca e apreensão, com fulcro nos ditames do Decreto-Lei n. 911/69, contra Osmar Augusto Schwanke, objetivando a recuperação da posse de um veículo IMP/Ford Mondeo GLX, cor prata, ano 1994, modelo 1995, placa LWZ 6816, dado em garantia, em contrato de instrumento particular de renegociação e ratificação de confissão de dívida e outras avenças.

Relatou que, pelo contrato ajustado, o demandado comprometeu-se a quitar seus débitos para com o autor na quantia de R\$ 23.503,13,

realizando o pagamento em 20 prestações mensais a partir de 22/6/98.

Entretanto, não adimpliu o acionado as parcelas a contar de 6/9/99, razão pela qual foi ele constituído em mora, pela notificação (fl. 12), a cujos termos não atendeu.

Requeru, então, a concessão de liminar, com a procedência, ao final, da ação intentada, para que o bem ofertado em garantia fosse apreendido e entregue ao credor, com respaldo nas disposições do Decreto-Lei n. 911/69, impostos ao demandado os encargos convencionais e legais.

O MM. Juiz de Direito a quo indeferiu a exordial e julgou extinto o processo porque “na espécie, a garantia fiduciária foi constituída como pacto adjeto em uma renegociação de uma dívida anterior do requerido”.

E que “em tal circunstância, não há invocar a proteção da Súmula 28 do Superior Tribunal de Justiça, para sustentar a validade da alienação fiduciária”.

Fundamentou alegando que, in casu, “o pacto adjeto de alienação fiduciária é nulo porque, não tendo havido qualquer financiamento ou empréstimo, mas mera confissão de

dívida preexistente, trata-se de pacto comissório, vedado por lei”.

Inconformado com o decism indeferitório exarado, o estabelecimento bancário autor interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, que a alienação fiduciária não pode ser qualificada como pacto comissório e que os bens já pertencentes ao patrimônio do devedor podem ser dados em garantia.

Requeru o provimento do recurso para que, reformada a sentença monocrática, o feito tenha prosseguimento.

II — Voto

A pugna apelatória aqui sob exame, assinale-se, não está a propender em favor do insurgente, o que conduz à confirmação do decisorium extintivo atacado.

Objetivava o apelante, pela ação de busca e apreensão ceifada ab initio, com respaldo nas disposições do Decreto-Lei n. 911/69, obter a busca e apreensão, com o fim de posterior consolidação da sua posse e propriedade, do veículo descrito na introital, alvo de contrato de alienação fiduciária por ele pactuado com o apelado, cuja inadimplência restou caracterizada.

No entanto o MM. Juiz de Direito sentenciante entendeu albergar o contrato firmado um pacto comissório, o qual é expressamente vedado pelo art. 765 do Código Civil, uma vez que a alienação fiduciária teve, in casu, o propósito de garantir o pagamento de uma dívida preexistente.

Manifestando-se sobre o tema, o preclaro Paulo Restiffe Neto expõe:

“O pacto comissório, por qualquer de suas manifestações na prática, incide na censura da lei e não é por ela admitido, de vez que disfarça uma venda forçada e condicional que se contrapõe e inutiliza a finalidade legítima das relações de segurança real, como leciona Carvalho Santos, com apoio nos ensinamentos de Afonso Fraga e Chironi, desnaturando o contrato de garantia real e frustrando o espírito da lei (Código Civil Brasileiro Interpretado, 5ª ed., Freitas Bastos, 1953, vol. X, pág. 91)” (Garantia Fiduciária, RT, 1975, pág. 184).

Essa é, exatamente, a situação com que nos defrontamos nos autos em pauta!

Esclarecemos, entretanto, por primeiro, que em situação similar a do processo aqui sob enfoque, em que a conclusão a que chegou o MM. Juiz Singular foi idêntica, o voto deste Relator propendeu em favor do estabelecimento bancário recorrente, do que adveio a cassação da sentença extintiva, igualmente da lavra do ilustre titular da 2ª Vara Cível da comarca de Blumenau, determinado, então, o prosseguimento do feito.

Melhor analisando o teor da sentença de extinção aqui sob vergaste, pedimos vênha para, nos penitenciando do equívoco perpetrado quando do julgamento anterior, secundar a linha de entendimento adotada pelo insigne Magistrado de primeiro grau, Dr. Newton Janke, inquestionavelmente um dos magistrados mais brilhantes intelectualmente que integram a judicatura catarinense.

E como forma mesmo de homenagem, apropriamo-nos do teor do

decisum de sua lavra, transcrevendo-o integralmente.

Disse Sua Excelência, in verbis:

“Cuida-se de ação de busca e apreensão de veículo automotor alienado com garantia fiduciária ajuizada por Banco Bradesco S.A. contra Osmar Augusto Schwanke.

Está claro pelo documento de fls. 7/10 que, na espécie, a garantia fiduciária foi constituída como pacto adjecto em renegociação de uma dívida anterior do requerido. Por outras palavras, a alienação foi engendrada para atual como garantia de uma dívida preexistente.

Em tal circunstância, não há invocar a proteção da Súmula 28 do Superior Tribunal de Justiça para sustentar a validade da alienação fiduciária.

Não se pode confundir mútuo ou no financiamento com uma dívida já consolidada e preexistente. No financiamento, ocorre um adiantamento em dinheiro para o devedor. Na dívida já pendente, inexistente a entrega de qualquer coisa.

Por isso que, no mútuo ou no financiamento, é possível a instituição da garantia fiduciária em bens já integrantes do patrimônio do devedor. Quando a alienação é feita com o sentido de garantir o pagamento de uma dívida, ela, na verdade, outra coisa não é senão pacto comissório, vedado pelo art. 765 do Código Civil.

A despeito de algumas objeções doutrinárias e jurisprudenciais, parece plenamente plausível e justificável que os bancos exijam uma garantia fiduciária em casos de empréstimos ou financiamentos para capital

de giro das empresas ou para atender qualquer outra necessidade de pessoas jurídicas ou físicas.

A propósito disso, pertinente transcrever o posicionamento do ilustre Magistrado gaúcho Arnaldo Rizzardo:

“Os bancos de investimento, referidos no art. 29 da Lei n. 4.728, tiveram sua constituição e o funcionamento regulados pela Resolução n. 18, de 18/2/66, cujos incs. XXXI e XXXVI cuidam das garantias tanto nos empréstimos para formar capital fixo, como nos de capital de giro.

No inc. XXXI consta: “Os empréstimos para financiamento de capital de movimento deverão ser garantidos por direitos reais de garantia, ou outras garantias a juízo do Banco Central”.

No inc. XXXVI temos que: “a obrigação dos bancos deve ser contragarantida, entre outros meios, por alienação fiduciária em garantia”.

Igualmente pela Res. n. 93, de 26/6/68, inc. XXI, o Banco Central do Brasil permite que o empréstimo para o financiamento de capital fixo seja garantido por alienação fiduciária em garantia.

Orlando Gomes endossa tal aplicação, afirmando: “Este entendimento é aceito tranqüilamente no mercado financeiro, tendo recebido confirmação na prática diuturna de contratos de alienação fiduciária nos quais figuram como partes outras instituições financeiras que são as sociedades de crédito, financiamento e investimento e nos quais a dívida fiduciariamente não se origina da compra e venda. É que também essas outras instituições financeiras se acham sob o mesmo controle e

fiscalização do Banco Central e também reclamam, para facilitar a liquidação de certas operações, um instrumento jurídico de pronta e eficiente ação, como é, sem dúvida, a alienação fiduciária em garantia.

“Com tais fundamentos, não há invalidar o contrato nestas circunstâncias. De acordo com as resoluções do Banco Central referidas e mais a de n. 45, não deve considerar-se nulo o contrato no qual se instituiu a fidúcia em garantia de empréstimo para fornecer à empresa capital de giro” (Contratos de Crédito Bancário, Ed. RT, págs. 249/250).

A situação ora examinada, entretanto, é diferente porque — repita-se — aqui não houve nenhum tipo de financiamento ou de entrega de dinheiro para o réu.

Certamente suspeitando que o réu não seria capaz de resgatar a dívida renegociada, o banco exigiu a alienação fiduciária de um automóvel ano 1994, o que lhe era muito mais conveniente do que outras garantias como o penhor ou a fiança de terceiros. E isso porque, com a alienação fiduciária, não havendo o resgate da dívida, o credor, numa antecipação evidente de pacto comissório, subtrai, desde logo, o bem do domínio do devedor ou então reclama a sua prisão por via da ação de depósito. Na primeira alternativa, ainda lhe assiste o direito de, sem qualquer tipo de controle, promover a alienação extrajudicial da coisa e, por sobre isso, se saldo houver, cobrá-lo do devedor ou de seus garanti-dores.

Acerca de tal prática é preciso refletir sobre as palavras de Arnaldo Rizzardo: “O intento, torna-se óbvio, é

impingir, contra o devedor, mais uma garantia, consistente na ameaça de prisão como depositário infiel de um bem que lhe pertencia e não foi adquirido com o mútuo, conduta que adquire contornos de criminalidade, numa aproximação da figura do art. 160 do CP, isto é, da extorsão indireta: Exigir ou receber, como garantia de dívida, abusando da situação de alguém, documento que pode dar causa a procedimento criminal contra a vítima ou contra terceiros. Pena — reclusão de um a três anos, e multa” (ob. cit., pág. 252).

O Judiciário não pode cancelar ou compactuar com esse tipo de procedimento, cumprindo identificar esse tipo de negócio sem preocupação com filigranas jurídicas, mas, sim, como aquilo que ele efetivamente é: pacto comissório nulo porque vedado em lei.

Sobre o pacto comissório, é sempre oportuno ter em mente a lição de Clóvis Bevilácqua: “A proibição do pacto comissório funda-se em um motivo de ordem ética. O direito protege o fraco contra o forte, impede que a pressão da necessidade leve o devedor a convencionar o abandono do bem ao credor por quantia irrisória. O imperador Constantino, impressionado pelas manobras capciosas dos pactos comissórios, cuja aspereza crescia assustadoramente, decretou-lhes a nulidade, e as legislações modernas aceitaram essa condição. O pacto comissório não pode ser estipulado no momento de ser dada a garantia real, nem posteriormente” (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, edição histórica, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1979, vol. I, pág. 1.229).

Aliás, como se dava na época do preclaro imperador, nota-se hoje, no foro judicial, um progressivo aumento de ações de busca e apreensão em que se constitui a alienação fiduciária para garantir o pagamento de saldo devedor de conta corrente.

Se não houver uma reação firme dos juízes a esta verdadeira existência, não estará longe o dia em que todos os contratos bancários tenham sempre como odioso penduricão a alienação fiduciária, instituto que pode e até deve ser preservado desde que não seja desnaturado de sua função original, qual seja, servir como uma garantia eficaz para o credor que fornece dinheiro destinado a ser investido em atividades produtivas. Não sendo assim, brevemente não se verá mais nenhum banco ajuizar processo de execução. Este será um antiquado instrumento de uso compulsório de quem não é dono de banco...

Sensível a este preocupante quadro, no julgamento da Apelação Cível n. 97.005682-6, da comarca de Balneário Camboriú, o voto do eminente desembargador vencido averbou:

“O contrato de alienação fiduciária em garantia cuida de modalidade de convenção onde o bem financiado pelo credor fiduciante garante a estipulação, podendo ensejar sua busca e apreensão sumária, todavia, este contrato, prescinde da efetiva realização do negócio. Assim, a falta de requisitos intrínsecos retira o benefício elencado.

“Comprovada a simulação, deve-se ter o contrato como simples modalidade de mútuo, pois, caso contrário, criar-se-á a verdadeira indústria

dos empréstimos garantidos por alienação fiduciária” (DJE de 8/5/98).

Em arremate, no caso vertente, o pacto adjeto de alienação fiduciária é nulo porque, não tendo havido qualquer financiamento ou empréstimo, mas mera confissão de dívida preexistente, trata-se de pacto comissório, vedado em lei.

Resulta daí que, inexistindo a alienação fiduciária, o pedido de busca e apreensão é juridicamente impossível, acarretando o indeferimento da petição inicial.

Pelo exposto, com fundamento no art. 295, parágrafo único, inc. III, do CPC, indefiro a petição inicial e, em consequência, julgo extinto o processo (art. 267, I, CPC).

Adicione-se ao teor da sentença em causa que não se nega, com a sua confirmação, a possibilidade de dar ao devedor, em alienação fiduciária, bens já integrantes do seu patrimônio.

Mesmo porque, conforme já sustentou o colendo Tribunal de Alçada Civil do Estado do Rio Grande do Sul:

“Possibilidade de dar em alienação fiduciária bens próprios porque, tratando-se de propriedade de direito disponível, não afronta norma de ordem pública. Apelo improvido” (Ap. Cív. n. 192.956.604, 2ª CCív., j. 7/5/92, rel. Juiz Paulo Heerd).

É esse, aliás, o entendimento predominante nos tribunais pátrios, inclusive neste Pretório e no egrégio Superior Tribunal de Justiça.

A respeito, transcreva-se:

“Bens infungíveis, instrumentos de trabalho da empresa. Possibilidade

da sua alienação em garantia, mesmo já anteriormente integrados ao patrimônio do devedor. Não cabe estabelecer distinção onde a lei não distingue e a natureza do pacto não a impõe (...)" (REsp n. 3.413—RS, j. 25/6/91, rel. Min. Athos Carneiro).

"Alienação fiduciária em garantia. Bens não adquiridos com o produto do financiamento. A lei admite a possibilidade de serem fiduciariamente alienados bens já antes pertencentes ao devedor, e portanto não adquiridos com o produto do financiamento (...)" (RSTJ 33/204).

De forma igual, expusemos na ementa do acórdão referente à Apelação Cível n. 97.004503-4, da comarca de São Miguel do Oeste:

"Não há qualquer vedação legal expressa a que o contrato de alienação fiduciária em garantia tenha por objeto bem integrante do patrimônio do devedor".

Também não é de se ignorar que, em hipótese assemelhada a dos autos, disse o Superior Tribunal de Justiça:

"Alienação fiduciária — Bens integrantes do patrimônio do devedor que podem ser alienados — Impossibilidade de qualificação como penhor.

"I — Segundo entendimento sumulado do Tribunal (enunciado n. 28), o contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bens já integrantes do patrimônio do devedor. II — Não obstante as afinidades, a alienação fiduciária em garantia não pode ser qualificada como 'penhor mascarado e pacto comissório antecipado' pela circunstância de sustentar-se também em bens já pertencentes ao devedor" (REsp n. 5.528 —

Mato Grosso do Sul — 4ª Turma — rel. Min. Sálvio de Figueiredo — DJU de 9/12/91, pág. 18.034).

No entanto, no caso sob apreciação há conotações totalmente diversas.

O pacto comissório, in casu, não decorre do simples fato de o bem alienado fiduciariamente já integrar o patrimônio do apelado quando da convenção que instituiu o gravame, pois assentimos com a jurisprudência predominante de que, em tal hipótese, a vinculação garantidora é válida e eficaz.

Não, aqui o pacto comissório, como bem exposto pelo insigne Sentenciante, decorre do fato de já preexistir o débito, tratando-se da repactuação de anterior "instrumento particular de confissão e parcelamento de dívida", com a alienação fiduciária constituindo-se, não em garantia originária, mais de uma garantia complementar já garantida por uma nota promissória emitida com bastante excedente ao do débito renegociado.

Sob outro prisma, impõe-se ponderado que, consoante consta grifado na jurisprudência pátria:

"Negócio simulado de alienação fiduciária em garantia, mascarando contrato de mútuo burlando a lei, não produz efeito, é nulo, levando à carência da ação proposta com fundamento no Dec.-Lei n. 911/69" (RT 629/125).

Posicionando-se a respeito do tema, o hoje brilhante Ministro do Superior Tribunal de Justiça, então Des. Ruy Rosado de Aguiar, ao manifestar-se nos autos do acórdão objeto dos Embargos Infringentes n. 587.024.548, julgado pelo 3º Grupo de

Câmaras Cíveis do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, enfatizou:

“Se qualquer empréstimo pode ser garantido com alienação fiduciária, todas as dívidas ensejarão a prisão civil, transformando-se todos os devedores em depositários, e o princípio constitucional limitativo da prisão civil cairá no vazio”.

Por isso mesmo, já decidiu este colendo Tribunal de Justiça, quando do julgamento da Apelação Cível n. 27.253, da qual foi relator o eminente Des. Nestor Silveira:

“Ausentes os requisitos próprios da alienação fiduciária, desaparece a garantia do Decreto-Lei n. 911/69. Demonstrada que o bem não adquirido pelo fiduciante e que a operação foi simulada, nulo é o contrato assinado. É dever da financeira certificar-se da realidade da transação subjacente, sob pena de ficar sem garantia fiduciária” (JC 67/195).

Criada para fomentar a aquisição de bens de consumo ou a tomada de empréstimos ou financiamentos pelos que deles necessitam, não há permitir a utilização do instituto da alienação fiduciária em garantia como um mero reforço de garantias em contratos de confissão de dívida, a fim de propiciar ao estabelecimento financeiro credor o uso de ações com força coercitiva, como soem ser as de busca e apreensão e de depósito.

A completa deturpação dos preceitos legais do instituto da alienação fiduciária em garantia, com a sua total desnaturação, não pode e nem deve gerar qualquer benefício em favor do credor, posto tratar-se de negócio visceralmente viciado.

Ademais, imperioso é ressaltar-se, se se configura o pacto comissório na circunstância de o credor transferir diretamente ao seu domínio o bem garantidor da dívida contraída, acaso o débito não seja adimplido, da mesma forma há entrever a existência de um verdadeiro pacto comissório quando o credor, embora não fique com a propriedade do bem alienado fiduciariamente, passa a ter sobre ele um total poder de disposição, como se dele proprietário fosse, com a faculdade de aliená-lo extrajudicialmente a quem o queira e pelo preço que melhor lhe aprouver, sem prestar contas ao devedor e sem ouvir este previamente e sem qualquer interferência do Judiciário. Ainda mais quando esse bem, na verdade, não foi obtido com o produto do financiamento ou empréstimo não pago, prestando-se apenas para garantir um débito já existente e não contraído dentro dos princípios que norteiam o instituto da alienação fiduciária em garantia.

E nem se diga que o Juiz, ao equacionar os litígios que lhe são submetidos, tem que se ater com exclusividade à letra da lei.

Atualmente esse verdadeiro aforisma viu-se enfraquecido, pois o que deve presidir os julgamentos judiciais é o entendimento de que o magistrado não é apenas um simples escravo da lei, aplicando-a cegamente e sem ao menos analisar os contratos ou outras situações que sustentam o pretenso direito da parte autora.

Por isso mesmo, enfatizamos em julgamentos anteriores:

“Ao julgador incumbe, dentro de um ideário de justiça que todos os magistrados têm, ao examinar a con-

trovêrsia que lhe é submetida, pautar-se por princípios, acima de tudo, humanísticos, buscando um desate mais justo para a causa" (AI n. 00.024974-2, de Tubarão).

"O magistrado, diante das novas concepções sociais que vêm sendo emprestadas ao direito, não é mais um mero títere enunciador da vontade do legislador, mormente quando essa vontade é voltada, com exclusividade, à proteção dos economicamente mais fortes" (AI n. 00.025160-7, de Indaial).

Se a lei é injusta, por certo não estará o julgador obrigado a aplicá-la.

E o Decreto-Lei n. 911/69, editado na época em que a democracia estava relegada ao plano da inexistência jurídica, com falsos legisladores editando diplomas legais (?) que visavam a beneficiar apenas os economicamente mais privilegiados — leia-se aqueles que os apoiavam — com o direito e a justiça sendo aplicados somente quando implicavam em repressão dos que tinham a coragem e a suprema ousadia de manifestarem opiniões de não solidariedade com a situação caótica que atravessava o Brasil, com as determinações ditatoriais dos que, mesmo despreparados, se instalaram no poder, nada tem de justo.

Não se pode ter como justo um diploma que permite que o credor retire da propriedade do devedor o bem que garante o pagamento do débito, aliene particularmente esse bem, sem qualquer prestação de contas e sem qualquer fiscalização e ainda cobre o devedor o saldo negativo remanescente, o que implica em que, além de perder seus bens, com visível desfalque ao seu patrimônio, o devedor ain-

da tenha que honrar a integralidade da avença. Em última análise: o bem garantidor é perdido, mas o crédito da instituição financeira fiduciante é integralmente composto. Uma das partes contratantes perde tudo, com a outra ganhando tudo em nome da intocabilidade de seus lucros, na maioria das vezes portentosos.

Sendo a lei injusta e, no caso aqui sob apreciação, é ela injusta, além de como um todo, particularizadamente, o Magistrado sentenciante se houve com total acerto.

De total valia é transcrever-se aqui os ensinamentos do brilhante Des. Rui Portanova, quando, com a maestria que lhe é peculiar, ensina:

"Um dos mais desconcertantes erros em que pode incorrer o intérprete jurídico é crer possível a separação entre o Direito tal qual é, e o Direito tal qual deve ser. O objetivo do Direito não é busca do equilíbrio entre lógico e extralógico nem ordem de coação, mas busca do justo.

"A lei injusta se dá quando contrária aos princípios gerais do Direito ou da justiça e quando é imenso o contraste entre os valores do ordenamento jurídico e o sentimento de justiça preponderante na sociedade. A lei opera o esvaziamento e a debilidade do jurídico na sua mais elevada acepção. Por isso, a resposta do juiz, no conflito entre seguir o jurídico ou o moral, há de ser sempre de conteúdo ético, pois não há injustiça que se justifique. Só assim o Judiciário se assume como Poder, deixando de ser mero aplicador do Direito positivo para ser um garantidor dos princípios da justiça. O juiz não pode furtar-se à busca do justo.

“A fórmula para enfrentar a lei injusta é aplicar os princípios gerais, fazer aplicação dialética e transdogmática e, principalmente, vê-la como inconstitucional.

“A lei injusta é sempre inconstitucional, pois é de se admitir, como pressuposto de validade e vigência de uma Constituição, a garantia de princípios gerais de Direito e de justiça que são, por assim dizer, supraconstitucionais. Privado de moralidade e justiça, só por abstração teria o Direito validade, vigência e eficácia; contudo, jamais teria real eficácia lógico-ética. A justiça deve ser considerada como a norma fundamental de uma Constituição e assim o é em nossa Carta Magna de 1988, quando em seu artigo 1º colocou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa, devendo ser alinhados nestes objetivos, ainda, o artigo 3º e

seus incisos” (Motivações Ideológicas da Sentença, 4ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2000, págs. 127 e 128).

Justificava-se, diante disso, a solução indeferitória adotada!

III — Decisão

Confirma-se, destarte, a sentença espancada, negando-se provimento ao apelo deduzido.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, dele participando, da mesma forma com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Santa Ritta.

Florianópolis, 31 de maio de 2001.

Trindade dos Santos,
Presidente para o acórdão e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.024427-9, DE TUBARÃO

Relator: Des. Trindade dos Santos

Execução. Cédula de crédito comercial. Exceção de pré-executividade. Acolhimento. Extinção do feito em razão da inexistência de demonstrativo hábil da evolução do valor do débito e por vício do título exequendo. Sentença incensurável. Apelo desprovido.

Firmada cédula de crédito comercial fora de suas diretrizes próprias, acobertando ela, ao contrário de sua finalidade específica, a renegociação de saldos devedores de operações bancárias anteriores, buscando o credor, com isso e dentre outras metas, conferir executividade a contrato destituído de liquidez, certeza e exigibilidade, como o é o de abertura de crédito rotativo em conta corrente — cheque ouro — a inexecutoriedade dessa espécie contratual transmite-se ao novo título, extraindo dele qualquer condição executiva.

Não pode o Judiciário pactuar com essas verdadeiras tramóias, permitindo que as instituições financeiras subvertam a ordem legal, emprestando, por modos próprios, e em burla à lei e a direito já sumulado, força executiva a contratos destituídos dessa eficácia.

Ademais, excluída expressamente a novação em termo aditivo que complementou e ratificou a cédula de crédito posta em execução, a possibilidade jurídica da ação de execução exige a juntada aos autos de todos os contratos renegociados, pena de não caracterização da liquidez, certeza e exigibilidade do título consolidador dos débitos englobados na operação de renegociação, ainda que extrinsecamente o novo instrumento detenha essas características.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.024427-9, da comarca de Tubarão (2ª Vara), em que é apelante Banco do Brasil S.A., sendo apelados Jucasa Comércio de Material de Construção Ltda., José Martineli de Bona e Salute Maria Rogério de Bona:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

Banco do Brasil S.A. ingressou com ação de execução especial fundamentada no Decreto-Lei n. 413/69 contra Jucasa Comércio de Material de Construção Ltda., representada pelos seus sócios-gerentes coobrigados José Martineli de Bona e Salute Maria Rogério de Bona, alegando, em síntese, que em 23/8/1995 os executados requereram e receberam a liberação de empréstimo para uso de ampliação e aplicação no comércio mediante orçamento de aplicação de crédito no valor de R\$ 457.543,99 por

uma Cédula de Crédito Comercial com vencimento final aprazado para 23/8/1998.

Aduziu que os requeridos garantiram o crédito com os seguintes bens: uma hipoteca cedular de quinto grau e sem concorrência de terceiros de um terreno com 2.061,90m²; um terreno com 3.880,51m², ambos registrados no 1º Ofício de Registro de Imóveis de Tubarão e os avais dos emitentes.

Continuou dizendo que a operação restou ratificada pelo aditivo de re-ratificação à cédula de crédito comercial em 8/3/1996, com o objetivo de caracterizar nova contratação do saldo devedor, elevando-se para R\$ 526.397,90 o valor do débito; e como não foi cumprido o avençado considerou-se a dívida vencida antecipadamente, gerando um débito no montante de R\$ 721.863,47.

Ultimou requerendo fossem os executados citados para o pagamento, sob pena de penhora, formulando os requerimentos de praxe.

Os executados ofereceram à penhora os bens descritos como ga-

rantia de crédito na cédula em epígrafe (fls. 35 e 36).

O banco exequente veio a Juízo requerer a ampliação da penhora, tendo em vista o valor da dívida, indicando bens a ser penhorados (fl. 38).

Juntado aos autos o laudo de avaliação efetuado pelo avaliador judicial ad hoc (fls. 55 e 56), discordou a instituição financeira credora do resultado obtido, trazendo aos autos o laudo 99/199-C, correspondente a avaliações dos terrenos efetuadas por técnicos do setor (fls. 62 a 71).

Determinou o Magistrado que prestasse informações o avaliador judicial ad hoc (fls. 95 e 96).

Ingressou Jucasa Comércio de Material de Construção Ltda. com exceção de pré-executividade alegando, em síntese, a nulidade da execução porque embasada em cédula de crédito comercial a qual foi utilizada para renegociação de débitos remanescentes de operações de crédito anteriores, o que levaria ao desvio de finalidade (fls. 103 a 109).

O Banco do Brasil impugnou a exceção alegando não ter agido com desvio de finalidade e aduziu estar o executado agindo com litigância de má-fé, tentando apenas procrastinar o feito.

Sentenciando o MM. Juiz de Direito declarou nula a execução porque o documento de fls. 15 a 18 não atende ao disposto no art. 614, II, do CPC, tratando-se de uma espécie de extrato e não de demonstrativo de débito, o que retira do título a certeza, a liquidez e a exigibilidade e ainda porque restou caracterizado o desvio de finalidade, pois os valores foram utiliza-

dos para pagamento de dívida e não na atividade industrial (fls. 124 a 140).

Insurgindo-se contra o decisor de extinção, a instituição bancária apelou alegando que o demonstrativo de débito apresentado é válido e em caso de excesso este deveria ser abatido do montante exequendo, impondo-se ao Magistrado singular, ademais, que lhe concedesse prazo para emenda da inicial, o que não ocorreu; que não houve novação e continuidade negocial e muito menos desvio de finalidade, pleiteando, ainda, que os honorários advocatícios sejam fixados de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC.

Houve manifestação da parte contrária.

II – Voto

O recurso intentado não merece provimento mantendo-se íntegra a decisão atacada, motivo pelo qual deixo de examinar o item da emenda da exordial.

Na exceção de pré-executividade, a empresa executada alegou que ressei da cédula sob execução que sua finalidade foi “a renegociação de débitos alegadamente remanescentes de operações de créditos anteriores e que possuem natureza diversa, posto que, em verdade, a origem do suposto débito é um saldo devedor dito (pela exequente) remanescente de um contrato de cheque especial que à executada foi imposto” (fl. 107).

E compulsando-se os autos denota-se que a Cédula de Crédito Comercial n. 95/1092-8 (fls. 8 a 11) teve origem em débitos referentes a contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente (cheque ouro) e ou-

tras operações não identificadas (operações ns. 95/00045-3 e 95.000/63-1), fato esse que resta confirmado pelos próprios termos do ajuste executando, quando assim dispõe:

“O crédito destina-se única e exclusivamente à liquidação/amortização das seguintes dívidas do emittente junto ao Banco do Brasil S.A.:

— saldo devedor em cheque ouro em 23/8/95, no valor de R\$ 37.419,74;

— saldo devedor referente à operação n. 95/00045-3, em 23/8/95, no valor de R\$ 244.015,43;

— saldo devedor referente à operação n. 95.000/63-1, em 23/8/95, no valor de R\$ 176.108,82” (fl.12).

Tem-se, então, de modo explícito e confessado pelo próprio executante, que o título executado teve como objetivo saldar débitos inadimplidos pelos executados, referentes a outras operações econômicas, dentre as quais insere-se saldo negativo de contrato de crédito rotativo.

Apanha-se dessa situação que o contrato bancário em epígrafe conferiu apenas nova modalidade de pagamento ao débito oriundo das operações creditícias anteriores, renovando o prazo de seu pagamento, sem ter ocorrido novação, consoante se observa na própria avença contratual, substituindo-se apenas as anteriores e englobando-as em um único contrato, acrescendo o débito anterior de novos encargos.

O aditivo de re-ratificação à cédula de crédito comercial de fls. 13 e 14 em nada modifica a situação, posto que o objeto ratifica a cédula sob comento e amplia seu valor para

R\$ 526.397,90, sendo que R\$ 398.279,13 refere-se ao principal e R\$ 128.118,77 compreende os encargos básicos e adicionais e outras despesas.

O contrato executando, é de ser sublinhado, não contém cláusula que expresse a intenção de novar, ou mesmo qualquer manifestação de vontade de assim fazê-lo.

Sabe-se que a novação permite que se substitua uma dívida pela outra, sendo que, com a assunção da segunda, a primeira torna-se extinta.

Diz o art. 999 do Código Civil:

“Dá-se a novação:

“I — quando o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir e substituir o anterior”.

Inscreve-se no art. 1.000, porém que:

“Não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira”.

Em lição que se acopla qual uma luva à situação aqui detalhada, observa o insigne Antunes Varela:

“Se a idéia das partes é apenas a de alterar ou modificar o objeto da obrigação, o tempo ou o modo do seu cumprimento (elevando a taxa de juros, incluindo correção monetária, alterando o lugar da entrega da mercadoria etc.), mas sem a intenção de a dar por extinta, não há novação. Há apenas modificação ou alteração da obrigação” (Direito das Obrigações, Forense, 1978, vol. II, pág. 214).

De forma idêntica, proclama o lapidar Washington de Barros Monteiro:

"(...) não há novação, quando à obrigação apenas se adicionam novas garantias, quando se concede moratória ao devedor, ou quando se lhe defere abatimento do preço, maiores facilidades de pagamento ou reforma do título".

Linhas após, diz o respeitado jurista:

"Em resumo: intenção de novar não se presume. Deve ser expressamente declarada pelas partes, ou resultar, de modo inequívoco, da natureza das obrigações inconciliáveis entre si. Não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira" (Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, Saraiva, 1960, 1º vol., pág. 326).

Segundo o lapidar J. M. Carvalho Santos:

"O animus novandi é erigido em elemento decisivo para a novação. Não se presumindo, necessário se faz que seja expresso, ou pelo menos tácito, resultando dos termos da convenção, ou das circunstâncias de modo a tornar destacada a segunda obrigação da primeira" (Código Civil Brasileiro Interpretado, 6ª ed., Livraria Freitas Bastos, 1955, pág. 178).

Assim:

"Ação ordinária. Contrato de abertura de crédito fixo. Novação. Inocorrência. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade aos contratos bancários. Multa contratual. Redução para 2%. TBF pactuada. Cumulação com comissão de permanência. Impossibilidade. Juros. Capitalização. Vedação legal. Limitação a 12% ao ano. Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, CF.

"É indispensável, para ocorrer novação, que assim seja da vontade expressa das partes ou por incompatibilidade entre o novo pacto e o anterior, isto porque, não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira" (RT 591/149).

Da mesma forma, colhe-se do escólio do abalizado Silvio Rodrigues:

"...há novação quando as partes criam obrigação nova para extinguir uma antiga. Assim, a novação é um modo de extinção de obrigações. Todavia, ao mesmo tempo que através dela a primitiva obrigação perece, uma outra surge, tomando seu lugar. Aliás, é o surgimento desta última que produz a extinção da anterior. Dessa maneira, a novação é uma operação que, de um mesmo alento extingue uma obrigação e a substitui por outra, que nasce naquele instante" (Direito Civil: parte geral das obrigações. 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, vol. II, pág. 231).

E, ao manifestar-se a respeito do animus novandi, assinala o mestre:

"Este elemento é de tal relevância no caracterizar a novação que a própria lei determina que, não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira" (op. cit., pág. 239).

No caso em exame, insistimos, os executados não contraíram nova dívida com a casa financeira recorrente, com o objetivo de extinguir e substituir os negócios originários e sim, apenas, efetuaram uma renegociação da dívida pendente com o alargamento do prazo para pagamento.

E sabe-se que:

"A tolerância quanto à observância de prazo, seja pela prorrogação, ou eliminação daquele ajustado, autoriza, à falta de outras obrigações em sentido contrário, tão-somente, o reconhecimento de alteração ou modificação da obrigação originária, posto que não se caracteriza, nestas hipóteses, a novação, cujos elementos essenciais não sejam afetados. Outrossim, a intenção de novar não se presume. Deve ser expressamente declarada pelas partes, ou resultar, de modo inequívoco, da natureza das obrigações inconciliáveis entre si; não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira" (JB 124/170).

Também, disse este Pretório, pelo acórdão da lavra do sempre lembrado Des. Eder Graf, que:

"Novação não se presume" (Ap. Cív. n. 32.857).

Ainda deste Tribunal:

"A novação não se presume, devendo o animus novandi resultar cabalmente provado" (JC 53/140).

Como preleciona o insigne Clóvis Beviláqua 'A novação de dívida pressupõe: 1) o acordo entre as partes; 2) uma obrigação válida anterior; 3) o ânimo de novar, expresso ou claramente demonstrado deduzido dos termos da nova obrigação, porque, na falta desta intenção subsistem as duas obrigações, vindo a segunda reforçar a primeira; 4) validade da segunda obrigação" (Ap. Cív. n. 23.810, rel. Des. Ernani Palma Ribeiro, JC 51/133).

"Novação. Sem que uma dívida seja efetivamente substituída pela outra, não há novação" (AI n. 3.421, rel. Des. Norberto Ungaretti).

Da nossa lavra:

"Novação. Ausência de animus novandi. Descaracterização.

"Para que resulte caracterizada a novação, de todo imprescindível é a comprovação da existência de uma efetiva intenção de novar, pois essa intenção, consistente na vontade irrefutável de extinguir o crédito primitivo, é o elemento tipificador por excelência do instituto em causa. O ânimo de novar, todavia, não se presume, pelo que, expressamente excluído ele pelas partes, a nova obrigação estipulada há que ser entendida como meramente confirmatória da anterior" (Ap. Cív. n. 52.273, de Imbituba).

No caso em exame, insistimos, os executados não contraíram nova dívida com a apelante, com o objetivo de extinguir e substituir o contrato originário e sim, apenas, efetuaram uma renegociação da dívida, com o alargamento do prazo para pagamento.

Ensina, a propósito, o emérito Sérgio Carlos Covello:

"O contrato pode ser prorrogado ou renovado. Em se tratando de prorrogação, o que ocorre é simples modificação de um dos elementos do contrato — o prazo — e não implica em novação das obrigações contratuais que subsistirão em sua integridade. Na renovação, ao contrário, dá-se um novo contrato, supondo-se que o primitivo se extinguiu no vencimento do prazo prefixado, se não houve nenhuma prorrogação antes do termo final. Nesta hipótese, as obrigações que a partir do momento da renovação vinculam as partes não são derivadas do contrato primitivo, mas as nascidas do segundo contrato" (Contratos Bancários, Saraiva, 1991, 2ª ed., pág. 209).

Na hipótese sub judice, não consta na celebração contratual que instrui o feito executório cláusula de ratificação às obrigações precedentes à verdadeira confissão de dívida contida na cédula exequenda, nem se vislumbra a intenção de extinguir aquelas obrigações anteriores, o que afasta por completo a ocorrência de novação.

De outro lado a re-ratificação de fls. 13 e 14, há que ser entendida como confirmação das obrigações da cédula de crédito comercial e cujo saldo devedor deu margem ao nascimento do título sob execução, à luz do art. 1.000 do Código Civil, mantido intacto o liame obrigacional primitivo.

E, inexistente novação, a apresentação do demonstrativo completo da evolução de toda a dívida desde sua origem e dos contratos que a originou são condições essenciais para o desenvolvimento válido e regular do processo, sendo nula a execução que assim não o fizer.

In casu, verifica-se que o exequente, além de não apresentar o demonstrativo completo, também não juntou aos autos os contratos que originaram a dívida, estando, por conseguinte, a execução destituída de qualquer condição de procedibilidade.

Compulsando-se os autos, analisando-se mais detidamente o demonstrativo de cálculo apresentado (fls. 15 a 18), denota-se que se trata de extrato bancário em que se parte de um valor de R\$ 13.726,32 negativos, incidindo amortizações, correção monetária, juros e a taxa TBF, o que em hipótese alguma pode considerar-se um demonstrativo de débito.

Isso porque não consta a evolução mês a mês de cada dívida originalmente: débito de conta corrente e das operações ns. 95/00045-3 e 95/00063-1, e as incidências de correção monetária e percentual de taxas e juros, além da comissão de permanência, cada um de per si e devidamente descrito na planilha.

A importância do cálculo das dívidas originais é vital porque delas também se extrai o que de ilegal é cobrado pelas instituições bancárias, que majoram o débito com inúmeras taxas que não mais deveriam ser cobradas e com juros muito acima dos constitucionais, cumulando-os, ainda, com a comissão de permanência em valores acima do permitido.

Portanto, a Cédula de Crédito Comercial n. 95/10692-8 apresentada, sem as anteriores que deram procedência à dívida e ainda sem a demonstração da evolução de todo o débito desde os seus primórdios, não se reveste dos requisitos essenciais que formam o título executivo, restando frustrada a execução por falta desse mesmo título.

O processo executório, enfatize-se, deveria, para a sua plena validade, fazer-se instruído com todos os documentos representativos da obrigação originária, uma vez que as cláusulas contidas nos contratos precedentes integram o contexto da lide, assumindo extrema relevância para possibilitarem a discussão acerca da liquidez, certeza e exigibilidade do quantum debeatur.

O Superior Tribunal de Justiça conforta esse entendimento, quando gizou:

“...não há razão para limitar o exercício jurisdicional na revisão de contratos sucessivamente renovados, mesmo no caso de emissão de título, porque a dívida que serve de ponto de partida para o cálculo do débito resulta da aplicação de cláusulas previstas em contratos anteriores, em um encaqueamento negocial que não pode ser visto isoladamente” (REsp n. 218.701/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

O Tribunal de Justiça Catarinense, em precedente sumamente importa e que bem demonstra a atual tendência deste Órgão Fracionário acerca do assunto, assim se posicionou:

“Embargos à execução lastreada em ‘instrumento particular de contrato de abertura de crédito com reconhecimento e quitação de dívidas e outras avenças’ — Julgamento antecipado da lide — Cerceamento de defesa não demonstrado — Sentença bastante fundamentada — Nulidade afastada.

“Novação objetiva tácita — Inocorrência — Reconhecimento de débito e sua renegociação com o prolongamento do prazo para o pagamento — Obrigação originária que não se alterou na substância, na forma, ou no objeto — Imprescindibilidade para a instrução do feito da juntada dos documentos que deram origem à dívida.

“Ausência do contrato consolidado na confissão de dívida — Liquidez não evidenciada — Nota promissória que não goza de autonomia — Extinção do processo sem o julgamento do mérito — Inteligência do inc. I do art. 618 do CPC — Recurso desprovido.

“Em não havendo novação, torna-se imprescindível à instrução do feito a juntada dos documentos que originaram o débito, de modo a caracterizar a liquidez, a certeza e exigibilidade do quantum debeat.

“Destarte, ausente o contrato consolidado na confissão de dívida, inviável se apresenta a execução diante da inegável falta de liquidez e certeza do título executado, visto que mister se faz a análise dos créditos reconhecidos para que não prevaleçam vícios desconhecidos” (Ap. Cív. n. 98.015113-9, de Santa Cecília, rel. Des. Alcides Aguiar).

Adicione-se o seguinte precedente de nossa relatoria:

“Execução — Contrato de confissão e composição de dívidas — Novação contratualmente arredada — Indispensabilidade da juntada aos autos do contrato originário — Execução nula — Reconhecimento judicial — Incensurabilidade do decisum — Reclamo recursal desatendido.

“Renegociados débitos anteriores, com exclusão contratual expressa de novação, o que ocorre é apenas a dilatação do prazo de vencimento da obrigação anterior em a inserção de novos acessórios e com o instrumento de renegociação complementando apenas o contrato originário.

“Nesse contexto, a expressão executória do ajuste de repactuação perpassa pelo entranhamento aos autos do contrato renegociado, demonstrada a evolução do débito desde os seus primórdios” (Ap. Cív. n. 99.019803-0, de Anita Garibaldi).

Em julgamento mais recente, disse este Pretório:

“Embargos à execução. Execução fundada em confissão de dívidas de cédula de crédito comercial e contrato de abertura de crédito rotativo. Ratificação expressa das cláusulas das obrigações precedentes. Inocorrência de novação. Confirmação das obrigações anteriores. Artigo 1.000 do Código Civil. Perda da autonomia da confissão de dívida. Impossibilidade de se executar contrato de crédito rotativo. Falta de título executivo. Extinção do processo. Litigância de má-fé afastada.

“Não há novação estribada em confissão de dívida que se limita a re-pactuar contrato anterior, mantendo ou ratificando cláusulas convencionadas originalmente.

“Ante a presença de cláusula contratual que ratifica as obrigações precedentes à confissão, sem que se vislumbre a intenção de extinguir aquelas, afasta-se por completo a ocorrência de novação. Por isso, a confissão há de ser entendida como confirmação das obrigações anteriores, à luz do artigo 1.000 do Código Civil, mantido intacto o liame obrigacional primitivo.

“Certificada a inexistência de novação, perece a autonomia da confissão de dívida fundada em contrato de crédito rotativo, ressurgindo a obrigação confessada. Não sendo ela representada por título executivo, nula é a execução, impondo-se a extinção do processo.

“Em todos os ordenamentos jurídicos tem-se consagrado o entendimento segundo o qual ‘a situação emergente da ilicitude originária não desaparece com o reconhecimento da dívida’ (Pierangelo Catalano)” (Ap.

Cív. n. 1998.012653-3, de Sombrio, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJE n. 10.669, de 26/3/2001, pág. 25).

Enveredando pela mesma trilha de raciocínio, enfatizamos em outro julgamento:

“Execução. Cédula de crédito industrial. Embargos acolhidos em parte. Renegociação de débitos vinculados a operações bancárias anteriores. Não entranhamento, nos autos, dos contratos precedentes. Inexigibilidade, incerteza e iliquidez do quantum debeat. Incidência do art. 618, I, do CPC. Extinção que se decreta. Apelo dos executados, para tanto, provido. Reclamo recursal do credor prejudicado.

“Cuidando-se de contratos sucessivamente renovados, existente, pois, encadeamento negocial entre inúmeros ajustes de concessão de crédito, com os posteriores destinando-se a saldar débitos existentes, alguns deles sem qualquer condição de executoriedade, a última dessas celebrações depende, para a sua executabilidade, do carreamento aos autos de todos os contratos precedentes, a fim de que se tornem averiguáveis os termos das cláusulas tomadas em consideração para a apuração do quantum debeat levado em conta para a renegociação sob execução. A indispensabilidade da trazida ao bojo do feito executório dos demais pactos torna-se ainda mais premente quando vislumbra-se, dos termos contratados, não a existência de uma novação propriamente dita, senão apenas a renovação do prazo para o pagamento de débitos vencidos, mediante a inserção de novos encargos. Não carreados aos autos executórios os contratos

precedentes, a execução proposta inquina-se de inescandível nulidade, por descaracterizadas a liquidez, a certeza e a exigibilidade do débito motivador da demanda, com total afronta ao disposto no inciso I do art. 618 do CPC" (Ap. Cív. n. 99.002567-5, de Ponte Serrada).

Da mesma forma, disse o egrégio Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul:

"Contratos bancários. É cabível a revisão de todos os contratos mesmo consolidados em renegociação de débito. Relações negociais que constituem uma situação jurídica continuativa que deve ser encarada como uma unidade. Limitação legal de juros e sua capitalização. Juros moratórios. Sucumbência. Provimento do apelo adesivo" (Ap. Cív. n. 196104160, rel. Juiz de Alçada Moacir Leopoldo Haeser).

"Relação jurídica continuativa. Revisão dos contratos. Possibilidade.

"É possível a revisão dos contratos, argüida em defesa nos embargos do devedor, quando o último, ora em execução, consolida débitos anteriores. Nesses casos a relação jurídica deve ser examinada como uma unidade. Aplicação dos arts. 939 e 1007 do CC. Limite legal de juros remuneratórios, moratórios e capitalização. Aplicação do Decreto n. 22.626. Redefinição da sucumbência. Apelo parcialmente provido" (Julgados do TARGS 103/246, Ap. Cív. n. 196192462, Juiz de Alçada Moacir Leopoldo Haeser).

"Contrato bancário. Revisão judicial deferida, inclusive para contratos já quitados. Incidência do art. 965 do CC.

"Se a prova revela que entre o Banco e o devedor se estabeleceu continuidade negocial em que contratos subseqüentes quitavam os anteseqüentes, gerou-se situação jurídica continuativa, a possibilitar a revisão negocial em sua globalidade, inclusive para retirar juros inconstitucionais dos contratos já quitados. Inconstitucionalidade dos juros é nulidade que não convallesce (...)" (Ap. Cív. n. 194.0029-03, de Estrela, rel. Juiz Márcio Oliveira Puggina).

No corpo do acórdão, disserta seu eminente relator:

"Rompe-se a autonomia da vontade quando na relação jurídico-contratual o elemento volitivo se achava, já no nascedouro do contrato, em evidente enfraquecimento. Sabidamente, o crédito é, hoje, uma necessidade vital tanto para o indivíduo como para as pessoas jurídicas, em especial para as empresas de produção de bens e de serviços. Com efeito, o acesso ao crédito para o indivíduo é condição de cidadania e, para a atividade empresarial, condição de subsistência. Dificuldade alguma na atividade produtiva, hoje, realiza-se sem alguma forma de crédito. Dentro dessa ótica de necessidade à atividade empresarial, não se pode deixar de convir que vontade da empresa, que necessita o crédito para subsistir, acha-se enfraquecida diante do estabelecimento bancário que o oferece".

Prosseguindo, questiona:

"Será que a empresa poderia usar de sua vontade livre e autônoma para recusar os contratos por que o Banco estava a cobrar juros constitucionais?".

Ou: “acharia no mercado financeiro alguma instituição que estivesse a cumprir a norma constitucional? Sabidamente, não. Logo, a autonomia da vontade estava limitada a, recusando os juros inconstitucionais, ficar sem qualquer crédito pela inexistência de mercado de empréstimo a juros constitucionais”.

Ainda porque, essencial para que se decida acerca do efetivo quantum debeat de responsabilidade dos executados, é que se examine as pretensas nulidades existentes nos contratos solidificados na cédula de crédito sob execução, possibilitando-lhes a extirpação, acaso comprovado afrontarem os encargos impostos o ordenamento jurídico pátrio, mormente o Código de Defesa do Consumidor.

E há disposição expressa no Código Civil, mais precisamente em seu art. 1.007, que não se podem validar por novação obrigações nulas ou extintas.

Não há, diremos, nulidade maior do que a infração expressada na Lei de Usura, da limitação legal dos juros e do próprio Código de Defesa do Consumidor, com indevida submissão do devedor à vontade do credor.

Assim, perfeitamente possível o exame da legalidade do débito em execução, desde sua origem, porquanto essencial à própria validade da execução, podendo a matéria ser argüida em defesa com base na regra do art. 939 do CC, que autoriza a retenção do pagamento até que o credor dê quitação regular do valor efetivamente devido.

Por outro lado, impõe-se observado que a cédula de crédito em execução engloba em parte repactuação

sobre saldo devedor de contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente — Cheque ouro — Contrato desse absolutamente inexecutável.

Mais uma razão, pois, a contaminar visceralmente a questionada cédula de crédito como título hábil a, isoladamente, fomentar processo de execução.

Ora, conforme já fixou este Tribunal, por acórdão da lavra do eminente Des. Pedro Manoel Abreu:

“O contrato de abertura de crédito em conta corrente, mesmo acompanhado dos respectivos extratos, não constitui título executivo, nos termos do art. 585, inc. II, do CPC. ‘Os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade devem estar insitos no título. A apuração de fatos, a atribuição de responsabilidades, a exegese de cláusulas contratuais tornam necessário o processo de conhecimento, e descaracterizam o documento como título executivo’ (RSTJ 8/371)” (Ap. Civ. n. 98.002728-4, de Xanxerê, j. 30/3/2000).

Aliás, este Pretório, por intermédio de sua egrégia Seção Civil, culminou por sumular a matéria, via verbete 14, que enuncia in verbis:

“O contrato bancário de abertura de crédito rotativo em conta corrente, ainda que acompanhado dos respectivos extratos de movimentação da conta corrente e assinado pelo devedor e duas testemunhas, não é título executivo extrajudicial”.

Mas, visando a contornar os efeitos dessa inexecutoriedade, as entidades financeiras pátrias começaram a promover, com seus clientes, termos de confissão de dívida ou de renegociação de débito, lançando

mãos de instrumentos executoriamente hábeis, a fim de emprestar exequibilidade a saldos devedores que não a tinham.

Atentos a essas manobras totalmente fraudulentas e atentatórias contra a dignidade da Justiça e contra os princípios inseridos na Codificação Protetiva do Consumidores, os nossos tribunais passaram a considerar ilícitos e, pois, inexecutáveis os títulos de crédito vinculados a contratos destituídos das condições de executoriedade.

Assim, disse este Pretório:

“Perde a autonomia a nota promissória emitida como garantia do cumprimento da obrigação contida no contrato de abertura de crédito em conta corrente, e se este não possui liquidez, aquela segue o mesmo destino” (Ap. Cív. n. 99.000972-6, de Criciúma, rel. Des. Silveira Lenzi).

Os estabelecimentos bancários, certamente insatisfeitos com a verdadeira poda que foi feita em suas pretensões de conferir executoriedade, por vias transversas, a contratos destituídos de liquidez, certeza e exigibilidade, passaram, como dito, a transformar os respectivos saldos devedores em termos de confissões de dívida, em repactuação por meio de contratos de abertura de crédito fixo e, até mesmo, de cédulas de crédito em qualquer uma de suas modalidades.

A propósito, de total valia é a lição que nos é dada por Pierangelo Catalano, quando observa com extrema acuidade que:

“Em todos os ordenamentos de direito civil a situação emergente da ilicitude originária não desaparece com o ‘reconhecimento da dívida’. No

ordenamento jurídico argentino o artigo 723 do Código Civil dispõe: ‘Si el acto del reconocimiento agrava la prestación original, o la modifica em perjuicio del deudor, debe estarse simplemente al título primordial, si no hubiese una nueva y lícita causa de deber’” (Princípios gerais do direito, direito à vida e dívida externa. Cidadania e Justiça. Rio de Janeiro, 1º semestre/2000).

É que não se pode simplesmente erradicar, pela mera confissão, vícios que maculavam os créditos reconhecidos, pois esses vícios, entre os quais se incluem a falta de liquidez e certeza, transferem-se ao título expressor do reconhecimento ou confissão de dívida, nele subsistindo e desqualificando-o como título executivo extrajudicial.

Resulta do exposto que a execução promovida encontra-se contaminada de absoluta nulidade, conforme o disposto no inciso I do art. 618 do CPC.

Destarte, reconhece-se o vício no título executivo como apontado pelo MM. Juiz de Direito, qual seja, sua nulidade, decretando-se, então, a extinção da execução.

III — Decisão

Diante do exposto, nega-se provimento à insurgência recursal da instituição bancária, reconhecendo-a como carecedora da ação executiva, conforme art. 267, incisos IV e VI do CPC, e condenado-se-a, por consequência, ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, estes que ficam arbitrados em

R\$ 13.000,00, conforme art. 20, § 4º, do CPC.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maria do Rocio Santa Ritta e Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 7 de junho de 2001.

Trindade dos Santos,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.023249-1, DE BRUSQUE

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Ação monitória — Cheques prescritos — Alegação de pagamento — Devedor que não comprovou a quitação do débito — Juros moratórios e correção monetária — Encargos devidos.

Ações cautelares de sustação de protesto — Honorários advocatícios — Pedido de majoração — Fixação adequada.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.023249-1, da comarca de Brusque (2ª Vara), em que é apelante Mapinus Indústria e Comércio de Madeiras Ltda., sendo apelada Madeireira Walfran Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Madeira Walfran Ltda. propôs ação monitória contra Mapinus Indústria e Comércio de Madeiras Ltda., objetivando haver a importância atualizada de R\$ 41.730,60, representada por dois cheques prescritos (ns. 102132 e 102233), emitidos em 30 de março e 29 de maio de 1998.

Salientou que os cheques emitidos nos valores de R\$ 27.707,14 e R\$ 21.885,95 representam o pagamento de 230.434,00m³ de madeira de pinus serrada, bruta e verde (notas fiscais de ns. 000891, 000897, 000911, 000932, 000924, 000919, 000904 e 000929), que atingiu o montante de R\$ 34.065,73, bem como de dívidas decorrentes de negócios firmados anteriormente pelas empresas.

Asseverou que as partes, por acordo verbal, estabeleceram que a ré deveria autorizar o desconto dos cheques emitidos, ou efetuar o pagamento diretamente ao representante legal da autora, até o final do mês de junho de 1998, sendo que na data ajustada a devedora solicitou que não apresentasse os cheques, mas os mantivesse em seu poder como forma de garantia cambial, e que emitisse duplicatas mercantis relativas à venda e ao trans-

porte da madeira, com vencimento para 26 de novembro de 1998.

Esclareceu, ainda, que as duplicatas foram emitidas de acordo com as referidas notas fiscais, sem acréscimo de correção monetária ou juros, e entregues ao Banco do Estado de Santa Catarina, que providenciou o protesto dos títulos (fls. 2/7).

Em despacho de fl. 97, a Juíza determinou o apensamento dos autos das ações cautelares de sustação de protesto.

Intimada, a ré apresentou embargos, argüindo, preliminarmente, defeito de representação e inexistência da conexão. No mérito, sustentou que os cheques foram emitidos como garantia das obrigações assumidas e que, em razão de dificuldades financeiras, esteve impedida de realizar o pagamento no prazo ajustado. Porém, conforme estabelecido, efetuou depósitos na conta do representante legal da autora, os quais, somados, alcançam exatamente as quantias expressas nos títulos. Ressaltou, ainda, que restando quitadas as dívidas, as duplicatas protestadas apresentam-se desprovidas de lastro comercial. Postulou, então, a condenação da autora ao pagamento do dobro do valor exigido (art. 1.531 do Código Civil), como também nas sanções da litigância de má-fé (fls. 125/133).

As fls. 140/147, a autora apresentou impugnação aos embargos, rebatendo os argumentos expendidos pela ré e pugnando pela condenação desta nas penas da litigância de má-fé.

Designada audiência conciliatória, a proposta resultou inexitosa (fl.162).

Nos autos em apenso, Mapinus Indústria e Comércio de Madeiras Ltda. promoveu ações cautelares de sustação de protesto cumuladas com declaratória de inexigibilidade de cartula cambiariforme, por inexistência de relação jurídica e débito, contra o Banco do Estado de Santa Catarina S.A. e a Madeireira Walfran Ltda.

Asseverou a inexistência de débito e, por conseguinte, a ilegalidade do protesto levado a efeito pela instituição bancária, com lastro nas duplicatas emitidas pela empresa demandada. Por fim, postulou a concessão de medida liminar de sustação de protesto, oferecendo caução (fls. 2/8).

No despacho de fl. 13, o Juiz indeferiu a liminar.

As fls. 15/25, a requerente informou o Juízo sobre a interposição de agravo de instrumento e pleiteou a reconsideração do despacho recorrido.

Mantida a decisão (fl. 26), o Juiz determinou a expedição de ofício ao tabelionato, requisitando informações sobre a efetivação dos protestos (fls. 34v. e 32v.).

Em resposta, informou que os títulos foram protestados (fl. 38).

A instituição financeira apresentou contestação, suscitando, preliminarmente, a ilegitimidade passiva, visto que encaminhou as duplicatas a protesto na qualidade de intermediária ou apresentante-mandatária da empresa requerida. No mérito, ressaltou que não participou das relações comerciais mantidas entre as empresas litigantes (fls. 34/47 e 39/47).

Por sua vez, a empresa requerida contestou, aduzindo que as ar-

gumentações da requerente são inverídicas, já que as duplicatas protestadas representam a dívida de R\$ 34.065,73, proveniente da venda e do transporte de madeira de pinus, conforme os lançamentos efetuados nas respectivas notas fiscais.

Destacou, ainda, que as empresas mantiveram relações comerciais anteriores e que os valores de créditos transferidos correspondiam ao pagamento parcial de dívidas atrasadas.

Afirmou que a requerente emitiu dois cheques, cujos valores representam a alienação e o transporte da madeira de pinus, bem como dívidas contraídas anteriormente, e que, conforme solicitado pela demandante, reteve-os e emitiu duplicatas relativas à última transação comercial, sem incluir os valores devidos em decorrência de operações precedentes, entregando-as ao Banco do Estado de Santa Catarina, que levou a efeito o protesto. Pugnou pela condenação da requerente nas sanções da litigância de má-fé (fls. 53/62).

Às fls. 115/121 e 112/117, a requerente apresentou impugnação às contestações apresentadas pelos requeridos.

Na audiência de conciliação, a requerente propôs o pagamento de R\$ 20.000,00, em 10 parcelas. Em resposta, a empresa requerida sustentou que o valor do débito atinge a quantia de R\$ 39.000,00, recusando a proposição oferecida (fls.130 e 126).

A requerente apresentou petição, aduzindo que os cheques representativos da negociação foram quitados por meio de ordens de pagamento, depósitos em conta cor-

rente e transferências de créditos de ICMS (fls. 132/134 e 128/130).

Na sentença, o Magistrado julgou procedente, em parte, os embargos à ação monitória, opostos por Mapinus Indústria e Comércio de Madeiras Ltda., condenando a ré/embarcante ao pagamento da importância pretendida pela autora, ou seja, R\$ 34.065,73, acrescida de correção monetária (a contar do vencimento dos cheques), e juros moratórios de 6% ao ano (a contar da citação), como também ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor atualizado da dívida.

Na mesma decisão, o Juiz acolheu a preliminar suscitada pelo Banco do Estado de Santa Catarina S.A. e, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, excluiu a instituição financeira dos feitos cautelares.

Já os pedidos formulados por Mapinus Indústria e Comércio de Madeiras Ltda., em ambos os processos cautelares, foram julgados parcialmente procedentes e, por consequência, o Magistrado determinou o cancelamento dos protestos das duplicatas e condenou a requerida ao pagamento das custas e despesas processuais, na proporção de 90%, bem como em honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor corrigido da causa, em cada uma das ações cautelares (fls. 163/211).

Irresignado, o embargante/requerente interpôs recurso de apelação, assinalando que os cheques foram dados em garantia do pagamento de 230.434,00m³ de madeira de pinus e do saldo de negócios anteriores, e que todas as pendências foram liqui-

dadas pelos depósitos realizados para quitação dos referidos títulos.

Afirmou que, na data do vencimento, não pôde cobrir integralmente os valores constantes dos cheques emitidos; todavia, com a anuência da apelada, efetuou depósitos na conta desta em 30/4/98 e 13/5/98, nos valores de R\$ 10.000,00 e de R\$ 9.707,14, bem como transferiu créditos de ICMS no valor de R\$ 8.000,00, que somam a quantia de R\$ 27.707,14, constante do primeiro cheque (102132).

Destacou que o pagamento do segundo cheque (102233) foi efetivado em 3/7/98 e 14/7/98, também por depósitos bancários, que somam a quantia exata de R\$ 21.885,95, restando, assim, integralmente quitada a obrigação assumida.

Sustentou ter cumprido o encargo de provar o pagamento do débito, ressaltando que incumbe à apelada o ônus de desconstituir os recibos apresentados.

Acrescentou, ainda, que a credora não exigiu juros ou correção monetária e invocou a aplicação do princípio do pacta sunt servanda.

Afirmou que agiu de boa-fé quando deixou os cheques em mãos da apelada após a quitação do débito, pois acreditou na promessa da recorrida de cancelar os títulos.

Insurgiu-se contra a fixação dos honorários em 10% sobre o valor corrigido da causa, nas ações cautelares, pugnando pela majoração da verba honorária (fls. 214/228).

Intimada, a recorrida não apresentou contra-razões (fl. 226).

Em seguida, os autos preparados ascenderam a esta Corte.

Às fls. 230/231, a apelante apresentou requerimento de cancelamento dos títulos protestados, que restou indeferido porquanto a sentença condicionou os efeitos do cancelamento ao trânsito em julgado (fl. 233).

II — Voto

Inicialmente, cabe destacar que o cheque não se desnatura pelo fato de ter sido emitido como garantia do cumprimento da obrigação, permanecendo como ordem de pagamento à vista, dotado de executoriedade.

É da jurisprudência:

“Ainda que emitido em garantia de cumprimento de obrigação, o cheque, por tratar-se de ordem de pagamento à vista, não perde a sua executoriedade, não inibindo o credor de apresentar a cártula ao banco sacado, tão logo lhe foi entregue e ajuizar ação de execução contra o emitente” (TJAC, RT 747/336).

Dos autos infere-se que os cheques não possuíam força executiva, porquanto prescritos, permanecendo, todavia, como documento probatório da dívida de R\$ 34.065,73, constituída pela aquisição e transporte de 230.434,00m³ de madeira de pinus.

Ademais, a posse do título, pelo credor, firma a presunção de que não houve o pagamento da dívida, cabendo ao emitente apresentar causa impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor, bem como a prova da causa alegada (art. 333, II, do CPC).

Nesse sentido, já se pronunciou esta Corte:

“O cheque, ainda que prescrito o direito do portador à ação executiva, constitui documento representativo de obrigação líquida, certa e exigível. Ao emitente cumpre provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do credor (CPC, art. 333, II)” (Ap. Cív. n. 99.017927-3, de Timbó, rel. Des. Newton Trisotto).

Extrai-se da jurisprudência do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

“O ônus da prova de fato desconstitutivo da obrigação fica a cargo do emitente. Conquanto tenha o cheque perdido a eficácia executória em face do decurso do prazo extintivo e não mais possa ser considerado título de exação, prevalece como documento comprobatório da obrigação do emitente ao pagamento de seu valor, dando azo ao procedimento comum de cobrança. O cheque representa instrumento de confissão de dívida, incumbindo ao emitente comprovar fato desconstitutivo da obrigação” (RT 770/261).

Nos embargos a apelante indicou o pagamento da dívida, exibindo cópia de comprovantes de depósitos, em favor da apelada, nos valores de R\$ 11.885,95, R\$ 10.000,00, R\$ 9.707,14 e R\$ 10.000,00, os quais somados com uma transferência de ICMS, na quantia de R\$ 8.000,00, representariam o pagamento dos cheques ns. 102233 e 102132 (fls. 135/136).

Contudo, tais documentos não comprovam, de forma inequívoca, o pagamento dos cheques, posto que não mencionam o débito ao qual se referem. E, o único recibo encartado nos autos, de R\$ 2.468,25, correspondente ao pagamento de encargos fi-

nanceiros, também não especifica a dívida quitada (fl. 137).

A propósito, já decidiu este Tribunal:

“Ação monitória — Cheques — Alegação de pagamento — Pedido procedente — Embargos rejeitados — Prova da quitação válida — Recurso provido.

“A posse do título, pelo credor, gera a presunção de que não foi pago, mas esta pode ser destruída por instrumento de quitação passado em separado.

“A prova do pagamento é a quitação, passada pelo credor ou por quem legitimamente o represente, em forma escrita, constando o valor e espécie da dívida quitada, o nome do devedor ou de quem por ele pagou, o tempo e o lugar do pagamento” (Ap. Cív. n. 98.008594-2, de Itapiranga, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Colhe-se do corpo do acórdão:

“Esclarece Lauro Muniz Barreto que ‘O pagamento, segundo Carnelutti, é um ato devido, e, com pagamento, o devedor exonera-se da obrigação. Pagando precisa comprovar a sua liberação, por forma a que não subsista dúvida de que cumpriu a obrigação. Por isso, a lei exige ato do credor, que ateste, inequivocadamente, que o devedor pagou. A esse ato do credor, se denomina quitação, também conhecido, mais comumente, pelo termo recibo. Esse comprovante do pagamento, deve ser por escrito, onde conste o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou de quem por ele pagou, o tempo e o lugar do pagamento”.

Não tendo havido prova da quitação do débito, subsiste a obrigação representada pelos cheques.

Quanto aos juros e correção monetária, também não merece guarida o apelo, haja vista que a credora postulou o pagamento destes encargos financeiros, apresentando demonstrativo do débito (fl. 9).

É importante ressaltar, ainda, que não se vislumbra qualquer ofensa ao princípio do pacta sunt servanda, posto que os juros são devidos em razão de disposição legal (art. 1.062 do Código Civil), e a correção constitui mera atualização monetária.

Nesse diapasão é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Ação ordinária para cobrança de cheque prescrito. Correção monetária. Termo inicial. Incide a correção a partir da data do efetivo prejuízo (Súmula 43)”.

“Juros de mora. Contam-se da citação inicial” (REsp/MG n. 55932, rel. Min. Nilson Naves).

Por derradeiro, pugna pela majoração dos honorários advocatícios fixados nas ações cautelares, sustentando que, na forma estabelecida, configuram aviltamento ao tempo e trabalho despendido pelos causídicos.

Os honorários advocatícios, nas causas em que não existe condenação, são estabelecidos consoante a apreciação equitativa do juiz, atendidos o grau de zelo do profissional; o lugar da prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o

tempo exigido para o seu serviço (art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC).

A respeito do tema, Yussef Said Cahali registra:

“Efetivamente, conforme adverte o Supremo Tribunal Federal, ‘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” (Honorários advocatícios. 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 488).

No caso, os honorários advocatícios foram arbitrados de forma equitativa, pois, embora as demandas cautelares não apresentassem complexidade jurídica, a verba honorária foi fixada em 10% sobre o valor corrigido da causa, valorizando o zelo e o esforço empreendidos pelos patronos da apelante.

Da jurisprudência desta Corte:

“Embargos à execução — Rejeição — Honorários advocatícios devidos — Pretensão à reapreciação — Fixação adequada.

“Os honorários de advogado desde que arbitrados equitativamente, valorizando condignamente o esforço do profissional do direito, devem ser mantidos” (Ap. Cív. n. 99.008955-0, de Blumenau, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Mantêm-se, pois, os honorários fixados para as ações cautelares de protesto.

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 22 de maio de 2001.

Silveira Lenzi,

Presidente com voto;

Cláudio Barreto Dutra,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.017193-0, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Apelação cível. Ação ordinária que visa à revisão de contratos bancários. Ausência destes nos autos. Documentos indispensáveis, por consubstanciarem a prova do “próprio fato título da demanda”. Conversão do julgamento em diligência, com fulcro no art. 130 do Código de Processo Civil, combinado com o art. 116 do Regimento Interno desta Corte.

Não tendo o autor apresentado com a petição inicial os documentos indispensáveis à propositura da ação, assim considerados porque consubstanciam a prova do “próprio fato título da demanda”, justificando que não o fez em virtude de se encontrarem em poder do réu, e havendo requerido que se lhe ordenasse a juntada, mesmo que o juiz a tenha reputado desnecessária, pode o Tribunal determinar que o réu exiba as respectivas cópias, à luz do estatuído no art. 130 do Código de Processo Civil, se autorizado pelo seu Regimento Interno (art. 116 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.017193-0, da comarca de Chapecó (2ª Vara), em que é apelante União de Bancos Brasileiros S.A. — Unibanco e apelada Bigtintas Distribuidora de Peças e Tintas Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, converter o julgamento em diligência.

Custas a final.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue nos autos da ação ordinária contra si ajuizada por Bigtintas Distribuidora de Peças e Tintas Ltda., União de Bancos Brasileiros S.A. — Unibanco apelou, objetivando a sua reforma.

Aduz que o art. 192, § 3º, da CF não é auto-aplicável, enfatizando a inocorrência do anatocismo e, em se-

gundo plano, defendendo a sua legalidade. Reputa corretos os valores lançados na conta corrente da autora, e postula a utilização da TR, em vez do IGPM, como índice de correção monetária. Acrescenta, ainda, que o período de janeiro de 1994 a maio de 1998 compreende contratos extintos, dos quais já se beneficiou a autora, pelo que impraticável agora a sua revisão.

Com as contra-razões, subiram os autos a este grau de jurisdição.

É o relatório.

A pretensão deduzida nestes autos visa à revisão de contratos bancários, cujos instrumentos não se encontram nos autos.

Todavia, são documentos indispensáveis à propositura da ação, porque consubstanciam a prova do "próprio fato título da demanda" di-lo J. J. Calmon de Passos (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, 8ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1998, pág. 166).

Na resposta, o réu assinalou o fato de não haverem sido acostados pelo autor, tendo este, na réplica, requerido ao Magistrado que ordenasse àquele a respectiva juntada, enfatizando que os detêm.

Apesar de o Dr. Juiz de Direito ter entendido que eram prescindíveis para a composição do litígio e emitido o provimento judicial, para este órgão fracionário não são, por reputá-los in-

dispensáveis e entender que sua ausência obsta ao exame do mérito do pedido.

Após discorrerem acerca do que sejam documentos indispensáveis, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery arrolam exemplos elucidativos, dentre os quais expressamente mencionam: "...d) ação desconstitutiva (de anulação, rescisão etc.) de contrato escrito: o instrumento do contrato..." (grifo nosso) (Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, pág. 568, nota 2 ao art. 283).

Em face disso, à luz do preceituado no art. 130 do Código de Processo Civil, e com fulcro no art. 116 do Regimento Interno desta Corte, a Câmara converteu o julgamento em diligência, ordenando ao réu que proceda à juntada aos autos de cópias autenticadas dos contratos celebrados com o autor, no prazo de dez (10) dias.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 24 de abril de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente, com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.016533-4, DE BLUMENAU**Relator: Des. Mazoni Ferreira**

Apelação cível. Pensão alimentícia. Cerceamento de defesa em face da não-ouvida de testemunha arrolada pelo alimentante. Inocorrência. Fatos já comprovados por documentos. Decisão que não produz coisa julgada. Possibilidade de revisão sempre que houver modificação da situação financeira das partes. Pretendida minoração da verba alimentícia. Aumento das necessidades dos alimentandos. Possibilidade do alimentante. Exegese do art. 401 do Código Civil. Princípio da proporcionalidade na fixação dos alimentos. Art. 400 do Código Civil. Pedido julgado parcialmente procedente. Sentença confirmada. Recurso desprovido.

Comprovados o aumento das necessidades dos alimentandos e a possibilidade de pagamento do devedor, torna-se imperiosa a majoração da pensão alimentícia anteriormente fixada.

Não importa em cerceamento de defesa a dispensa de prova oral se os fatos alegados estão plenamente comprovados por documentos.

As decisões que fixam alimentos não fazem coisa julgada, podendo ser revistas a qualquer tempo, desde que demonstrada a modificação na situação financeira dos interessados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.016533-4, da comarca de Blumenau (Vara da Família, Infância, Juventude e Registros Públicos), em que é apelante J. S. e apelada M. V. S.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da Vara da Família, Infância, Juventude e Registros Públicos da comarca de Blumenau, M. V. S., representando seus filhos G. C. S. S. e M. A. S. S., promoveu ação revisional de alimentos contra J. S., ob-

jetivando a majoração da quantia paga a título de alimentos, asseverando que pelo acordo celebrado em ação de separação judicial foi pactuado que o demandado arcaria com pensão alimentícia em favor dos filhos no valor de Cr\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos cruzeiros). Posteriormente, em ação revisional de alimentos, acordaram que a pensão seria no percentual de 10% dos rendimentos do demandado.

Informou que o demandado está trabalhando na empresa Eletrosul, percebendo boa remuneração mensal, não necessitando pagar aluguel, enquanto que as necessidades dos filhos têm aumentado, pois a filha estuda em Florianópolis, cursando Fisiote-

rapia na Udesc, paga aluguel, condomínio, luz e frequenta curso de computação, e o filho está terminando o segundo grau, cursa o pré-vestibular, sendo que as mensalidades são respectivamente R\$ 180,00 (cento e oitenta reais) e R\$ 160,00 (cento e sessenta reais), requerendo, portanto, a elevação da pensão para 30% dos vencimentos percebidos pelo demandado.

Na contestação, o réu argüiu em preliminar a coisa julgada. No mérito aduziu que a autora não comprovou que houve mudança em sua fortuna, suficiente para justificar a majoração da verba alimentar. Alegou ainda que constituiu nova família, esposa e filha, sendo que esta estuda em colégio cuja mensalidade é de R\$ 399,00, além de contribuir mensalmente com R\$ 100,00 para a sua irmã que cuida de seu pai que se encontra totalmente senil, sendo dependente fisicamente e necessitando de cuidados e medicamentos.

A autora impugnou a contestação.

Afastada a preliminar de coisa julgada, foi realizada audiência de instrução e julgamento, na qual as partes apresentaram suas alegações finais.

O Dr. Promotor de Justiça opinou pela procedência parcial da ação.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito julgou parcialmente procedente a ação, condenando o demandado ao pagamento da pensão alimentícia em favor dos filhos no patamar de 20% sobre os seus rendimentos, abstraindo apenas os descontos legais de INSS e IRRF, a serem incluídos em folha de pagamento.

Irresignado, o vencido apelou tempestivamente, argüindo em preliminar o cerceamento de defesa, diante do indeferimento da ouvida de testemunha arrolada na peça contestatória, e ainda a existência de coisa julgada, tendo em vista a verba alimentícia ter sido fixada em acordo judicialmente homologado, inviabilizando alteração unilateral. No mérito, alega que o principal requisito para a propositura da presente ação é a mudança para melhor na situação econômica do alimentante, o que, no seu caso, não ocorreu, pelo contrário, constituiu nova família, o que aumentou seus gastos. Pugnou ao final pela reforma do decisum.

O recurso foi contra-arrazado.

O Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Os autos ascenderam, e pela douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se o Dr. José Francisco Hoepers pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto por J. S. nos autos da ação revisional de alimentos promovida por M. V. S., representando seus filhos G. C. S. S. e M. A. S. S., inconformado com a decisão que julgou parcialmente procedente o pedido da autora, condenando-o ao pagamento de pensão alimentícia no percentual de 20% sobre os seus rendimentos.

A preliminar de cerceamento de defesa em razão do indeferimento da ouvida da testemunha arrolada pelo apelante na contestação não merece ser acolhida, pois desde que presentes todos os elementos que autorizam o juiz, diante de sua convicção pes-

soal, a entregar a tutela jurisdicional, prescinde-se a dilação probatória e inocorre o cerceamento de defesa.

Demais, as partes trouxeram aos autos vários documentos e tiveram a oportunidade de apresentar as provas que se fizessem necessárias para o deslinde da quaestio, sendo dispensável a ouvida da alegada testemunha que nada iria influenciar na decisão.

O art. 400 do CPC, parte final, outrossim, reza que: “o juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I — já provados por documento”.

Nesse sentido:

“Não existe cerceamento de defesa pela dispensa de prova oral se esta nada acrescenta, sendo suficiente para o deslinde da controvérsia a prova documental dos autos” (Ap. Cív. n. 35.162, de Itajaí, rel. Des. João José Schaefer, publicada no DJE de 31/1/91).

Quanto à alegação de coisa julgada, igualmente não procede a insurgência do apelante, pois, conforme dispõe o art. 15 da Lei n. 5.478/68, “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados”. Da mesma forma, os arts. 400 e 401 do CC prevêem a possibilidade de modificação do quantum alimentar, obedecido, sempre, o binômio necessidade/possibilidade.

Então, tratando-se de alimentos, o juiz não está sujeito ao princípio da estrita legalidade, podendo fixá-los de acordo com sua particular convicção e até em valor superior ao pleiteado, quando entender necessário. Yussef Said Cahali, em sua obra “Dos

Alimentos”, pág. 531, Ed. RT, 1987, ensina:

“Nas ações de alimentos, as sentenças são de índole dispositiva ou determinativa, podendo o juiz decidir segundo as circunstâncias ou segundo a equidade por estar revestido em certa medida de um poder discricionário; o que ocorre porque as prestações de alimentos são dívidas de valor e não de quantia certa, onde o adimplemento da obrigação não se resolve com a entrega de um mero quantum, mas, sim, de um quid”.

Por oportuno:

“Não produz efeitos de coisa julgada a decisão acerca de pensão alimentícia, podendo ser revista a qualquer tempo, na medida da necessidade do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada” (Apelação Cível n. 97.000166-5, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar, Quarta Câmara Civil, j. 13/5/99).

“Alimentos — Pensão alimentícia — Decisão que não produz coisa julgada material — Possibilidade de revisão sempre que houver alteração da situação fática das partes — Perda da disponibilidade financeira pelo alimentante — Exoneração admissível — Aplicação dos arts. 400 e 401 do CC.

“A decisão proferida em ação de alimentos não produz os efeitos da coisa julgada material, podendo ser revista sempre que a situação fática envolvendo as partes sofra alteração...” (RT 629/103).

Perfeitamente cabível a revisão dos alimentos porque houve mudança na situação econômica dos apelados. Apesar dos esforços despendidos pela mãe dos apelados, que também

exerce atividade remunerada, a fim de auxiliar na manutenção da prole, a renda familiar não é mais suficiente para cobrir as despesas, vez que os apelados encontram-se em idade em que têm maiores gastos. A majoração dos alimentos é medida necessária e urgente pois já se passaram dezessete anos do acordo homologado — 22/7/84 (fls. 33/34), época em que os alimentandos eram menores, com 5 e 7 anos de idade.

Compulsando os autos, constata-se que o apelante pode perfeitamente arcar com a majoração da pensão alimentícia, pois percebe mensalmente um total bruto de mais de R\$ 2.300,00 (fls. 76/78), paga consórcio no valor de R\$ 279,98 (fl. 102), que restou plenamente quitado em novembro de 1998, e mensalidade escolar da filha advinda da nova união conjugal no valor de R\$ 399,00 (fl. 102).

Por outro lado, a pensão fixada aos apelados, dois filhos de seu primeiro casamento, mostra-se irrisória no valor de R\$ 185,00, mais precisamente R\$ 92,50 para cada um deles. Quantia nem sequer suficiente para as despesas escolares dos alimentandos, já que a filha cursa a faculdade de Fisioterapia na Udesc em Florianópolis, paga aluguel, condomínio, luz, freqüente curso de computação, além de ter despesas com alimentação, vestuário, médico, dentista, e outros gastos rotineiros de qualquer adolescente; e o filho está terminando o segundo grau e cursa pré-vestibular.

Consoante a norma ínsita no art. 400 do Código Civil, “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos re-

ursos 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 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” (Código Civil Anotado, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, pág. 361).

Nesse sentido o mestre Yussef Said Cahali:

“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 descendente, 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” (ob. cit., pág. 557).

In casu, o apelante não logrou êxito em demonstrar que não tem con-

dições de arcar com o valor da prestação alimentícia fixada.

Ora, consoante o disposto no artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, incumbe o ônus da prova ao réu, quando se referir a fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Portanto cabe ao apelante provar sua dificuldade financeira de forma incontestável, para que seja demonstrada em juízo a impossibilidade de pagamento da pensão alimentar fixada na sentença.

Nesse sentido Nelson Nery Júnior leciona:

“O réu deve provar aquilo que afirmar em juízo, demonstrando que das alegações do autor não decorrem as conseqüências que pretende. Ademais, quando o réu excepciona o juízo, nasce para ele o ônus da prova dos fatos que alegar na exceção, como se autor fosse (reus in exceptione actor est)” (in Código de Processo Civil Comentado, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, pág. 615, item II: 9).

Diante desses fatos, impõe-se a majoração da pensão alimentícia fixada no patamar de 10% para 20% dos rendimentos do demandado, excluídos apenas os descontos legais de INSS e IRRF, vez que presentes os requisitos para a majoração.

O fato de o alimentante ter constituído nova família e pagar colégio particular para a filha advinda da nova união, quantia superior ao dobro do que vem pagando aos apelados, não o afasta da obrigação de rever a pensão devida a estes últimos. Ao contrário, com o tratamento igualitário previsto no art. 5º da Carta Magna, o argumento serve para reforçar a ne-

cessidade de revisão do valor acordado judicialmente, totalmente insuficiente para a manutenção de dois adolescentes em fase de instrução superior.

A propósito:

“Ninguém poderá justificar-se para o não-cumprimento de uma obrigação legal, como a de prestar alimentos ao filho, conforme a necessidade do mesmo e as suas próprias possibilidades, com o fato de haver constituído nova família e, assim, exacerbadamente onerado” (RT 392/182).

“Alimentos — Revisão — Aumento das necessidades de quem os recebe — Alimentante que constitui nova família — Circunstância que não impede a revisão — Pedido procedente.

“Se o alimentante resolveu constituir nova família, não se pode valer desta nova situação para se eximir da obrigação alimentar anterior.

“Comprovado o aumento das necessidades do receptor dos alimentos e a possibilidade de pagamento do devedor, irrecusável o deferimento da revisão pretendida” (Ap. Cív. n. 45.970, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Sérgio Roberto Baasch Luz, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Francisco Hoepers.

Florianópolis, 17 de maio de 2001.

Mazoni Ferreira,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 01.006159-7, DE CHAPECÓ**Relator: Des. Mazoni Ferreira**

Acidente do trabalho. Lesões na perna esquerda. Auxílio-acidente. Conclusões periciais que afastam qualquer comprometimento da saúde ou debilidade do obreiro. Inexistência de redução da capacidade laborativa. Benefício indevido. Prova pericial. Indeferimento. Ausência de insurgimento no momento adequado. Preclusão ocorrida. Cerceamento de defesa inexistente. Honorários periciais. Beneficiário da assistência judiciária. Isenção de pagamento. Art. 3º, V, da Lei n. 1.060/50. Recurso parcialmente provido.

De acordo com a legislação acidentária vigente, o benefício do auxílio-acidente só é devido quando após a consolidação das lesões, oriundas de infortúnio laborativo, resultarem seqüelas que impliquem sobremaneira na capacidade funcional do obreiro.

Não havendo nos autos prova da efetiva redução da capacidade funcional do obreiro, tendo inclusive a perícia médico-judicial confirmado a aptidão para o exercício de sua profissão, o benefício ora postulado não pode ser deferido.

“Deixando a parte de insurgir-se contra o indeferimento da perícia no primeiro momento em que teve oportunidade de falar nos autos, sujeitou-se aos efeitos da preclusão temporal, não podendo pretender a desconstituição do decisum sob o argumento de que teve cerceado o seu direito de defesa” (Ap. Cív. n. 96.005929-6, de Abelardo Luz, rel. Des. Eder Graf).

O beneficiário da assistência judiciária gratuita está isento do pagamento dos honorários periciais, segundo o disposto no art. 3º, inciso V, da Lei n. 1.060/50.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.006159-7, da comarca de Chapecó (Vara da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho), em que é apelante João Pedro Pavão e apelado o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS:

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

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Aciden-

tes do Trabalho da comarca de Chapecó, João Pedro Pavão promoveu, em julho de 1999, ação de acidente de trabalho em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, visando à concessão de auxílio-acidente, alegando, para tanto, ter sido vitimado, em 24/1/1990, por acidente do trabalho que lhe causou ferimentos de grandes proporções na perna esquerda, os quais deixaram seqüelas que diminuíram sua capacidade laborativa.

Citado, o INSS apresentou contestação, argüindo em preliminar a prescrição quinquenal. No mérito, asseverou que não houve redução da capacidade funcional do segurado que justifique a concessão do benefício postulado.

Após formulação de quesitos pelas partes, foi apresentado o laudo pericial.

As partes apresentaram suas alegações finais.

O Dr. Promotor de Justiça opinou pela improcedência da ação.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento dos honorários do perito.

Irresignado, o autor apelou tempestivamente, argüindo em preliminar o cerceamento de defesa, uma vez que não foi oportunizada a realização de novo exame pericial. No mérito sustentou, em síntese, que possui seqüelas do acidente laboral, fazendo jus ao benefício postulado. Ressaltou, por fim, que por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita não pode ser condenado ao pagamento de honorários periciais.

O recurso foi contra-arrazoado.

O Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Os autos ascenderam, e pela douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se o Exmo. Sr. Dr. Dálcio Moser pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por João Pedro Pavão, irresignado com a decisão que julgou improcedente o pedido de obtenção do benefício auxílio-acidente, proferida nos autos da ação de acidente de trabalho proposta em face do Instituto Nacional do Seguro Social.

A preliminar suscitada pelo apelante não merece ser acolhida.

Alega que foi cerceado o seu direito de produzir provas a fim de garantir o seu direito à concessão do benefício, devendo para tanto ser decretada a nulidade da decisão apelada.

Ocorre que da decisão (fl. 55), na qual foi indeferido o seu pedido, o apelante não interpôs o recurso cabível, restando portanto agora precluso o seu direito, sendo defeso rediscutir, no curso do processo, questões já decididas, a cujo respeito operou-se a preclusão.

A respeito, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery esclarecem:

“A preclusão indica perda da faculdade processual, pelo seu não uso dentro do prazo peremptório previsto pela lei (preclusão temporal), ou pelo fato de já havê-la exercido (preclusão consumativa), ou, ainda, pela prática de ato incompatível com aquele que se pretende exercitar no processo (preclusão lógica)” (in CPC Comenta-

do e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 686).

É da jurisprudência deste So-
dalício:

“Prova pericial — Indeferimento
— Ausência de insurgimento oportuno
— Preclusão — Cerceamento de de-
fesa inexistente.

“Deixando a parte de insur-
gir-se contra o indeferimento da perí-
cia no primeiro momento em que te-
ve oportunidade de falar nos autos,
sujeitou-se aos efeitos da preclusão
temporal, não podendo pretender a
desconstituição do decurso sob o ar-
gumento de que teve cerceado o seu
direito de defesa” (Apelação Cível n.
96.005929-6, de Abelardo Luz, rel.
Des. Eder Graf, j. 17/9/96).

“Processo civil — Preclusão —
Efeitos.

“A preclusão temporal implica
no fechamento de etapa do processo
e impedimento de regresso à etapa ou
momento processual já extinto ou
consumado; por isso, cabe à parte a
alegação de prejuízo na primeira
oportunidade em que falar nos autos,
sob pena de ficar convalescido mes-
mo o ato imperfeito” (Apelação Cível
n. 48.433, de Sombrio, rel. Des. Nilton
Macedo Machado).

Demais, não é justificável a rea-
lização de nova perícia pelo simples
fato de a primeira ser contrária às ale-
gações do autor; para tanto é neces-
sário haver indícios suficientes da im-
prestabilidade do laudo pericial, o que
não ocorre nos autos.

Para a concessão do benefício
acidentário pleiteado, mister que o
obreiro comprove a efetiva redução

de sua capacidade funcional, exigida
pelo art. 86 da Lei n. 8.213/91, com as
alterações posteriores das Leis ns.
9.032/95 e 9.528/97, que estabelece:

“O auxílio-acidente será conce-
dido, como indenização, ao segurado
quando, após a consolidação das le-
sões decorrentes de acidente de qual-
quer natureza, resultarem seqüelas
que impliquem redução da capacida-
de para o trabalho que habitualmente
exercia”.

O laudo médico pericial constata-
ou que não há no Rx evidências de
fraturas consolidadas ou não (fl. 46,
quesito A/1), e que ao exame físico a
capacidade do membro inferior es-
querdo (joelho, tornozelo e perna) es-
tá dentro dos parâmetros da normali-
dade, e simétricos ao outro lado (fl.
46, quesito A/2).

Atestou o perito judicial que sob
o ponto de vista ortopédico não há ne-
cessidade de despendar maior esfor-
ço físico para o exercício da mesma
atividade (fl. 46, quesito A/3), e que o
acidente ou suas seqüelas não com-
prometeram os nervos e os músculos
da perna (fl. 47, quesito 2).

Esclareceu o expert que após o
acidente o segurado apresenta a mes-
ma sensibilidade e força muscular da
perna atingida (fl. 47, quesito 3), e que
deambula normalmente (fl. 47, quesito
4).

Portanto, resta evidente pelos
laudos técnicos apresentados que a
lesão portada pelo segurado não acar-
reta prejuízo para o exercício de seu
trabalho, podendo inclusive exercer
suas atividades laborativas normal-
mente.

Tupinambá Miguel Castro do
Nascimento esclarece:

“É elemento componente da conceituação do acidente do trabalho a ocorrência de lesão corporal ou perturbação funcional que resultem em morte, em incapacidade total definitiva ou temporária ou em redução de capacidade. Não se repara, infortunisticamente, o simples dano objetivamente visto; sim aquele que, repercutindo na atividade laboral, ocasione a morte, ou perda, ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho” (Comentários à Lei de Acidente do Trabalho, Aide, 5ª ed., 1984, págs. 52/53).

Comprovado pelas perícias médicas que a lesão apresentada pelo obreiro não reduz sua capacidade laborativa, que é o requisito indispensável para a concessão do benefício, e não havendo prova em sentido contrário, o benefício pleiteado não pode ser concedido.

Por oportuno colacionam-se precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

“Ação acidentária. Lesão em quirodáctilo. Aplicação do art. 86 da Lei n. 8.213/91, com as modificações posteriores da Lei n. 9.032/95. Inexistência de redução da capacidade laborativa. Benefício indevido.

“De acordo com a legislação vigente, o benefício auxílio-acidente somente é devido quando, após a consolidação das lesões provenientes de acidentes de qualquer natureza, o segurado tenha sua capacidade funcional reduzida. Recurso desprovido” (Apelação Cível n. 00.005062-8, de Criciúma, rel. Des. Silveira Lenzi, Terceira Câmara Civil, j. 16/5/2000).

“Acidente de trabalho — Trabalhador rural braçal — Conclusões peri-

ciais que afastam qualquer comprometimento da saúde ou debilidade do obreiro — Incapacidade não comprovada — Auxílio-acidente indevido — Apelo desprovido.

“A concessão de benefício infortunistico deve estar calçada em prova técnica específica (perícia-médica) que ateste o desfalque laboral do obreiro, vinculado com o desempenho de suas funções laborais. Não tendo restado respaldado nos autos, tais pressupostos, incabível a reparação infortunistica a título de males da coluna lombar que podem ter origem extralaboral mas estas condições podem atuar como fator de agravamento, descartando a perícia médica, esta última possibilidade, não há que se falar em reparação infortunistica” (Apelação Cível n. 00.006355-0, de Lages, rel. Des. Anselmo Cerello, Segunda Câmara Civil, j. 1º/6/2000).

“Ação acidentária — Lombalgia — Ausência de prova da redução da capacidade laborativa — Auxílio-acidente indevido — Reexame necessário e apelo — Provimento.

‘Inexistindo prova da redução da capacidade laborativa do obreiro, tendo a perícia, inclusive, afirmado que está apto para o exercício de qualquer profissão, não há como lhe conceder o auxílio-acidente ou qualquer outro benefício infortunistico’ (Apelação Cível n. 43.799, Des. José Macedo Neto)” (Apelação Cível n. 99.022272-1, de Criciúma, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, Primeira Câmara Civil, j. 20/6/2000).

Sendo assim, conclui-se não ser devido o benefício previdenciário pleiteado pelo autor por falta de requisito básico para a sua concessão.

Quanto à condenação do autor ao pagamento dos honorários periciais, merece reparo a decisão em razão de ser ele beneficiário da assistência judiciária gratuita, e o art. 3º, V, da Lei n. 1.060/50, dispõe:

“Art. 3º A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

(...)

“V — dos honorários de advogado e peritos”.

Por outro lado, dispõe o § 2º do art. 8º da Lei n. 8.620/93 que:

“Art. 8º O Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, nas causas em que seja interessado na condição de autor, réu, assistente ou oponente, gozará das mesmas prerrogativas e privilégios assegurados à Fazenda Pública, inclusive quanto à inalienabilidade e impenhorabilidade de seus bens.

(...)

“§ 2º O INSS antecipará os honorários periciais nas ações de acidente de trabalho”.

Portanto, o INSS é o responsável pela antecipação dos honorários periciais em qualquer caso, ainda que não a tenha requerido, uma vez que a lei não faz qualquer condicionamento ao seu requerimento.

Demais, é o autor beneficiário da assistência judiciária gratuita, fato este que obriga o órgão ancilar a antecipar os honorários periciais, uma vez que “o beneficiário de gratuidade de justiça, isento das despesas judiciais, não está obrigado a depositar quantia para remuneração do perito, cujos honorários serão suportados, seja pela autarquia, se vencida, seja pelo Estado, ao qual incumbe prestar assistên-

cia judiciária aos necessitados” (Ag. 56.444 — SP, TRF, 1ª T., j. 25/5/98).

Por oportuno:

“Processual civil. Honorários de perito. Antecipação do depósito pelo INPS.

“I. O pagamento dos honorários de perito cabe à parte que houver requerido o exame, conforme dispõe o art. 33 do CPC.

“II. Contudo, se a parte que requereu o exame for beneficiária da gratuidade da justiça, será dispensada do respectivo encargo, caso seja sucumbente no processo (art. 11 da Lei n.1.060/50)” (TFR, AG n. 0056131—RJ, rel. Min. Carlos Thibau, 1ª Turma, j. 29/4/1988, in DJ 2/6/88 pág.13.402).

“Previdenciário e processual civil. Honorários periciais. Beneficiário da assistência judiciária.

“1. O beneficiário da assistência judiciária está isento do recolhimento dos honorários periciais (art. 3º, V, da Lei n. 1.060/50).

“2. Recurso provido” (TFR, Ag. 0057979—SP, rel. Min. Jesus Costa Lima, 2ª Turma, j. 20/9/1988, in DJ 31/10/88).

O Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

“Processo civil. Honorários de perito. Assistência judiciária gratuita.

“Os honorários do perito judicial, nas ações que tramitam sob o pálio da assistência judiciária, devem ser pagos pelo vencido, a final, ou pelo Estado, responsável pela prestação de assistência judiciária gratuita, nos termos do art. 5º, LXXIV, da CF/88. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 80510/RS, rel. Min. Gil-

son Dipp, Quinta Turma, j. 2/3/99, DJ 29/03/1999, pág. 198).

Isso posto, dá-se parcial provimento ao recurso para isentar-se o apelante do pagamento dos honorários periciais.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Sérgio

Roberto Baasch Luz, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Dálcio Moser.

Florianópolis, 17 de maio de 2001.

Mazoni Ferreira,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.002757-0, DE BLUMENAU

Relator: Des. Volnei Carlin

Ação de cobrança — Nulidade da licitação e dos procedimentos administrativos — Prestação de serviços por particular — Irrelevância quanto ao dever da administração de adimplir suas obrigações.

O fato de não terem sido observadas as formalidades legais para a contratação por parte do Poder Público revela, tão-somente, que houve falha sua a esse respeito, o que não tem o condão de eximi-lo do dever de cumprir suas obrigações dali decorrentes.

Logo, isentar o Município do pagamento de determinado serviço pelo fato de não terem sido observadas formalidades essenciais na contratação seria o mesmo que admitir que o Ente Público pode tirar proveito de sua própria torpeza, que resultaria, indubitavelmente, no seu enriquecimento ilícito.

Ação de cobrança — Diversos contratos — Conexão e continência — Irrealizável ante os arts. 103 e 104, CPC.

Não se pode reconhecer a conexão ou a continência pretendidas entre diversas ações, uma vez que cada qual se funda em contratos diferentes.

Além disso, já foi objeto de decisão interlocutória sem a interposição, oportuno tempore, do recurso cabível, configurando-se, assim, a preclusão. Deve prevalecer, deste modo, a teoria da busca do resultado da lide.

Ação de cobrança — Cerceamento de defesa — Não ocorrência — Juiz é o árbitro da conveniência da produção das provas e, ao

mesmo tempo, destinatário destas.

Legitimamente notório o julgamento, não deturpando nenhum standard processual, uma vez que o juiz atendeu aos próprios interesses das partes e, notadamente, do Estado na administração da Justiça, pois o julgador se apresentou satisfeito e convicto da verdade formal dos fatos questionados, em face do juízo seguro, que emergiu com a evidência da prova coligida.

Pode-se afirmar, sem qualquer fear, que a tendência do Direito Adjetivo é simplificar os atos do processo, racionalizando-os e seguindo uma teleologia contemporânea, cumprindo ao juiz — iura novit curia — aplicá-la. In hypothesis, repita-se, os aspectos decisivos da actio encontram-se suficientemente demonstrados, tornando inócua a dilação probatória.

Portanto, como árbitro da conveniência ou não da realização das provas, o magistrado, em respeito à tendência da processualística contemporânea — simplicidade e celeridade processual —, pode dar-se por satisfeito com as provas constantes dos autos mesmo depois de tê-las deferido, inquestionavelmente. Exigir o contrário, seria ocasionar o débâcle do direito processual, com a introdução da nódua do descrédito generalizado.

Ação de cobrança — Nulidade da sentença — Decisão extra petita — Inocorrência — Pedido genérico — Observância dos limites da lide.

Se o pedido é formulado genericamente, não se pode dizer nula a sentença que condena o Município a pagar o montante delimitado por meio de perícia e tido como não pago.

Em outras palavras: tendo a postulante feito pedido genérico, irrealizável se mostra a pretendida nulidade do decisum hostilizado, pois este se limitou a julgar conforme as conclusões periciais, abrangidas, como demonstrado, pela pretensão inicial de ver quitados todos os valores não recebidos.

Ação de cobrança — Nulidade da sentença — Decisão ilícita — Impossibilidade.

Nos termos do art. 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil, se o autor tiver formulado pedido certo, não pode o juiz proferir sentença ilícita. Entretanto, quem de direito poderia le-

vantar tal proemial, a postulante, não o fez.

Ação de cobrança — Município — Prestação de serviços por particular — Prestação e pagamento parcial — Apuração do montante devido por meio de perícia — Juros moratórios — Correção de valores.

Sabe-se que, na prática, quando a matéria for mesmo de especialista, o juiz dificilmente poderá pôr de lado as conclusões do laudo.

Os serviços contratados pela Administração Pública foram prestados apenas em parte pela empresa autora e aquela não quitou totalmente a dívida, sendo devida a quantia determinada pela prova pericial.

Os juros moratórios fixados na sentença em 6% (seis por cento) ao ano foram quantificados adequadamente porque observada a determinação do art. 1.062 do Código Civil.

No tocante à correção de valores, os índices aplicáveis são aqueles determinados pela Corregedoria-Geral da Justiça (Proviemento n. 13/95 e Circular n. 32/95), o que deverá ser levado em conta no momento da liquidação de sentença.

Sucumbência recíproca — Art. 21, CPC — Proporcionalidade — Arbitramento dos honorários do causídico — Adequação — Razoabilidade — Condenação do Município em custas — Impossibilidade.

Sendo vencidos e vencedores os litigantes, o valor da condenação em honorários advocatícios se mostra razoável se fixado em quantia determinada, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, da Lei Processual Civil, consoante orientação da Câmara, sem perder de vista, ademais, a justa remuneração dos profissionais, devendo o referido valor ser distribuído proporcionalmente à sucumbência de cada qual.

Pelas mesmas razões, deve a autora suportar as custas à razão de 30% (trinta por cento), isentando-se o Município de tal ônus pela impossibilidade de sua condenação, tendo em vista o art. 35, h, da Lei Complementar Estadual n. 156/97.

00.002757-0, da comarca de Blumenau,

Vistos, relatados e discutidos | em que são apelantes e apelados, estes autos de Apelação Cível n.

simultaneamente, São Bernardo Materiais e Obras Ltda. e o município de Blumenau:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, afastar as preliminares, e, no mérito, desprover o recurso da autora e prover, em parte, o apelo do Município e a remessa, reconhecendo-se a sucumbência recíproca, e determinando a liquidação de sentença na forma do art. 604, CPC.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

São Bernardo Materiais e Obras Ltda. ajuizou ação ordinária de cobrança em face do município de Blumenau, objetivando cobrar dívida relativa à prestação de serviços prestados e resultantes em 42.013,831 OTNs.

A Municipalidade contestou o feito às fls. 51/63, suscitando, em preliminar, a nulidade dos procedimentos licitatórios e conexão e continência com outras ações de cobrança já intentadas pela autora. No mérito, argumenta que os serviços reclamados não foram executados, e se diz credora de verbas pagas indevidamente à acionante.

Processado e instruído o feito, vieram as alegações finais da demandante (fls. 622/629) e do demandado (fls. 616/620), manifestando-se o Parquet, em parecer exarado às fls. 633/645, pela improcedência do pedido da proemial.

O Magistrado a quo acolheu parcialmente a pretensão da autora (fls. 650/654), condenando o Município a pagar o equivalente a 31.994,78

OTNs, deduzido os valores correspondentes aos serviços que a demandante deixou de prestar ao Ente de Direito Público apontados na perícia, bem como ao pagamento de verba honorária em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Irresignada com a tutela jurisdicional prestada em primeiro grau, São Bernardo Materiais e Obras Ltda. recorreu, buscando a reforma do decurso em relação aos valores que foram abatidos na sentença; majoração da verba honorária; correção do crédito reconhecido na sentença na forma da Súmula 37 do TRF da 4ª Região e incidência sobre estes de atualização monetária igual à produzida pela caderneta de poupança e de juros moratórios e compensatórios (fls. 661/667).

O Município também apelou (fls. 673/691), argüindo, preliminarmente, cerceamento de defesa e nulidade da decisão por entender extra petita e ilíquida. No mérito, sustenta que o contrato de prestação de serviço é nulo porque o procedimento licitatório não observou a legislação aplicável e que houve descumprimento do pacto por parte da empresa litigante. Insurge-se, ainda, a respeito dos honorários advocatícios, asseverando ser aplicável, in casu, a norma do art. 21 do CPC. Pré-questiona a violação do art. 5º, inc. LV, da Carta Política e a ofensa aos arts. 6º e 7º do Decreto-Lei Federal n. 2.300/86.

Contra-razões do Poder Público às fls. 694/705 e da São Bernardo Materiais e Obras Ltda. às fls. 710/713.

Com o parecer do Ministério Público local (fls. 715/724) pelo acolhimento da preliminar de sentença extra petita ou provimento do recurso inter-

posto pelo Município, alçaram os autos a este egrégio Tribunal, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de dar provimento somente ao apelo da Municipalidade (fls. 731/742).

II — Voto

Ocupam-se os autos de ação de cobrança, na qual se discutem, basicamente, irregularidades na contratação e execução de serviços, uma vez que, primeiramente, não foi observado o processo licitatório, além de os serviços não terem sido efetuados conforme o pactuado.

Inicialmente, faz-se necessária a análise das preliminares levantadas pelo município de Blumenau na contestação (art. 475, II, CPC), bem como daquelas aduzidas em grau de recurso, também pelo Ente Público.

Nulidade da licitação e dos procedimentos administrativos

Segundo se infere dos autos (fls. 51/52), o município de Blumenau assevera não terem sido observadas as formalidades legais, à época prescritas pelo Decreto-Lei n. 2.300/86, pois a contratação foi feita por várias cartas-convites e não mediante concorrência pública, além disso a autora foi a única fornecedora a recebê-las.

Ora, o fato de não terem sido observadas as formalidades legais para a contratação por parte do Poder Público revela, tão-somente, que houve falha sua a esse respeito, o que não tem o condão de eximi-lo do dever de cumprir suas obrigações dali decorrentes.

Ademais, o próprio Município não contesta a realização dos servi-

ços aduzidos na inicial, limitando-se a sustentar a execução parcial dos serviços e a irregularidade da contratação.

Segundo ensina Hely Lopes Meirelles:

“Como o ato nulo não produz efeitos jurídicos válidos, também o contrato administrativo nulo não gera direitos e obrigações entre as partes, pois a nulidade original impede a formação de qualquer vínculo contratual eficaz entre os pretendos contratantes, só deixando subsistir suas consequências em relação a terceiros de boa-fé. Mas mesmo no caso de contrato nulo, pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados ou dos fornecimentos feitos à Administração, uma vez que tal pagamento não se funda em obrigação contratual, e sim no dever moral de indenizar toda obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, ainda que sem contrato ou com contrato nulo, porque o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular sem a correspondente indenização” (Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, pág. 224) (original sem grifos).

Logo, isentar o Município do pagamento de determinado serviço pelo fato de não terem sido observadas formalidades essenciais na contratação seria o mesmo que admitir que o Ente Público pode tirar proveito de sua própria torpeza, que resultaria, indubitavelmente, no seu enriquecimento ilícito.

É da jurisprudência:

“Município — Ação de cobrança por serviços e mercadorias — Falta de licitação e empenho — Irregulari-

dades que não impedem o dever de indenizar.

“Se os serviços e as mercadorias foram fornecidos em várias oportunidades não ultrapassando o limite da dispensa de licitação, a falta de empenho não ilide o dever de pagar. O Município, mesmo no caso de nulidade do contrato administrativo, se obriga a indenizar obras e serviços, pois não pode tirar proveito da atividade de terceiro sem a correspondente indenização” (Apelação Cível n. 37.138, da comarca de Braço do Norte, rel. Des. Amaral e Silva).

“Ação de cobrança — Prova da obrigação contraída — Procedência do pedido — Desprovimento da remessa necessária.

“Comprovados a prestação de serviços e o fornecimento de mercadorias ao Município, tem ele obrigação de adimpli-los. Eventual irregularidade administrativa no negócio não elide o pagamento se não há indícios de que a empresa contratada agiu de má-fé” (Ap. Cív. n. 98.007586-6, de Pinhalzinho, rel. Des. Luiz César Meireiros).

No mesmo sentido, pode-se citar: RT 141/686, 141/696, 185/720, 188/631, 242/184 e 377/175, entre outras.

Dessa forma, correta a sentença objurgada no que concerne à condenação do Município ao pagamento dos valores decorrentes da contratação, apesar da inobservância dos procedimentos licitatórios adequados (arts. 6º e 7º do então vigente Decreto-Lei n. 2.300/86), pois existe prova de que foram rompidos os limites éticos e legais que o contrato exigiu.

Conexão e continência

Esta prefacial encontra-se suscitada às fls. 53/54.

Os arts. 103 e 104 do Codex Instrumentalis cuidam da modificação da competência. Veja-se:

“Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes forem comum o objeto ou a causa de pedir.

“Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras”.

Como bem disse o Magistrado a quo, “as ações tem (sic) origem em contratos diferentes e a reunião implicaria em (sic) confusão de pedidos” (fl. 96), sendo impossível acolher a pretensão, pois ausentes os requisitos legais.

Além disso, a prefacial de conexão foi objeto de análise em decisão interlocutória (fl. 96) sem a interposição, oportuno tempore, do recurso cabível, configurando-se, assim, a preclusão. Deve prevalecer, assim, a teoria da busca do resultado da lide.

Cerceamento de defesa

In specie, a solução do problema em tela revestiu-se de maturidade decorrente da instrução do processo, uma vez que constantes dos autos perícias (fls. 126/129, 130/134 e 590/592) depoimentos testemunhais (fls. 607/609), sem contar com a vasta documentação colacionada ao longo de seus cinco volumes.

Legitimamente notório o julgamento, não deturpando nenhum standard processual, uma vez que o juiz atendeu aos próprios interesses das

partes e notadamente do Estado, na administração da Justiça, pois o Julgador se apresentou satisfeito e convicto da verdade formal dos fatos questionados, em face do juízo seguro que emergiu com a evidência da prova coligida.

Pode-se afirmar, sem qualquer fear, que a tendência do Direito Adjetivo é simplificar os atos do processo, racionalizando-os e seguindo uma teleologia contemporânea, cumprindo ao juiz — iura novit curia — aplicá-la. In hypóthesis, repita-se, os aspectos decisivos da actio encontram-se suficientemente demonstrados, tornando inócua a dilação probatória.

Por oportuno, colhe-se da doutrina:

“Em matéria de prova o poder inquisitivo do juiz é maior que em qualquer outra atividade processual. O juiz não é mero espectador da luta de partes; ele a dirige e policia, ‘determina as provas necessárias à instrução do processo’, indefere as diligências que, a seu juízo, são inúteis ou protelatórias. Conquanto o ônus da prova caiba às partes (art. 333) é o juiz que faz a seleção das requeridas e diz quais são as necessárias à instrução do processo” (Comentários ao Código de Processo Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, 2ª ed., vol. 1, pág. 402).

Veja-se o posicionamento deste egrégio Tribunal de Justiça:

“No exame da necessidade ou não da produção de determinada prova requerida, a lei processual civil confere ao magistrado condutor do processo poderes inquisitivos discricionários, posto que as provas, no ordenamento jurídico pátrio, não são dire-

cionadas aos interesses das partes litigantes, mas, essencialmente, à formação do convencimento do magistrado” (Agravo de Instrumento n. 98.015455-3, de Tubarão).

Do corpo do aresto, colhe-se o seguinte:

“E, como não se ignora, a prova destina-se, essencialmente, a formar o convencimento do magistrado, pelo que é ele quem deve aferir da necessidade de produção de provas e não a parte.

“Como observa o preclaro Moacyr Amaral Santos, o objeto da prova:

‘(...) é a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa. Visa, assim, em primeiro lugar, a verificar se os fatos afirmados são certos, ou seja, a criar a certeza quanto à sua existência. A certeza tornada inabalável, pela exclusão de todos os motivos contrários ou divergentes, se faz convicção’ (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Saraiva, n. 556, pág. 328).

“Desta forma, quando o Código de Processo Civil, em seu art. 420, parágrafo único, inciso II, determina que o juiz indeferirá a perícia quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas, diz automaticamente que, ao inverso, cabe a ele, julgador, a avaliação da prescindibilidade ou não da prova pericial”.

Portanto, como árbitro da conveniência ou não da realização das provas, o magistrado, em respeito à tendência da processualística contemporânea — simplicidade e celeridade processual —, pode dar-se por satisfeito com as provas constantes dos autos mesmo depois de tê-las deferido, inquestionavelmente. Exigir

mais, seria ocasionar o débacle do direito processual, com a introdução da nódua do descrédito generalizado. E tollitur quaestio.

Rejeita-se a preliminar de cerceamento de defesa, portanto, afastando-se qualquer afronta ao art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nulidade da sentença — decisão extra petita

Colhe-se dos autos que a autora, na inicial, formulou o seguinte requerimento:

“Apesar de cumpridas todas as formalidades legais ao procedimento, e observadas as exigências legais da espécie de contrato em apreço, com débito devidamente empenhado, a Ré não pagou o que é devido à Autora, com preterição dos créditos desta, sem qualquer explicação lógica e plausível.

“(…)

“Pelo exposto, requer se digno V. Exa. determinar a citação da Ré, na pessoa de seu representante legal, para que, querendo, pague a dívida, ou então, conteste o feito, sob pena de revelia, sendo a final julgada totalmente procedente a presente demanda ...” (fl. 3).

A sentença recorrida, por sua vez, julgou o pedido nos seguintes termos:

“Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido inaugural, para condenar o réu a pagar à autora o equivalente a 31.994,78 OTN’s, abatida a importância correspondente aos serviços que a demandante deixou de prestar ao Município, quais sejam os apontados na resposta aos

questitos 2, 2.1, 2.2 e 3 de fls. 130/131, cuja importância deverá ser apurada em liquidação de sentença” (fl. 202).

Se, embora genericamente, a autora pretende receber o que era devido e não foi quitado, não se pode dizer nula a sentença que condena o Município a pagar o montante delimitado por meio de perícia e tido como não pago.

Traz-se à baila a melhor inteligência do Superior Tribunal de Justiça aplicável ao caso sub judice:

“Processual civil. Indenização. Protesto indevido de título. Julgamento extra petita. Não-caracterização. Interpretação lógico-sistemática do pedido, a partir de uma análise global da petição inicial. Danos emergentes. Danos morais. Distinção.

“Precedente. Doutrina. Recurso desacolhido.

“I — O pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e se extrai da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, sendo de levar-se em conta os requerimentos feitos em seu corpo e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica ‘dos pedidos’.

“II — Embora não tenha constado, na espécie, pedido expresso por danos morais, toda a argumentação da petição inicial foi nesse sentido. Isso quer dizer que se extrai do pedido a pretensão de danos morais, a despeito de a autora havê-los genericamente denominado ‘danos emergentes’.

“III — Além disso, na espécie, a deficiência na formulação do pedido não acarretou prejuízo à defesa, notadamente porque a própria ré não argu-

mentou, na contestação e nem na apelação, a inépcia da inicial ou a ocorrência de julgamento fora dos limites postulados, tendo essa última questão surgido de ofício, e apenas quando do julgamento da apelação” (STJ — 4ª Turma — REsp n. 284480/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publicado no DJ de 2/4/2001, pág. 301).

Tendo a postulante feito pedido genérico, irrealizável se mostra a pretendida nulidade do decisum hostilizado, pois este se limitou a julgar conforme as conclusões periciais, abrangidas, como demonstrado, pela pretensão inicial de ver quitados todos os valores não recebidos.

Afasta-se, desta feita, tal preliminar.

Nulidade da sentença — decisão ilíquida

Reza o art. 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil:

“Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida”.

No entanto, quem de direito poderia levantar tal proemial, a postulante, não o fez.

É da jurisprudência:

“Não se deve decretar nulidade da sentença na hipótese contemplada no CPC, 459, parágrafo único, haja vista que tal pronunciamento contribuiria para retardar a prestação jurisdicional, contrariando o princípio da celeridade, principal objetivo da norma. Ademais, somente o autor poderia arguir eventual nulidade, de conteúdo relativo” (JSTJ 52/184, in Nery Junior, Nelson. Código de Processo Civil Comentado e legislação proces-

sual civil extravagante em vigor. 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 907). Vide, neste norte, STJ — 4ª Turma, REsp n. 145.246/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; STJ — 4ª Turma, REsp n. 32.674-0/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; STJ — 1ª Turma, REsp n. 158.201/RJ, rel. Min. Garcia Vieira e STJ — 3ª Turma, REsp n. 12.792/PR, rel. Min. Dias Trindade.

Logo, tal pretensão, também, não merece guarida.

Afastadas as preliminares, passa-se ao exame do *meritum causae*.

Ab initio, salutar que algumas considerações acerca da natureza do exame pericial sejam feitas, pois direito desacompanhado de prova é como se não existisse: *idem est non esse et non probari*.

Colhe-se o *schólion* doutrinário:

“A análise levada a efeito pelos modernos processualistas mostrou que o perito é um auxiliar do juiz, para colaborar no exame de coisas ou pessoas, quando faltarem a este conhecimentos técnicos para isso. A rigor, teoricamente falando, deveria o próprio juiz fazer esse exame; mas as circunstâncias já indicadas o levam a recorrer ao auxílio de pessoa mais entendida no assunto, a qual relatará o que viu e apresentará suas conclusões ao magistrado.

“Por estes motivos é que o Código, seguindo a legislação anterior, coloca o perito como auxiliar da justiça” (BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, pág. 448).

Ainda de outro reconhecido *connaissanceur de direito*:

“Como normalmente o juiz possui conhecimentos jurídicos, quando o esclarecimento do fato probando depender de conhecimento técnico em outra área, o juiz pode servir-se de auxiliar especialista na matéria. Mas, mesmo que o juiz tenha conhecimentos técnicos em determinada área do conhecimento que não seja a do direito, deve ser assistido por perito especializado na matéria, para o esclarecimento do fato probando” (Nery Junior, Nelson. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pág. 629).

Em conformidade com a prova pericial produzida no decorrer da instrução (fls. 130/134 e fotografias anexas, fls. 135/143), os serviços contratados pela Administração Pública foram prestados apenas em parte pela empresa autora, senão vejamos:

“Foi constatado (sic) a existência das obras totais, referentes aos convites 1-149/88 e 1-185/88 (...), sendo que os convites 1-204/88 e 1-210/88 foram executados parcialmente, conforme especificado nos itens a seguir.

“...as obras de instalação elétrica (troca de fiação do ginásio) e instalação de rede hidráulica de prevenção contra incêndio (...) foram executadas parcialmente.

“(...)

“Na instalação elétrica, foi trocado (sic) apenas parcialmente a fiação, visto que na verificação realizada no ginásio encontramos marcas das enchentes de 1983/84 em parte da fia-

ção (foto 3), deixando evidente que as mesmas não foram substituídas em 1988.

“(...)

“No local foram encontradas caixas de inspeção da rede elétrica ao nível do piso sem tampa de proteção, deixando a fiação à vista (foto 5), o que está fora das normas.

“A tubulação de espera para a proteção contra incêndio, também não seguiu o preconizado pelas normas do corpo de bombeiros, pois foi executado em tubos de PVC (foto 4), enquanto a exigência do órgão é o tubo de ferro galvanizado.

“Também a quantidade de pontos de hidrantes está insuficiente de acordo com as normas, sendo que nas arquibancadas não existe nenhum ponto para hidrante.

“...Alguns itens (sic) estão em desacordo com os padrões vigentes, como parte da instalação elétrica e a rede hidráulica de prevenção contra incêndio.

“(...)

“Analisando os convites juntamente com os Relatórios de obra do engenheiro Roberto de Souza Beduschi e as verificações feitas no local, constatamos que as obras foram realizadas apenas parcialmente, já que as instalações elétricas e de incêndio não foram executadas totalmente.

“Assim sendo, fica claro que as pretensões da Ré não foram satisfeitas totalmente.

“...não encontramos no local os rodapés junto as (sic) muretas de proteção das escadas que dão acesso aos vestiários (foto 6).

“(...)

"Na vistoria feita no local, as fiações junto aos quadros intermediários de distribuição ainda apresentam marcas das enchentes de 1983/84 (foto 3), deixando evidente que estes dois itens (sic) não foram substituídos totalmente.

"(...)

"Segundo informações fornecidas pelo engenheiro civil Roberto de Souza Beduschi, as luminárias da quadra polivalente não foram substituídas. Somente foram instaladas e substituídas luminárias junto aos corredores de acesso aos vestiários, na entrada principal do ginásio e nos sanitários (foto 7).

"...A rede hidráulica de prevenção contra incêndio não foi ligada ao reservatório.

"Implantada parcialmente a rede de proteção contra incêndio, inclusive com sua ligação definitiva até o novo reservatório de água.

"Apenas foi instalada uma rede hidráulica com espera para hidrantes na área dos vestiários — 2 (dois) pontos nos corredores, sendo que esta instalação foi executada totalmente fora dos padrões e normas do corpo de bombeiros (foto 4), e não foi feita a ligação com reservatório.

"(...)

"Substituição parcial das calhas coletoras:

"Executada a substituição de aproximadamente 40% das calhas.

"Os dutos coletores não foram substituídos.

"Colocação de testeiras:

"As testeiras existentes na cobertura do ginásio são de ferro galva-

nizado e não de alumínio como consta do relatório do engenheiro fiscal.

"...os serviços relativos a (sic) instalação de proteção contra incêndio não estão de acordo com as normas do corpo de bombeiros, assim como parte da instalação elétrica também está em desacordo com as normas, pois alguns fios elétricos estão totalmente aparentes, enquanto as normas de segurança exigem que os fios estejam embutidos em eletrodutos".

Sabe-se que, na prática, quando a matéria for mesmo de especialista, o juiz dificilmente poderá pôr de lado as conclusões do laudo (Magalhães, Humberto Piragibe. Prova em processo civil. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, pág. 83).

Desse modo, tendo em vista que a sententia (fl. 653, in fine) reconheceu que o município de Blumenau deve ressarcir a empresa autora pelos serviços prestados e materiais despendidos — descontados os pagamentos parciais efetuados na época e os serviços não efetivados, o que se fará em liquidação de sentença — correta a procedência parcial do pedido, porque perfeitamente adaptada às conclusões do perito.

Colhe-se da indigitada perícia:

"Efetivamente, dos números apresentados na inicial pela Autora, no tocante a seu crédito, constante de fls. 3 (1º volume), devem ser abatidos os valores pagos pela Prefeitura, devidamente demonstrados às fls. 15; 28 (ou 311 do 1º volume ou 126 do 3º volume); 37 (ou 263 do 1º volume ou 141 do 3º volume); 46 (ou 240 do 1º volume ou 153 do 3º volume).

"5. Por isso, constata-se que:

"a) da 2ª Etapa, no valor de 10.853,63 OTN's, foi paga a importância de 2.087,30 OTN's, havendo um saldo de 8.766,33 OTN's;

"b) da 3ª Etapa, no valor de 9.300,99 OTN's, foi paga a importância de 2.504,76 OTN's, havendo um saldo de 6.796,23 OTN's;

"c) da 4ª Etapa, no valor de 10.857,09 OTN's, foi paga a importância de 2.922,22 OTN's, havendo um saldo de 7.934,87 OTN's;

"d) da 5ª Etapa, no valor de 11.002,11 OTN's, foi paga a importância de 2.504,76 OTN's, havendo um saldo de 8.497,35 OTN's;

"5.1 O saldo devedor, pois, importa no total de 31.994,78 OTN's" (fl. 591).

E, por último, *last but not least*, quem alega deve provar (art. 333, CPC). Entretanto, em favor das alegações feitas pela Administração Pública há presunção relativa de veracidade, que pode ser desconstituída, tão-só, mediante prova em contrário. In casu, restou comprovado, pelos citados laudos periciais, que a postulante prestou em parte os serviços contratados pelo Poder Público e que este, também parcialmente, repassou os valores acertados.

A autora apelante, enfim, não pode alegar haver outra diferença em seu favor, pois, a existência, obrigatoriamente, deveria ser acompanhada de prova segura. Como nada comprovou além daquilo que havia sido reconhecido pela sentença, limitando-se, apenas, a alegações, sua pretensão recursal não pode prosperar.

Logo, a sentença julgou conforme a prova dos autos, não merecendo

sofrer alterações quanto à condenação do Município ao pagamento de 31.994,78 OTN's (fl. 654), uma vez que se assentou, também, num substratum jurídico atual e coerente.

Consigne-se que a alegação da autora de ter sido o Ginásio Galegão atingido pela enchente de maio de 1992 e não pela de 1983/84 (fl. 663) não deve receber guarida, eis que a perícia que afirma o contrário do pretendido pela demandante ocorreu em fevereiro de 1992, ou seja, antes da segunda enchente (vide fl. 132).

Quanto aos juros moratórios fixados na sentença em 6% (seis por cento) ao ano, diga-se que foi acertada tal quantificação, porque observada a determinação do art. 1.062 do Código Civil. Além disso, o pedido da apelante (fl. 666) baseia-se na Súmula 12 do Superior Tribunal de Justiça, a qual se refere à desapropriação. Diga-se, ainda, que não há previsão legal para tanto.

No tocante à correção de valores, melhor sorte não socorre à autora apelante, pois os índices aplicáveis são aqueles determinados pela Corregedoria-Geral da Justiça (Provimento n. 13/95 e Circular n. 32/95), o que deverá ser levado em conta no momento da liquidação de sentença, a ser elaborada, na íntegra, na forma do art. 604, CPC.

A respeito da verba honorária, considerando que autora e réu foram vencedores e vencidos na demanda, na forma do art. 21 do Codex Instrumentalis, após se fixar os valores, deve ser efetuada a sua compensação.

Comentando o art. 21, ensina Celso Agrícola Barbi:

“A norma legal é simples e parte do princípio de que, quando o autor vencer apenas em parte, estará automaticamente vencido em parte, o mesmo se dando com o réu. Nestes casos, cada um pagará despesas judiciais e honorários, tendo em vista a parte em que foi vencido. Assim, se o autor que pede 100 é vencedor em 70, e perdedor em 30, deve pagar apenas 30% das despesas e dos honorários do advogado do réu. E este pagará 70% das despesas e de honorários de advogado do autor.

“Como são as partes, portanto, reciprocamente credoras e devedoras por essas quantias, o juiz, ao fixá-las, fará a compensação dos débitos” (BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, pág. 147).

A autora foi vencida em menor proporção se comparada com a sucumbência do demandado.

Assim, sendo vencidos e vencedores os litigantes, o valor da condenação em honorários advocatícios se mostra razoável se fixado em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, da Lei Processual Civil, consoante orientação da Câmara, sem perder de vista, ademais, a justa remuneração dos profissionais, devendo o referido valor ser distribuído proporcionalmente à sucumbência de cada qual, ou seja, R\$

3.000,00 (três mil reais) suportados pela Fazenda Municipal em prol do advogado da autora e R\$ 1.000,00 (mil reais) devidos ao Município pela empresa postulante.

Pelas mesmas razões, deve a autora suportar as custas à razão de 30% (trinta por cento), isentando-se o Município de tal ônus pela impossibilidade de sua condenação, tendo em vista o art. 35, h, da Lei Complementar Estadual n. 156/97.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, afastar as preliminares e, no mérito, desprover o recurso da autora e prover, em parte, o apelo do Município e a remessa, reconhecendo-se a sucumbência recíproca e determinando a liquidação de sentença na forma do art. 604 do CPC.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 31 de maio de 2001.

João Martins,
Presidente com voto
Volnei Carlin,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.022181-3, DE BIGUAÇU**Relator: Des. Volnei Carlin**

Responsabilidade civil objetiva — Ente de direito público — Teoria do risco administrativo — Dicção do art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Seguindo-se a teoria objetiva e restando demonstrada no processo a diminuição do patrimônio dos autores, o nexó causal entre os danos ocorridos e o manifesto ato lesivo do chauffeur do veículo de propriedade do Poder Público Municipal, é de ser impingido a este a responsabilidade pelo ressarcimento dos danos decorrentes.

Ação de reparação de danos causados em acidente automobilístico — Dano material — Ausência de prova constitutiva do direito pretendido — Impossibilidade de condenação.

A teor do inciso I artigo 333 do Código de Processo Civil, o autor deve fazer prova constitutiva do seu direito, sob pena de ver sua pretensão deduzida na inicial fadada ao infortúnio.

Danos materiais — Valores referentes ao pagamento de prêmio do seguro e dívidas em relação à Fazenda — Impossibilidade.

A cobrança da importância despendida pelos autores a título de pagamento do prêmio securitário não pode ser debitada ao réu, pois se cuida de contraprestação decorrente do contrato que assinou com a sua seguradora, ou seja, a obrigação não transcende esta relação jurídica, valendo unicamente entre os contratantes.

No que pertine às despesas de licenciamento do veículo sinistrado dos autores, pagamento de IPVA, DPVAT e demais encargos desta natureza, é de se dizer que a cobrança se apresenta totalmente incabível, pois tais encargos são específicos e pessoais do proprietário do carro, cabendo tão-somente a ele a oneração.

Dano moral — Duplo caráter — Compensatório e punitivo — Pedido de condenação dobrada — Estipulação de apenas um valor — Prudente arbítrio do magistrado — Apreciação das circunstâncias do caso concreto.

Embora a indenização do dano moral tenha duplo caráter, compensatório e punitivo, após a ponderação destes elementos, deve a estipulação do quantum indenizatório ser unificada.

É sabido que à aferição dos fatores determinantes da elaboração do prejuízo moral, exige-se apreciação valorativa dos diversos fatores que concorreram para a efetivação do damnum, sendo ela entregue ao arbitrium boni viri, ou seja, ao poder do juiz de fixar o montante indenizatório.

O julgador deverá, segundo orientação jurisprudencial, considerar todas as circunstâncias que foram causa eficiente na produção do evento lesivo. Deve ser a indenização proporcional ao agravo sofrido (art. 5º, V, CRFB), lembrando que os tribunais adotam a teoria compensatória e a do desestímulo nas démarches de avaliação dos danos morais.

Indenização — Correção monetária e juros de mora — Dies a quo — Evento danoso — Pedido a partir da condenação — Decisão adstrita aos limites da lide.

Quanto aos juros moratórios e à correção monetária, verifica-se que não foi fixado o dies a quo na sentença. Segundo as Súmulas 562 do STF; 43 e 54 do STJ, o prazo inicial para sua incidência é a data do sinistro.

Porém, o pedido dos autores é claro: pretendem que o termo inicial de incidência dos juros moratórios e correção monetária seja fixado a partir da condenação até a data do efetivo pagamento.

Ora, é cediço que a decisão do magistrado está adstrita aos limites em que a lide foi proposta, segundo regra inserta do art. 460 do Codex Instrumentalis.

Assim, para que não se caracterize sentença ultra petita, deve o termo inicial da incidência dos juros moratórios e da correção monetária ser firmado nos moldes do pedido dos autores, ou seja, a partir da data da condenação.

Denúnciação à lide — Seguradora do município — Condenação no dano moral — Alegação de falta de cobertura da apólice — Contrato de adesão — Danos extrapatrimoniais incluso no item “danos pessoais” — Dúvida a esse respeito — Interpretação em favor do segurado.

Havendo dúvidas acerca da configuração de situações que dão ensejo à proteção securitária (cláusulas ambíguas ou contraditórias), há em prol do segurado (aderente) a interpretação do con-

trato em seu favor, princípio que vem assentado no Código de Defesa do Consumidor (art. 47) e na Legislação Civil Brasileira (art. 85). Isso porque, deve-se ter presente que a obrigação contratual entre o município de Camboriú e a Companhia Paulista de Seguros não nasceu do que está escrito no contrato, mas sim da vontade entre as partes.

O dever da seguradora de indenizar os danos morais é inafastável quando faz constar na apólice a cobertura por danos pessoais, decorrendo o direito do segurado diretamente das normas contratuais que, em caso de dúvida a esse respeito, serão interpretadas em seu favor.

Este raciocínio é estribado na iniludível desigualdade de forças entre o segurado e a seguradora, quase sempre desconhecedor das inúmeras conjecturas com as quais esta procura incansavelmente desobrigar-se do dever de indenizar.

Sucumbência recíproca — Art. 21, CPC — Proporcionalidade já observada na sentença — Arbitramento dos honorários do causídico — Adequação — Razoabilidade.

Sendo vencidos e vencedores os litigantes, o valor da condenação em honorários advocatícios se mostra razoável se fixado em quantia determinada, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, da Lei Processual Civil, consoante orientação da Câmara, sem perder de vista, ademais, a justa remuneração dos profissionais, devendo o referido valor ser distribuído proporcionalmente à sucumbência de cada qual, o que foi observado na sentença.

Condenação do município em custas — Impossibilidade — Inteligência do art. 35, letra h, da Lei Complementar Estadual n. 156/97, alterada pela Lei Complementar n. 161/97 — Isenção.

Vencido o município, há em seu prol isenção de custas, consoante a Lei Complementar n. 156, com as alterações impostas pela Lei Complementar n. 161/97 (art. 35, letra h).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.022181-3, da comarca de Biguaçu, em que são simultaneamente apelantes e apelados município de Camboriú, Companhia Paulista de Seguros, Eliel

Valésio Karkles e Helena Cassilda Amorim:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer dos recursos e da remessa; negar provi-

mento ao apelo de Eliel Valério Karkles e Helena Cassilda Amorim e prover, em parte, a remessa para isentar o Município do pagamento das custas; por maioria de votos, desprover o recurso da seguradora, vencido o Exmo. Sr. Des. João Martins, que votou no sentido de prover o recurso da seguradora e a remessa para excluir da condenação os danos morais fixados.

I – Relatório

Na comarca de Biguaçu, Eliel Valésio Karkles e Helena Cassilda Amorim ajuizaram ação indenizatória por perdas e danos cumulada com pedido de danos morais contra o município de Balneário Camboriú.

A Municipalidade contestou o feito a fls. 52/66, denunciando à lide a Companhia Paulista de Seguros que ofertou resposta às fls. 75/88.

Processado e instruído o feito, o Magistrado a quo proferiu sentença, julgando parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para condenar o município de Balneário Camboriú ao pagamento de R\$ 7.550,00 (sete mil, quinhentos e cinquenta reais) a título de indenização por danos morais, mais as verbas de sucumbência e, ato contínuo, acolheu o pleito da Municipalidade e condenou a Companhia Paulista de Seguros a ressarcir o Ente de Direito Público no valor da condenação retro, quanto aos danos morais, bem como a suportar os honorários advocatícios e as custas processuais (fls. 101/111).

Os autores ingressaram com embargos de declaração (fls. 113/115) que foram decididos às fls. 118/127.

Irresignados com o decisorium de primeiro grau, a Companhia Paulista de Seguros, Eliel Valésio Karkles e Helena Cassilda Amorim apelaram a esta Corte objetivando a modificação da sententia, estando suas peças recursais acostadas aos autos às fls. 118/127 e 138/149, respectivamente.

Contra-razões dos autores em face da apelação da litisdenuciada às fls. 129/137, da Companhia de Seguros em relação ao recurso dos acionantes às fls. 152/155 e do Poder Público Municipal de Balneário Camboriú a respeito dos apelos dos demandantes e da denunciada à lide às fls. 156/164 e 165/176, nessa ordem.

Com o parecer do Ministério Público local pela manutenção da sentença (fls. 178/180), alçaram os autos a este egrégio Tribunal, opinando a Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 185/188, pelo improvimento de todos os recursos.

Com estas considerações, vieram-me os autos conclusos, para exame, em 30/11/2000 (fl. 189) e para lavrar o acórdão em 15/5/2001 (fl. 192).

II – Voto

O presente procedimento ordinário se ocupa de uma ação indenizatória por perdas e danos, inclusive morais, em que há recurso voluntário da litisdenuciada Companhia Paulista de Seguros e dos autores Eliel Valésio Karkles e Helena Cassilda Amorim, bem como remessa obrigatória em face da sucumbência parcial do município de Camboriú.

Para melhor apreciação das teses suscitadas pelos recorrentes se-

rão seus recursos analisados de per si.

Do recurso dos demandantes

Os autores, no apelo, buscam a reforma da sententia prolatada pelo Juízo a quo, requerendo a condenação do município de Camboriú (e solidariamente da Companhia Paulista de Seguros) ao pagamento da diferença entre o valor de mercado do veículo sinistrado e a efetiva quantia repassada pela seguradora aos acionantes, mais os gastos com IPVA, DPVAT e contrato de seguro, bem assim reclamam majoração dos danos morais fixados a título de ressarcimento para 100 (cem) salários mínimos; condenação do réu e litisdenunciada ao pagamento de indenização por danos morais a título punitivo em 100 (cem) salários mínimos, fixação da correção monetária e juros legais a partir da condenação, e aumento do percentual da verba honorária para 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

No que diz respeito ao primeiro argumento da apelação dos postulantes, verifica-se que o Magistrado afastou a responsabilidade da Administração Pública de indenizá-los na diferença perseguida de aproximadamente R\$ 8.856,65 (oito mil, oitocentos e cinquenta e seis reais e sessenta e cinco centavos), fl. 148, entre o valor de mercado do veículo e conseguido com a indenização de sua seguradora.

Em que pese os autores terem comprovado que receberam R\$ 15.150,00 (quinze mil, cento e cinquenta reais) de sua seguradora pelo cheque de fl. 43, estranhamente não trouxeram a apólice de seu seguro a fim de comprovar qual a procedência

deste valor recebido, se decorrente da quantia segurada na apólice ou do valor real do veículo à época do sinistro.

Outrossim, é de se ter presente que o automóvel, ao tempo do evento danoso, já não possuía o mesmo valor pago quando adquirido na concessionária (R\$ 22.000,00 — vinte e dois mil reais — nota fiscal fl. 31), bem como de que os autores não produziram provas do valor efetivo do veículo à época do acidente, não podendo o Município réu ser condenado a pagar esta diferença, uma vez que não se sabe ao certo o verdadeiro preço da máquina sinistrada.

Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o valor a ser pago é o do prêmio e não o de mercado, in verbis:

“O segurado tem direito de receber a indenização pelo valor sobre o qual pagou o prêmio, e não pelo preço de mercado” (REsp. n. 199016/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, publicado no DJU de 5/4/1999).

Com efeito, é sabido que ao autor cabe provar os fatos constitutivos de seu direito, nos moldes do inciso I do artigo 333 da Legislação Processual Civil em vigor.

Para a doutrina, “provar é estabelecer a verdade histórica, objetiva. (...) em Direito a prova nunca fica no plano metafísico (...) nada se prova por meio apenas de argumentos” como fez o autor (Magalhães, Humberto Piragibe. Prova em processo civil. Rio de Janeiro, Editora Rio, 1976, pág. 7).

In casu, no mais, inexistente prova real do valor do veículo no dia do acidente.

Nesse diapasão, extrai-se da jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça o seguinte julgado:

“Responsabilidade civil — Ação regressiva de reparação de danos — Falta de prova dos fatos alegados pela autora — Improcedência do pleito — Inteligência do art. 333, I, do CPC — Sentença confirmada — Apelo desprovido.

“Deixando a autora de comprovar o fato constitutivo de seu direito, impõe-se o inacolhimento da pretensão manifestada na inicial” (Ap. Cív. n. 99.012902-0, de Chapecó, rel. Des. Orli Rodrigues).

Condenar a Municipalidade nos moldes pedidos pelos demandantes (diferença de R\$ 22.000,00 para R\$ 15.150,00 = R\$ 6.850,00) configurar-se-ia flagrante hipótese de enriquecimento ilícito, uma vez não considerada a depreciação existente do período da compra, em 2 de abril de 1997, e a data do evento danoso, 5 de setembro de 1998 (1 ano e 5 meses).

Dessa forma, certa foi a decisão do Magistrado a quo em não acolher tal pedido dos demandantes.

Do mesmo modo, a cobrança da importância despendida pelos autores a título de pagamento do prêmio do seguro (R\$ 800,00 — oitocentos reais — fl. 148) não pode ser debitada ao réu, pois se cuida de contraprestação decorrente do contrato que assinou com a sua seguradora, ou seja, a obrigação não transcende esta relação jurídica entre eles existente, valendo unicamente entre os contratantes.

No que pertine às despesas de licenciamento do veículo sinistrado dos autores, pagamento de IPVA,

DPVAT e demais encargos desta natureza, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), fl. 148, é de se dizer que a cobrança se apresenta totalmente incabível, pois, como registrou o juiz em sua sentença, “trata-se de tributo, de característica instantânea, tendo como fato gerador a propriedade do móvel, no caso o veículo, sendo seu termo ao primeiro dia da aquisição, pela inscrição de sua propriedade no órgão de trânsito” (fl. 106), cabendo tão-somente ao proprietário do automóvel a oneração.

É que tais encargos são específicos e pessoais do proprietário do carro.

Cumpra ainda discorrer sobre a majoração do quantum pleiteado em razão da indenização pelos danos morais.

O dano moral, em nosso ordenamento, tem duplo caráter, compensatório e punitivo, que são analisados juntamente, fixando-se o total indenizatório devido.

Guilherme Couto de Castro, lecionando a respeito dos critérios à fixação do dano moral, ensina:

“O dano moral, em nosso ordenamento, tem duplo caráter, compensatório e punitivo. Sua fixação tem como fim, sob o primeiro ângulo, trazer benefício apto a, de certo modo, permitir um alívio à vítima, ajudando-a a liberar-se do sofrimento, ou reconfortando-a, através do percebimento pecuniário. Não se trata de pagar a dor já sentida, admitindo-se, isto sim, que o valor estipulado, ao trazer bem-estar para quem sofreu sentimentalmente, implique uma compensação justa” (Castro, Guilherme Couto de. A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito

Brasileiro. Rio de Janeiro, Forense, 1997, pág. 23).

Observa-se, portanto, que realmente existem duas características insertas no dano moral, mas a indenização, em si, é uma só, devendo o Magistrado, ao determinar o montante devido, ponderar em conjunto tais elementos e indicar um valor apenas, como ocorreu no caso em tela. É que os tribunais brasileiros seguem, pelo que se conhece, relativamente ao arbitramento do quantum indenizatório, o modelo constante nos países da Common Law, sendo importante traçar uma unicidade no processo indenizatório, até mesmo como função indutora ou inibidora de comportamentos anti-sociais, regra pétrea da responsabilidade civil.

É sabido que à aferição dos componentes que determinam a elaboração do prejuízo moral exige-se apreciação valorativa dos diversos fatores que concorreram para a efetivação do dano, sendo ela entregue ao arbitrium boni viri, ou seja, ao poder do juiz de fixar o montante indenizatório.

O Julgador deverá, segundo orientação pretoriana, considerar todas as circunstâncias que foram causa eficiente na produção do evento lesivo (TJPR, Ap. Cív. n. 61843700, de Curitiba, rel. Juiz Ivan Bortoleto, j. 15/9/98). Deve ser a indenização proporcional ao agravo sofrido (art. 5º, V, CRFB), lembrando que os tribunais adotam a teoria compensatória e a do desestímulo no processo de avaliação dos danos morais.

Diferente não é, por exemplo, no Direito Comparado, no qual o art.

1.902 do Código Civil Espanhol prescreve:

“Ni el art. 1902 CC, ni ninguna otra norma legal contiene criterios objetivos que permitan cuantificar la indemnización de los perjuicios causados”.

Assim, correta é a lição de A. Hudelot e E. Metman, no sentido de que:

“Tout préjudice moral se résout en un sentiment de souffrance intime, personnel de la personne lésée” (in Des Obligations, 4ª ed., Paris: Cujas, 1908, pág. 328, apud RF 337/137).

Logo, a valoração do dano moral fica a cargo do prudente arbítrio e regras da experiência do juiz que, no entanto, está atrelado às condições socioeconômicas do ofendido, gravidade do dano suportado e particularidades do sinistro.

Acerca do tema, pode-se citar:

“Já algumas leis posteriores, devidamente citadas, criaram condições mais objetivas e claras para se determinar a avaliação do dano moral, como a posição social do ofendido, a capacidade econômica do responsável e a gravidade do prejuízo.

“(…)”

“Por esse critério, usado para aferição da importância a ser paga, ela fica atribuída ao arbítrio judicial, que deverá ater-se ao dano efetivo e real, bem como às circunstâncias especiais de cada caso concreto e a outras, condizentes à sua própria natureza e estado (sexo, idade, profissão, condição social, quebra de rendimento do trabalho). A intensidade do ânimo do ofensor, a posição social do agressor e a gravidade e repercussão

da ofensa também servem para definir critérios à reparação do dano moral (ver Revista dos Tribunais, n. 659/143 e n. 613/184)" (Carlin, Volnei Ivo. Direito Administrativo: Doutrina, Jurisprudência e Direito Comparado. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001, págs. 225/226).

Sobre o assunto, também vale trazer à colação o entendimento jurisprudencial:

"Danos morais. Quantum. Estipulação. Apreciação das circunstâncias do caso concreto. Valor adequado. Recurso desprovido.

"A estipulação do valor da reparação pelo dano moral cabe ao juiz, que o arbitrará consoante seu prudente arbítrio, observando as peculiaridades do caso concreto, bem como as condições financeiras do agente e a situação da vítima, de modo que não se torne fonte de enriquecimento ilícito, tampouco que seja inexpressiva a ponto de não atender aos fins a que se propõe" (Ap. Cív. n. 99.017662-2, da comarca de Içara, rel. Des. Sérgio Paladino).

Fazendo uma leitura apurada da sentença (fls. 108/109), observa-se que o Togado seguiu a orientação da doutrina e da jurisprudência da Casa (vide Ap. Cív. n. 99.17662-2, de Içara, rel. Des. Sérgio Paladino) e foi extremamente cauteloso ao considerar as circunstâncias do acidente, grau de instrução da vítima, atividade profissional, idade etc., razões que o levaram a fixar a indenização por dano moral em R\$ 7.550,00 (sete mil, quinhentos e cinquenta reais), valor correspondente, à época, a 50 salários mínimos.

Desse modo, parece justa e razoável a quantia determinada, pois há considerar a pouca intensidade e duração da dor sofrida e a moderada gravidade do fato causador do dano.

Quanto aos juros moratórios e à correção monetária, verifica-se que não foi fixado o dies a quo na sentença.

A respeito de seu termo inicial, veja-se:

"Aliás, é bom repetir que a correção monetária é aplicável em homenagem à regra do restitutio in integrum, uma vez que se trata da chamada dívida de valor, entendendo-se ser amplo, como já se disse, o conceito de dano do Código Civil, pois envolve tanto os prejuízos de natureza patrimonial, quanto os de origem extrapatrimonial, porque este vai, a cada dia que passa, abrindo mais caminho, triunfando no campo jurídico e, inclusive, inserindo-se em Leis Especiais e Códigos.

"Ademais, atendendo a diretrizes ditadas pelo STF, quando ocorrer a desvalorização da moeda, nos casos de ato ilícito, a correção monetária deve cobrir o valor da indenização compreendido entre a data do fato e a do momento do adimplemento (RTJ 57/438).

"(...)

"Tal norma serve de paradigma para os tribunais: 'Juros de mora no caso de indenização a partir de quando foi o crime cometido. CC, art. 962' (Juriscível, n. 62, págs. 193; 52; e 97).

"Nos casos em que se tratar de obrigação direta do responsável pelo dano, portanto, os juros, seguindo a norma geral, devem correr desde a

data do acidente”(Carlin, Volnei Ivo. Direito Administrativo: Doutrina, Jurisprudência e Direito Comparado. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001, págs. 227/228).

Segundo as Súmulas 562 do STF; 43 e 54 do STJ, o prazo inicial para sua incidência é a data do sinistro.

Nesse norte, colhem-se os seguintes excertos:

“Ato ilícito. Juros de mora. Correção monetária. Dies a quo. Súmulas 562 do STF, 43 e 54 do STJ. Em se tratando de ato ilícito, o termo inicial da correção monetária e dos juros moratórios é a data do evento danoso, consoante estabelecem as Súmulas 562 do STJ, 43 e 54 do STJ” (Ap. Cív. n. 42.223, Capital, rel. Juiz Renato Melillo, in DJ n. 8.849, de 18/10/93, pág. 10).

Ainda:

“Responsabilidade civil — Juros moratórios — Incidência a partir da data do evento — Significado da expressão delito do art. 962 do CC — Voto vencedor” (1º TACivSP, 2ª C., rel. Roque Komatsu, j. 9/2/83, JTACSP 79/136).

Porém, o pedido dos autores à fl. 148 (letra d) da apelação é claro; pretendem que o termo inicial de incidência dos juros moratórios e correção monetária seja fixado a partir da condenação até a data do efetivo pagamento.

Ora, é cediço que a decisão do Magistrado está adstrita aos limites em que a lide foi proposta, segundo a dicção que exsurge do art. 460 do Codex Instrumentalis.

Veja-se, nesse sentido:

“Sentença cível — Decisão ultra petita — Ato judicial hígido — Exclusão do excesso.

“A sentença só vale até o limite do que foi pedido pelas partes; assim como o Juiz não pode julgar menos, não poderá dar mais do que consta no pedido. Em havendo excesso, basta excluí-lo e reduzi-la aos limites do que foi pedido” (Ap. Cív. n. 97.002790-7, de Curitiba, rel. Juiz Nilton Macedo Machado).

Assim, para que não se caracterize sentença ultra petita, deve o termo inicial da determinação do dies a quo da incidência dos juros moratórios e da correção monetária ser firmado nos moldes do pedido dos autores, ou seja, a partir da data da condenação (conforme pretensão expressa dos autores de fl. 148, in fine).

Por derradeiro, considerando que os autores foram vencidos na maior parte dos pedidos, a verba honorária não deve ser majorada, pois fixada na sentença em 5% (cinco por cento) do valor da condenação, em respeito ao princípio da razoabilidade e aos arts. 20, §§ 3º e 4º; e 21º, do Código de Processo Civil.

O recurso dos autores apelantes, por todas as razões suso expendidas, portanto, imerece provimento, uma vez que o Julgador procedeu com equidade, atentando às circunstâncias reais do nefasto acontecimento.

Da remessa necessária do município de Camboriú

Colhe-se do processado que realmente o acidente em que se envolveram os autores da presente demanda ocorreu porque o preposto do município de Camboriú, que dirigia

uma ambulância, cortou-lhes a mão de direção, vindo a colidir com o veículo daqueles.

Além de o Boletim de Ocorrência (fls. 32/34), que goza de presunção juris tantum de veracidade, corroborar este Juízo, deve-se levar em consideração que a Municipalidade ré não contradisse a versão dos fatos em sua contestação (fls. 52/66), defendendo-se, pois, dos pedidos formulados na exordial e reconhecendo, inclusive, a culpa de seu preposto em contra-razões de apelação à fl. 161.

Assim, seguindo-se a teoria objetiva e restando demonstrado no processo, in opportunitatis causae, a diminuição do patrimônio dos autores, o nexo causal entre os danos ocorridos e o manifesto ato lesivo do chauffeur do veículo de propriedade do Poder Público, é de ser impingido a este a responsabilidade pelo ressarcimento dos danos.

Dispõe a Carta Magna, em seu art. 37, § 6º:

“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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O jurista Yussef Said Cahali, a respeito da responsabilidade civil do Ente de Direito Público, anota:

“Se demonstrada a culpa do agente estatal na condução do veículo oficial, não há o que se discutir quanto à responsabilidade civil da Administração pelos danos consequentes da colisão ou abalroamento, e isto mesmo pelo direito comum”

(Cahali, Yussef Said. Responsabilidade Civil do Estado, 2ª ed. ampl. rev. atual., Malheiros, São Paulo, 1995, pág. 293).

Escrevendo acerca do assunto, disse Hely Lopes Meirelles:

“Para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação, incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o quantum da indenização” (Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, pág. 555).

A propósito, colhe-se da jurisprudência:

“Civil — Acidente de trânsito — Veículo que corta rodovia — Imprudentia que prepondera sobre eventual excesso de velocidade — Recurso desprovido — Precedentes jurisprudenciais.

“O motorista prudente não deve cuidar apenas de si. Ele tem por obrigação, ainda, observar tudo e todos que estejam à sua volta.

“Age com culpa preponderante e decisiva sobre eventual excesso de velocidade, motorista que para sair da pista, entrando à esquerda, corta a

trajetória de outro" (Ap. Cív. n. 51.935, de Chapecó, rel. Des. Amaral e Silva).

"Responsabilidade civil objetiva — Acidente de trânsito — Culpa do servidor municipal demonstrada — Sentença mantida — Custas.

"1. Comprovado que o acidente de trânsito ocorreu por culpa de seu servidor, deve o Município indenizar os danos dele resultantes" (Ap. Cív. n. 99.010032-4, de Blumenau, rel. Des. Newton Trisotto).

Indubitável é, portanto, a responsabilidade do município de Camboriú, eis que seu preposto foi o causador único da colisão ocorrida ao adentrar a via de tráfego e invadir a contramão de direção, em face de sua expressa imprudência ao conduzir o veículo, motivo que o levou a causar o acidente.

Cumprido, ainda, gizar-se acerca da impossibilidade de condenação do Município ao pagamento das custas processuais, tendo em vista a isenção determinada no art. 35, h, da Lei Complementar Estadual n. 156/97.

A respeito do quantum fixado a título de indenização por danos morais e verba honorária, apesar de fazerem parte do objeto da remessa necessária, estes temas estão atrelados ao equacionamento dos recursos dos autores e da litisdenunciada.

Do recurso da litisdenunciada Companhia Paulista de Seguro

Sustenta a apelante que a condenação subsidiária que lhe foi atribuída na sentença, além de injusta, está em desacordo com a legislação pertinente e com o contrato firmado entre ela e o município de Camboriú.

De longa data que as seguradoras, quando acionadas para ressarcirem as despesas que seu contraente sofreu em decorrência de acidentes de trânsito, lançam mão de todos os subterfúgios possíveis para esquivarem-se da obrigação concertada.

O busílis da controvérsia, in casu, reside na exegese do termo "danos pessoais", o qual diz a seguradora não abranger indenização por danos morais a terceiros.

Pois bem, o contrato de seguro é, por demais sabido, um conjunto de normas que regerá as relações dele decorrentes. Geralmente, como na espécie, tem notório caráter adesivo, uma vez que o segurado se insere nas condições ali previstas quando apõe sua assinatura no termo.

A Legislação Civil em vigor apenas esboçou as características do pacto a ser celebrado, relegando as particularidades de cada relação ao contrato propriamente dito, tanto é que em seu art. 1.434 dispõe:

"Art. 1.434. A apólice consignará os riscos assumidos, o valor do objeto seguro, o prêmio devido ou pago pelo segurado e quaisquer outras estipulações, que no contrato se firmarem".

No caso em tela, existe uma situação *sui generis*, pois, embora a apólice registre cobrir danos pessoais sem fazer qualquer ressalva, no termo de responsabilidade civil facultativa, encartado nos autos à fl. 81, encontra-se preceito em sentido inverso (n. 3, n) obstando indenização a terceiro quando o segurado for condenado por sentença a tal obrigação.

Ora, havendo dúvidas acerca da configuração de situações que dão

ensejo à proteção securitária (cláusulas ambíguas ou contraditórias), há em prol do segurado (aderente) a interpretação do contrato em seu favor, princípio que vem assentado no Código de Defesa do Consumidor (art. 47) e na Legislação Civil Brasileira (art. 85).

Isso porque deve ter-se presente que a obrigação contratual entre o município de Camboriú e a Companhia Paulista de Seguros não nasceu do que está escrito no contrato, mas sim da vontade entre as partes. In specie, a Municipalidade ao contratar a seguradora fez constar na apólice (documento que efetivamente assinou — fl. 68) a garantia de cobertura por danos pessoais.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, em sua ensinança, apregoam:

“Aos contratos de consumo se aplicam os princípios da teoria da interpretação contratual. São os seguintes: a) a interpretação deve ser sempre mais favorável ao consumidor; b) deve-se atender mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade (CC 85); a cláusula geral de boa-fé reputa-se ínsita em toda a relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento de contrato (CDC, 4º, caput, e III, e 51, IV); d) havendo cláusula negociada individualmente, esta prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; e) nos contratos de adesão as cláusulas ambíguas ou contraditórias, a interpretação se faz contra stipulatorem, em favor do aderente (consumidor)” (Nery Júnior, Nelson e outro. Código de Processo Civil

Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 1.835) (sem grifo no original).

Esse raciocínio é estribado na iniludível desigualdade de forças entre o segurado e a seguradora, quase sempre desconhecedor das inúmeras conjecturas com as quais esta procura incansavelmente desobrigar-se do dever de indenizar. Isto é fato público, concreto e notório.

Corroborando esse entendimento, eis alguns precedentes:

“Seguro. Acidente de trânsito. Danos morais. Ação de cobrança por sub-rogação. Alegação de falta de cobertura da apólice. Contrato de adesão. Dúvida. Resolução a favor do segurado.

“O dano moral é espécie do gênero dano pessoal, sendo responsável regressivamente a seguradora, mormente quando não comprovada expressamente a exclusão dessa responsabilidade no contrato (TARGS, Ap. Cív. n. 195000799, rel. Arno Werlang, j. 8/8/95).

“Sendo notório o caráter adesivo de que se reveste o contrato securitário, quaisquer percalços em sua interpretação, decorrentes da obscuridade ou ambigüidade de suas cláusulas, bem como de imprecisões terminológicas, hão de ser destrinchados em prejuízo do estipulante, isto é, do segurado” (Ap. Cív. n. 97.001400-7, de Criciúma, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Dano moral. Seguro automobilístico. Inclusão dos danos extrapatrimoniais no item ‘danos pessoais’. Responsabilidade da seguradora.

“Não pode ser apartada a indenização da dor causada pelo dano corporal ou pessoal da do dano moral ou psicológico, forte na bioestrutura do ser humano, corporal e psicologicamente indissolúvel. A divisão existente — corpo e psique —, por evidente, tem o fim apenas pedagógico, para poder melhor estudar a pessoa humana, e não como pretende a seguradora.

“Princípio da boa-fé objetiva. Função interpretativa.

“Havendo dúvida quanto ao significado de cláusula predisposta por uma das partes, a interpretação deve ser no sentido menos favorável a quem a redigiu: é princípio da interpretatio contra proferentem ou, ainda, a regra in dubio contra stipulatorem. Esta regra é especialmente importante, hoje em dia, devido à difusão dos contratos padronizados e de adesão” (TARGS, 4º GC, EI n. 196032114, de Sapucaia do Sul, rel. designado Roberto Expedito da Cunha Madrid).

Traz-se à baila, também, o ensinamento do Superior Tribunal de Justiça:

“Seguro. Indenização por dano moral. Exclusão pretendida pela seguradora por não se encontrar o dano moral abrangido pelo dano de natureza pessoal.

“— O contrato de seguro por danos pessoais compreende o dano moral. Precedentes da Quarta Turma. Recurso especial conhecido, mas desprovido” (STJ, 4ª Turma, REsp n. 122663/RS, Min. Barros Monteiro, DJ em 2/5/2000).

Em igual sentido: REsp n. 79533/MG, Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma do STJ. REsp n.

121772/PR, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma do STJ.

Dessome-se, pois, que o dever da seguradora de indenizar os danos morais é inafastável quando fizer constar na apólice a cobertura por danos pessoais, decorrendo o direito do segurado (condenado na sentença a ressarcir a vítima) diretamente de normas contratuais, não restando ao Magistrado julgá-las justas, tendo-se presente, ainda, o caráter compensatório do negócio jurídico.

Afasta-se, in hypothesis, a incidência de analogia à Lei do Seguro Obrigatório, ainda mais que as partes estipularam regras específicas de seguro. Destaque-se, ainda, não se estar atentando a ato jurídico perfeito (CRFB, art. 5º, XXXVI), haja vista ter sido ele utilizado, contudo, para dar interpretação mais favorável ao segurado, conforme determina a legislação de proteção ao consumidor.

Em relação ao quantum fixado (R\$ 7.550,00 — sete mil, quinhentos e cinquenta reais), pretende a litisdenunciada a minoração do valor ao argumento de que corresponde muito mais do que o lucro bruto mensal do escritório do primeiro demandante (Eliel Valésio Karkles).

Da leitura das págs. 108/109 da sentença, conclui-se que os parâmetros utilizados pelo Magistrado para fixar o dano moral não foram acima mencionados pela litisdenunciada. O Juiz levou em consideração a dor moral e o abalo psicológico da vítima, sofridos em decorrência do evento danoso, atentando acertadamente às condições socioeconômicas do acidentado, não merecendo redução, portanto, a indenização arbitrada.

No tocante aos honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação em favor do Município segurado, o que corresponde a aproximadamente R\$ 1.132,50 (um mil, cento e trinta e dois reais e cinquenta centavos), observa-se que foram determinados dentro do que estipula a Legislação Processual Civil aplicável (CPC, art. 20, § 3º e alíneas e § 4º). Dessa maneira, apresentam-se razoáveis e bem dosados, considerando a sucumbência da litisdenunciada em relação à denunciante e o esforço do Procurador do Município, que está defendendo os interesses do Ente de Direito Público inclusive em grau de recurso.

Logo, não obstante toda resistência endógena e exógena da seguradora, correto está o decisum recorrido no tocante à condenação da Companhia Paulista de Seguros a indenizar o município de Camboriú, uma vez que sua obrigação contratual cobre, sim, indenização por danos materiais a qual seu segurado foi obrigado a pagar ao ofendido no sinistro.

Ex positis, nega-se provimento aos recursos de Eliel Valério Karkles e Helena Cassilda Amorim e da seguradora, bem como dá-se provimento,

em parte, à remessa para isentar o Município do pagamento das custas.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer dos recursos e da remessa; negar provimento ao apelo de Eliel Valério Karkles e Helena Cassilda Amorim e prover, em parte, a remessa para isentar o Município do pagamento das custas; por maioria de votos, desprover o recurso da seguradora, vencido o Exmo. Sr. Des. João Martins, que votou no sentido de prover o recurso da seguradora e a remessa para excluir da condenação os danos morais fixados.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Des. João Martins. Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 31 de maio de 2001.

Gaspar Rubik,
Presidente para o acórdão;
Volnei Carlin,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.005293-9, DE LAGES

Relator: Des. Vanderlei Romer

Indenização. Acidente de trabalho. Eletrocussão. Empregado de empresa prestadora de serviço. Negligência deste. Não comprovação. Preposto da empresa contratante que propiciou a ocorrência do infortúnio. Responsabilidade somente desta. Recurso provido.

Estando comprovado que somente a empresa contratante obrou com negligência quando permitiu a realização de serviço por funcionário de empresa contratada, sem as condições ideais de segurança, cabe à primeira o pagamento de indenização pela ocorrência do sinistro que ceifou a vida da vítima.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.005293-9, da comarca de Lages (4ª Vara), em que é apelante Walpa Instaladora Comercial Elétrica Ltda., sendo apelados Coelze Eletrificação Ltda. e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, prover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Henoel Fernandes propôs ação ordinária contra Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. — Celesc e Walpa — Instaladora Comercial Elétrica Ltda., expondo o seguinte fato: que seu filho, Roberto Carlos Fernandes, funcionário da segunda requerida — e prestando serviços para a primeira —, no dia 1º/12/90, enquanto operava em rede de energia elétrica de alta tensão, sofreu forte descarga elétrica, falecendo no local.

Ressaltou, então, que houve negligência e imprudência da primeira requerida, pois o funcionário desta, responsável pelo controle da energia elétrica, não tomou as devidas precauções, tanto que houve a ligação da chave geral por terceira empresa (Coelze), a qual também atuava na rede, fato este, que em conjunto com a falta de equipamentos necessários para

segurança, ocasionaram o incidente, propiciando o pedido de indenização.

A requerida Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. — Celesc aduziu, em preliminar, o indeferimento da petição inicial, haja vista o filho do requerente ser funcionário da segunda requerida e não da contestante. No mérito, argumentou que a requerida Walpa é totalmente responsável pelo infortúnio, pois, tendo os seus funcionários terminado o serviço, estes foram deliberadamente, e sem autorização do servidor da contestante, executar outras atividades na linha em que a empresa Coelze laborava, o que culminou com a ocorrência do incidente.

Contestou, igualmente, a requerida Walpa — Instaladora Comercial Elétrica Ltda., a qual solicitou, preliminarmente, a denúncia à lide da empresa Coelze Eletricidade Ltda., pois esta se encontra envolvida no incidente, visto que promoveu a ligação da chave geral. Afirmou que não possui qualquer culpa pelo acontecimento, eis que existe prova nos autos que a imprudência e negligência partiram da outra requerida e, também, da denunciada à lide. Destacou, apenas, que procedeu à realização dos serviços na rede de energia elétrica a mando da Celesc.

Admitida a denúncia, a empresa Coelze Eletrificação Ltda. apresentou defesa, suscitando, em preliminar, a impossibilidade de acolhimento

da presente denúncia à lide, visto que inexistia relação jurídica entre a denunciante e a denunciada. In meritis causae, destacou que o acidente não ocorreu no trecho em que seus funcionários laboravam, pois estes estavam a mais de 3 (três) km de distância dos empregados da empresa Walpa, gizando, inclusive, que a Celesc proíbe os prestadores de serviço de ligar a chave geral de energia elétrica. Pugnou, finalmente, pela apresentação do documento denominado "Recibo de Trecho Interditado" — RTI —, o qual comprova que a denunciada procedeu corretamente na execução dos trabalhos.

Instruídos devidamente os autos, a MMa. Juíza de Direito proferiu sentença, excluindo da lide a requerida Coelze Eletrificação Ltda., condenando a denunciante ao pagamento de custas processuais na base de 1/3 e verba honorária em 10% sobre o valor da condenação; condenou, ainda, a empresa Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. — Celesc e Walpa — Instaladora Comercial Elétrica Ltda. à indenização, de forma solidária, de uma pensão no valor de 2/3 de 3,5 salários mínimos mensais, incluindo o 13º salário, com o início do pagamento 30 dias após a morte da vítima até a data em que esta completaria 65 anos de idade ou quando do falecimento do autor; condenou, também, ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de 50 salários mínimos da vítima, ou, cento e setenta e cinco salários mínimos convertidos na época do fato, corrigidos monetariamente e com juros legais a partir da citação. Ordenou a constituição de um capital que garanta o pagamento de pensão, nos termos do artigo 602 do CPC. De-

terminou, igualmente, que a requerida Celesc arcasse com 1/3 das custas processuais, enquanto que a requerida Walpa se responsabilizasse por 2/3, em face da condenação pela denúncia à lide, além dos honorários advocatícios para cada ré no percentual de 10% sobre o valor da condenação.

A vencida Walpa interpôs recurso de apelação, demonstrando que o fator preponderante para a ocorrência do sinistro foi a negligência e imprudência do funcionário da Celesc, motivo pelo qual inexistia qualquer solidariedade desta com a apelante. Por fim, argumentou que a condenação em dano moral, além de não poder incidir sobre a recorrente, há que ser minorada, bem como as custas processuais devem ser repartidas igualmente entre as vencidas.

Apresentadas contra-razões pela recorrida, esta pugnou pela condenação da apelante na pena de litigância de má-fé.

Após, o processo foi remetido a esta egrégia instância, vindo conclusivo.

É o relatório.

II — Voto

A irresignação da apelante cinge-se ao reconhecimento de sua responsabilidade no incidente que vitimou o jovem Roberto Carlos Fernandes, seu preposto.

Entende a recorrente que somente a Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. — Celesc pode ser obrigada a indenizar o genitor do de cujus pelo infortúnio, pois somente esta la-

borou em equívoco que propiciou a morte do indigitado.

Acerca da questão, a doutrina assenta que o art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988 dispõe ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais, o “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

“A responsabilidade do patrão perante seus funcionários quando em serviço é contratual e segue a regra geral estabelecida no art. 159 do Código Civil, fundando-se no dolo ou na culpa.

“O empregador, por força do contrato de trabalho que estabelece com seu empregado, obriga-se a dar-lhe condições plenas de trabalho, no que pertine à segurança, salubridade e condições mínimas de higiene e conforto.

“Se no decorrer da jornada de trabalho o empregado sofre danos decorrentes de ação ou omissão intencional, ou proceder culposo do empregador, responde este civilmente perante aquele” (Rui Stoco, in Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 4ª ed., RT, SP, 1999).

In casu, a apelante, como prestadora de serviços, disponibilizava seus funcionários para o labor na manutenção da rede de energia elétrica.

Juntamente com seus empregados, havia sempre um preposto da Celesc, o qual autorizava o desligamento e religamento da chave geral de energia elétrica, desde que avisado pelo encarregado da contratada acerca do fim do serviço.

No dia fatídico, após o término dos trabalhos efetuados por seus funcionários, aí incluído o de cujus, o empregado da empresa de energia convocou aqueles para a realização de reparos em outra linha de tensão elétrica, tendo providenciado que a energia permanecesse desligada.

Qual surpresa ocorreu quando esta foi religada imprudentemente, atingindo a vítima e ceifando sua vida.

Extrai-se, então, que o funcionário da Celesc não verificou com exatidão até que horário a energia estaria desligada ou se, havendo outra empresa laborando em local próximo, existia a possibilidade de religamento antes do momento adequado.

Conforme testemunho de Sérgio Almeida — encarregado da recorrente na época dos fatos —, este afirmou que “terminado o serviço o Sr. Fred, o qual é fiscal da Celesc, perguntou ao depoente se este não iria até outra localidade a uns 15km dos fatos para esticar um cabo condutor de energia elétrica nos postes; que o depoente negou-se alegando que naquele local, estava trabalhando outra empreiteira; que Fred então perguntou aos demais se alguém estaria disposto a fazer o serviço e neste momento Roberto e outro colega se prontificaram; que Fred levou ambos em seu carro para fazer o serviço; que o depoente foi de caminhão até o local posto que precisaria trazê-los de volta até a empresa; que o funcionário da Celesc Sr. Fred tem poder de comando sobre os funcionários da Walpa quando estão em serviço, sendo que estes ficam subordinados às suas ordens; que foi determinação do Sr. Fred para que os dois funcionários da

Walpa fizessem o serviço na linha em que a Coelze estava trabalhando; que no dia dos fatos, logo após o depoente ter recusado a fazer o serviço, o Sr. Fred, entrou em contato através de um rádio amador manual, tendo entrado em contato com a Celesc para saber do horário em que a energia ficaria desligada; que o Sr. Fred se afastou a fim de conseguir falar através do aparelho e após, retornou dizendo que havia entrado em contato com a Celesc dizendo que a energia ficaria desligada, até que desse a ordem para ser religada [sem grifo no original]; que trabalhava na função de encarregado; que pelo contrato da empreiteira o depoente sabe que tem que 'obedecer ao fiscal da Celesc'; que recusou, se negou a fazer o serviço determinado pelo fiscal porque era em outra linha, apesar de ter dito anteriormente que devia obediência ao fiscal; que devia obediência ao fiscal relativa a linha a que estava trabalhando e não às demais linhas" (sem grifo no original).

Ora, se o encarregado da apelante não podia obstar a ida dos funcionários desta para realização de serviço em linha de alta tensão que não era de sua competência, não pode ser responsabilizado por não ter determinado o desligamento da energia elétrica, haja vista tal atitude ser obrigação do preposto da Celesc, de onde proveio a ordem fatídica.

Não obstante, vale anotar que o funcionário da referida empresa estabeleceu comunicação com a central para que a energia permanecesse desligada, segundo o depoimento transcrito.

Logo, se esta foi religada posteriormente, ocasionando o incidente, cabe à Celesc a responsabilização pelo imperfeito sistema de comunicação.

Assim, já reconhecida a culpa da Celesc, outra alternativa não se afigura ao caso vertente senão o acolhimento da pretensão explanada pela recorrente, eis que a atitude do seu preposto não contribuiu, de qualquer maneira, para a eclosão do evento.

Por outro lado, observa-se que é despicienda a tentativa de imputar a culpa pelo sinistro à empresa Coelze, pois nada restou comprovado que esta colaborou para a ocorrência do sinistro.

Consoante a prova coligida, aquela encontrava-se laborando regularmente na linha de alta tensão — justamente no trecho que ocorreu o infortúnio —, pois não tinha conhecimento da determinação para que os empregados da recorrente realizassem serviços no local a mando da Celesc, o que comprova, mais uma vez, a ausência de correta comunicação pelo preposto desta última empresa.

Logo, excluída a responsabilidade da apelante, os consectários advindos da condenação — dano moral, honorários advocatícios, custas processuais do processo principal e constituição de capital para pagamento da pensão — devem ser suportados, em sua integralidade, pela Celesc.

Cabe destacar, contudo, que a apelante Walpa Instaladora Comercial Elétrica Ltda. é responsável pelo pagamento das custas processuais e verba honorária relativas à denunciação à lide da apelada Coelze Eletrifi-

cação Ltda., posto que confirmada a improcedência de tal ato processual.

No mais, encontra-se prejudicada a análise das demais assertivas apresentadas pela apelante, tendo em vista a modificação da condenação imposta em primeiro grau.

In fine, não há falar em aplicação da pena de litigância de má-fé à recorrente, como quer a recorrida Coelze, em face da utilização correta dos recursos de defesa disponíveis (RSTJ 31/462).

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu-se, por votação unânime, prover o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 28 de maio de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.007235-2, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Vanderlei Romer

Ação ordinária de rescisão contratual c/c perdas e danos. Contrato de arrendamento recíproco de direito de lavra de carvão mineral. Alegação de descumprimento das obrigações avençadas, porquanto existente na extensão de terreno arrendada “área negativa”, sem qualquer vestígio de carvão mineral. Prova pericial. Constatação da existência de carvão mineral de acordo com os ditames contratuais, devidamente minerado. Fato constitutivo do direito da autora não comprovado. Improcedência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.007235-2, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que é apelante Companhia Siderúrgica Nacional — CSN, sendo apelada Companhia Carbonífera de Urussanga — CCU:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, quanto ao mérito, desprover o recurso e, por maioria de votos, quanto aos honorári-

os, prover parcialmente o apelo, fixando-os em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Vencido o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello que nega integralmente provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Adota-se o relatório de fls. 575 usque 582 dos autos:

"Companhia Siderúrgica Nacional — CSN ajuizou 'ação ordinária de rescisão contratual c/c perdas e danos' em face de Companhia Carbonífera de Urussanga — CCU, alegando que, em 6/10/86, foi assinado um 'Contrato de Arrendamento Recíproco de Direito de Lavra de Carvão Mineral' entre a extinta Carbonífera Próspera S.A. e a ré, tendo esta arrendado duas áreas para lavra de carvão em subsolo, denominadas 'A-3' da Mina A e 'Mina 5'; e, em contrapartida, a Próspera recebeu uma área para explorar o mineral a céu aberto na 'Linha Antas' e o pagamento de 4% a título de royalty; prestações efetivamente adimplidas.

"Em 26/9/89, enviou correspondência — CSN/CR-303/89 — informando para a ré que iria minerar a área 'Linha Antas', através de empreitada. Assim, assinou, em 30/12/89, com a Pérola Empreiteira e Beneficiamento de Minerais Ltda., que noticiou (18/9/90) haver uma área de 24.800m² sem qualquer vestígio de carvão mineral, fato este também constatado pelos seus técnicos.

"Afirma que após comunicar a ré informalmente sobre a localização das áreas negativas, enviou-lhe em 27/2/91 correspondência — CSN/CR-035/91 — para oficializar o fato, iniciando-se, a partir daí, diversos contatos escritos, nos quais as empresas fazem considerações e argumentações com relação à forma de cálculo e à data do pagamento das toneladas de carvão faltantes, que restaram infrutíferos para receber o seu crédito.

"Salienta que o contrato tem como vigência o prazo de 5 anos a partir da averbação deste junto ao DNPM — Departamento Nacional da

Produção Mineral —, conforme Cláusula 10^a, item 10.5, tendo sido averbado neste órgão em 2/12/87 e publicado no dia seguinte, bem como suas obrigações com a ré foram devidamente satisfeitas.

"A Cláusula 8^a da avença, dispõe que não contendo 168.168t de carvão pré-lavado na área arrendada para a Carbonífera Próspera, a Companhia Carbonífera Urussanga pagará as toneladas faltantes.

"Destarte, caracterizada a inexecução de obrigação contratual (CC, art. 1.056), e o prejuízo existente pela ausência de lucros provenientes da comercialização do carvão que deixou de extrair, devendo a ré reparar, pelos prejuízos efetivos e indenizar pelos lucros cessantes (CC, art. 1.059).

"Desta forma, calcula as toneladas faltantes e o valor a ser pago (CR\$ 12.146.515.020,60), com base nas cláusulas sexta e oitava da avença, bem como no Anexo 5, requerendo, assim, a procedência do pedido para se condenar a ré ao pagamento de indenização a ser apurada em liquidação de sentença, que deverá ser corrigida desde a data do evento, bastante para restituir todos os danos experimentados, inclusive, lucros cessantes.

"Na contestação, a ré alega, preliminarmente, carência de ação pelo cumprimento das obrigações avençadas e pela inexistência de reclamação pela autora no tempo de vigência do contrato, traduzindo a impossibilidade jurídica do pedido. A irregularidade de representação, posto que ao ajuizar a ação a CSN era uma sociedade de economia mista, e, agora, com sua privatização (5/4/93), deve

ela apresentar seu novo estatuto social, sanando o vício processual.

“No mérito, aduz que formaliza- do o contrato celebrado, tratou de iniciar imediatamente a lavra nas áreas arrendadas, nas quais realizou os trabalhos e as recuperou ambientalmente. Já a autora, contrariamente, começou a lavar carvão muito depois e por intermédio de terceiros sem obter seu expresso consentimento.

“A inércia e a inoperância da autora em proceder à exploração do carvão quase causou a perda da área arrendada, visto que pelo art. 43 do Ato das Disposições Transitórias da CF/88, preceitua que as autorizações, concessões e demais títulos atributivos de direitos minerários serão cessadas se os trabalhos de lavra não tiverem sido comprovadamente iniciados.

“Em 21/12/90, foi publicado no DOU, na relação n. 263/90 do DNPM, então subordinado ao Ministério da Infra-Estrutura, confirmou a inatividade da área em litígio, evidenciando a irresponsabilidade da autora, uma vez que havia sido perdido o título atributivo de direitos minerários.

“Destarte, procedeu junto ao DNPM sua defesa e logrou êxito na reversão da decisão, conforme se verifica pela publicação do processo n. 2.182.01/37, no DOU, dia 12/11/91, seção I, pág. 25.507, ficando livre, a autora, de lhe indenizar pela perda dos direitos minerários.

“Diz que verificada a existência de áreas sem presença de carvão ou já mineradas, a CSN deu continuidade imediata à exploração, uma vez que o contrato de arrendamento estava-se findando, assim, logo fixou um

termo aditivo com a Pérola (também sem a sua anuência), com novas condições, incluindo o pagamento de compensação pelos gastos enfrentados pela empresa que subarrendou a área em litígio. Hoje, a CSN e a Pérola litigam perante a 2ª Vara Cível.

“Salienta que a autora objetiva, com a propositura de duas ações ordinárias de rescisão contratual, locupletar-se ilícitamente, cobrando duas vezes por aquilo que pagou à Pérola.

“No que se refere aos lucros cessantes não podem eles prosperar, é que no Termo de Aditamento celebrado entre a CSN e a Pérola, ocorreu a prorrogação do prazo de arrendamento, tudo sem a sua anuência, para 30 meses após a averbação do contrato original junto ao DNPM, que se concretizou em 24/12/92. Acontece que em 3/12/92 acabava o prazo do contrato objeto da presente ação.

“A interpretação da Cláusula oitava da avença firmada é equivocada, não levando em conta o contexto e a intenção das partes quando da sua celebração, isto porque procedeu à exploração de apenas 10,84% da totalidade da área arrendada. Logo, a aludida área negativa somente poderia ser afirmada após se lavar toda a extensão restante, que só não ocorreu diante da inoperância da autora.

“Frisa que pela planta LA-1001, elaborada pela Pérola, baseada em registros de mineração das minas ‘Poço 2’ e ‘Mina 10’, realizada pela autora, constata-se que esta adentrou clandestinamente por subsolo e executou a lavra de carvão sem dar conhecimento para a titular — a CCU.

“O cálculo indenizatório realizado pela autora é inconcebível, com va-

lores estratosféricos, que não correspondem ao contrato ajustado entre as partes, bastando verificar o texto da Cláusula 8ª e os parâmetros usados nos itens 5.1 e 5.2 da Cláusula 5ª, bem como a 7ª e 9ª da avença firmada.

“Afirma que ao expirar o contrato celebrado em 2/12/92, deveria a autora entregar as áreas arrendadas devidamente recuperadas ambientalmente (Cláusula 10.5), o que não ocorreu.

“Por fim, salienta que cumpriu amplamente o contrato ajustado entre as partes e não há qualquer culpa contratual demonstrada nem ao menos lesão, porque somente após lavar toda a área arrendada é que nasceria a obrigação da indenização.

“Réplica à contestação às fls. 206/229.

“A ré se manifestou acerca dos documentos juntados, fl. 338.

“O Magistrado saneou o processo e deferiu a produção das provas pleiteadas, nomeando Lannes Bonorino Cunha para a realização da perícia.

“Apresentados os quesitos e nomeados os assistentes técnicos, estes juntaram aos autos seus laudos enquanto o perito nomeado pelo juízo respondeu às questões formuladas.

“As partes manifestaram-se sobre os laudos periciais apresentados.

“Designada audiência, a conciliação resultou inexitosa, colhidos foram os esclarecimentos do Perito Judicial sobre a matéria e ouvidas foram as testemunhas da autora e da ré, respectivamente, deferindo, o Dr. Juiz de Direito, ato contínuo, a substituição

dos debates orais por memoriais, que foram apresentados e acostados ao feito.

“Sentenciando, o ilustre Togado, Dr. Rogério Mariano do Nascimento, julgou improcedentes os pedidos formulados e condenou a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor dado à causa.

“Irresignada a Companhia Siderúrgica Nacional apelou, alegando que em 30/12/89 arrendou para a empresa Pérola Empreiteira e Beneficiamento de Minerais Ltda. a área denominada ‘Linha Antas’ e recebida como parte do arrendamento realizado com a ré, ora apelada, onde deveria haver 168.168,00t de carvão pré-lavado in situ, conforme os dados fornecidos pela recorrida e constante do parágrafo único da Cláusula 3ª do contrato celebrado entre a Carbonífera Próspera S.A. e a CCU.

“Contudo, em 18/9/90, verificou-se que havia uma área negativa na ‘Linha Antas’, totalizando 24.800m², por isso, comunicou o fato informalmente à apelada e posteriormente lhe enviou uma correspondência exigindo uma indenização, baseada na Cláusula 8ª da avença.

“Afirma que a referida cláusula apresenta uma incorreção, uma vez que troca lavra em céu aberto como é a ‘Linha Antas’ por subsolo, sendo importante tal esclarecimento, porque o percentual de aproveitamento de carvão em exploração a céu aberto é de 90%, enquanto a outra é de 60%, o que é evidente para a fixação do valor da indenização.

“O contrato firmado não previa a obrigatoriedade da lavra total da área, e, ademais, 14,43% dela, ou seja, 33.012m², são pilares de segurança, ficando bloqueadas, razão pela qual se a Cláusula 8^a estivesse condicionada à mineração da totalidade da reserva não se aplicaria, eis que tal condição seria impossível.

“Diz que ‘seria absurdo e contrária à prática usual, depois de encontrar vultosa área negativa, continuar os trabalhos de lavra na esperança de que o carvão fosse encontrado em algum outro ponto da área arrendada. Aliás, não é difícil constatar que o prejuízo da autora-recorrente teria sido ainda maior, acaso se houvesse lançado na duvidosa aventura de explorar o restante da área’.

“E, ao contrário do que foi decidido, é tecnicamente impossível uma área menor conter a totalidade do carvão in situ ou 168.168,00t, porque seria necessária uma recuperação de lavra próxima de 100%, conforme respondeu o perito (fl. 423). Acontece que as perdas inerentes da extração do carvão, muito embora a céu aberto, chegam a 10%, o que já inviabiliza a tese defendida pela sentença.

“Salienta que a cubagem (estimativa) das reservas de carvão existentes na área arrendada à Carbonífera Próspera foi realizada pela recorrida antes da celebração do contrato e esclarecida pelo perito designado que, no máximo, poderia existir uma reserva de 168.168,00t de carvão, por isso que, afirmar que uma área menor conteria a mesma quantidade de carvão da área total, está-se levantando dúvidas sobre os parâme-

tros utilizados pela ré, ora apelada, na aferição da jazida.

“Desta forma, requer a reforma da sentença e que seja dado provimento ao recurso.

“Nas contra-razões, a Companhia Carbonífera Urussanga afirma que não tem como lhe obrigar a fazer compensações à autora, ora apelante, pelas negativas encontradas, posto que já cumpriu o avençado e exerceu todos os seus direitos, ao contrário da recorrente, que não providenciou a lavra de toda a área.

“Reitera o já defendido no feito e requer o improvimento do recurso, mantendo-se intocável a sentença prolatada.

“A CSN peticiona requerendo a redução da condenação da verba honorária, fixada em 20% sobre o valor da causa.

“A Companhia Carbonífera Urussanga — CCU, rechaça o pedido da apelante, dizendo que em havendo passado cerca de um ano e três meses da interposição da apelação, impossível se torna o conhecimento de matéria que não foi ventilada no recurso.

“Os ex-advogados da Companhia Siderúrgica Nacional peticionaram pleiteando, no caso de reforma da sentença, que fosse declarado expressamente o direito dos apelantes ao recebimento de honorários de sucumbência proporcionais percentualmente para os dois escritórios que patrocinaram a causa, visto que com o novel Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o art. 23, dispõe que os honorários pertencem aos advogados, porque direito autônomo.

“Logo, requer também a expedição de dois alvarás relativos à verba honorária.

“Ocorreu manifestação dos atuais patronos da CSN acerca dos pedidos realizados pelo escritório de advocacia que anteriormente atuava na causa, renovando-se o pedido da reforma total da sentença ou, caso seja ela mantida, que se reduza a verba honorária fixada para parâmetros condizentes com nossa realidade.

“A apelada também peticionou e reiterou os argumentos das contra-razões e requereu a manutenção da sentença e o conseqüente improvido do recurso.

“É o relatório”.

II — Voto

A Companhia Carbonífera de Urussanga — CCU, visando a um melhor aproveitamento da infra-estrutura utilizada para lavar a Mina Santa Augusta, que estava, à época, com uma vida útil de mais doze meses, propôs à Carbonífera Próspera S.A. que lhe arrendasse a Área A3, encravada nas reservas daquela mina e sem a qual não conseguiria viabilizar a extração das suas reservas remanescentes.

A Carbonífera Próspera S.A., por sua vez, concordou em arrendar a referida área, desde que a Mina 5 fosse incluída no negócio, cujas reservas lhe eram também inviáveis técnica e economicamente. A CCU, então, solicitou a inclusão da área denominada Linha Antas como abatimento do royalty a ser pago, o que foi aceito.

Destarte, o Contrato de Arrendamento Recíproco de Direito de La-

vra de Carvão Mineral (fls. 25/36) foi firmado pelas partes.

Cabe salientar que, “em obediência à Resolução n. 25/88 de 14/1/88 do Conselho Interministerial de Privatização que determinou a liquidação da Próspera, suas atividades passaram a ser exercidas pela Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), por intermédio da Superintendência-Geral de Mineração de Carvão — SGMC, criada para tal fim” (fl. 38).

A controvérsia está acesa para saber se na área arrendada de 228.800m² havia 168.168t de reserva de CLP in situ e, conseqüentemente, 151.351t de reserva de carvão vendável tipo pré-lavado, visto que a recuperação de lavra era de 90%, e, se aplicável, ao caso vertente, o disposto na Cláusula 8ª da avença.

Cite-se:

“8ª — Da responsabilidade da Urussanga, pela área que arrendou da Próspera, quanto à tonelagem de carvão in situ.

“Na hipótese da área arrendada à Próspera não conter 168.168t (cento e sessenta e oito mil, cento e sessenta oito toneladas) de Carvão Pré-Lavado in situ (Cláusula 3ª, parágrafo único), as toneladas faltantes serão convertidas em carvão pré-lavado (CPL) vendável dentro dos mesmos parâmetros usados para tal finalidade neste instrumento para lavra em subsolo (Anexo 5), e a Urussanga pagará à Próspera, desde que constatada a ocorrência na vigência deste contrato, quantia correspondente ao citado carvão pré-lavado (CPL) e correspondente à falta.

“§ 1º — Constatada ocorrência por ambas as empresas, o pagamento

deve ser feito no prazo de 30 (trinta) dias a contar da comprovação do evento.

“§ 2º — Ao Valor da tonelagem do carvão pré-lavado (CPL), aplicar-se-ão os critérios adotados neste contrato” (fl. 31).

Sublinhe-se que os parâmetros e critérios contratuais utilizados para calcular a reserva de carvão pré-lavado foram expressos na Tabela 3, Anexo 5, do referido contrato. Colhe-se:

Nessa linha, a autora afirma que “em 18/9/90, após receber informações da Empreiteira Pérola, técnicos da CSN constataram que em parte da referida área ‘Linha Antas’ havia sido localizada um área negativa (sem qualquer vestígio de carvão mineral), totalizando 24.800m²...” (fl. 3).

Por isso, pretende, com base na Cláusula 8ª do contrato firmado, que se diminua o valor da área total (228.800m²) da negativa (24.800m²), de modo a chegar a uma remanescente (204.000m²) e, a partir daí, utilizando-se dos mesmos critérios da Tabela 3 do Anexo 5, atingir o déficit de carvão vendável tipo CPL, ou seja, 16.405t a ser indenizadas, acrescidas à quantia de juros moratórios e multa; perfazendo um débito de CR\$ 12.146.515.020,60.

Contudo, o perito judicial nomeado, o geólogo Lannes Bonorino Cunha, na resposta ao quesito 8 da requerente (fl. 367), contesta a área que a CSN apresenta como negativa, dizendo que: “A área negativa encontrada conforme Relatório do geólogo Amilton Guidi, fl. 43 deste processo, foi definida como sendo de aproximadamente 24.800m². Analisando-se, porém, a planta CSN n. LA — 0101B,

cujas cópias anexamos neste laudo pericial, verifica-se que no limite da parte hachuriada que identifica a área minerada pela Pérola como área negativa, especificamente na área de influência dos furos de sonda FS-LA-47 e FS-LA-48, havia ocorrência de carvão. Esta área de influência que o citado relatório caracterizou como negativa, era positiva e foi minerada pela Pérola.

“Subtraindo-se, portanto, esta área da original, obtém-se a área negativa efetiva de 20.160m²”.

Dessa forma, respondendo ao quesito 9, também da postulante, calcula a reserva faltante na área negativa em toneladas de CPL, tomando por base a Tabela 3 do Anexo 5 e, a partir de 20.160m², chega-se a um total de 13.336t.

E, quando perguntado pela ré, ora apelada, se se procedesse a totalidade da lavra, a parte ex adversa teria chegado à quantidade contratual prevista de carvão vendável tipo CLP (151.351t), quesito 15, respondeu: “Poderia, se levarmos em consideração que a recuperação prevista foi de 90% (lavra a céu aberto). Os restantes 10% seriam suficientes para cobrir a área faltante. Acontece, que por exigência do DNPM para aprovação do Projeto Técnico de Mineração a área foi reduzida em 33.012m² e em 4.600m² em virtude de a área ter sido minerada em subsolo, com consequente redução da quantidade prevista de 151.351t” (fl. 365).

Ato contínuo, afirma que com base na planta LA-1001, elaborada pela Mineração Pérola e, em registros de mineração das minas ‘Poço 2’ e ‘Mina 10’ realizados pela CSN, a Car-

bonifera Próspera é quem havia realizado lavra clandestinamente na área em litígio — resposta ao quesito 16.

Na audiência, o expert prestou esclarecimentos dizendo que, mesmo com a área negativa, possível seria alcançar a quantidade de carvão contratada desde que o parâmetro fosse próximo de 100% e com uma espessura em torno de 10% a mais na camada média; o que se apresenta em perfeita consonância com a resposta ao quesito n. 15.

Possibilidade que é defendida pelo assistente nomeado pela requerida nestes termos:

“A CSN iniciou a lavra na extremidade oeste da área. Contudo, em direção a leste a camada de carvão aumenta de espessura e inclusive na maioria dos pontos ultrapassa a espessura média de 0,70 metros de carvão na camada, média essa usada na negociação. Conseqüentemente, para que fosse aquilatada a falta ou saldo de carvão mineral contido, a CSN teria que ter minerado a área integralmente, o que não ocorreu”.

Nesse diapasão, ao ser indagado se “poderia a autora, no início dos trabalhos de mineração concluir taxativamente que não haveria a tonelagem contratada (prevista), sem que antes minerasse a totalidade da área”, respondeu que “Não. Ambas as empresas em foco são tradicionais mineadoras de carvão mineral e sabem que a cubagem de uma jazida resulta da média de dados obtidos na sondagem/pesquisa, e que entre dois ou mais furos de sondagem há variações de espessura e de conteúdo de minério, que dependendo do distancia-

mento entre os furos podem extrapolar de 10%” (fl. 420).

Em seguida, respondendo sobre a inquirição realizada pela ré, para que clareasse a significação prática contida na Cláusula 8ª e identificasse a realidade dos fatos, assim o fez:

“Ratificando e melhor esclarecendo o já em parte respondido no Quesito n. 10 da autora, ao celebrarem o contrato com esta Cláusula, as partes garantiram à Próspera o recebimento integral dos royalties que esta deveria receber da Urussanga pelo arrendamento das áreas A3 e Mina 5. Senão vejamos:

“A Próspera arrendou, em favor da Urussanga, as áreas A3 e Mina 5 aplicando-se os critérios de lavra de subsolo e sobre o CPL vendável aplicando royalty de 4%, resultando então 19.435,88t de CPL vendável a pagar pela Urussanga conforme quadro a seguir:

“(…)

“Subtraindo à área Linha Antas contendo 168.168t de CPL in situ (2) da área A3, contendo 562.128t de CPL in situ (1), resultou então para a área A3 393.960t de CPL in situ. Então, conforme quadro abaixo, a Próspera recebeu da Urussanga o equivalente a 9.455,05t de CPL vendável, ficando então um resíduo de 4.036,03t de CPL vendável por conta da lavra integral que a Próspera realizaria na área Linha Antas.

“(…)

“Somando o saldo anterior com o CPL vendável a pagar da área Mina 5 do primeiro quadro (5.944,80t + 9.455,05t) chega-se ao valor de 15.399,85t de CPL vendável quitadas

pela Urussanga, de um valor inicial acordado de 19.435,88t devidos à Próspera.

“Comprova-se então que:

“1º. A área Linha Antas entrou na negociação equivalendo a 4.036,03t de CPL vendável (que é 4% do CPL vendável — 100.900t, portanto obedecendo o critério de lavra em subsolo).

“2º. Para a obtenção dessa tonelagem e aplicando-se os parâmetros técnicos contratuais acordados, a área Linha Antas deveria ser minerada integralmente, pois a lavra de somente parte da área não daria condição para a obtenção das 4.036,03t.

“3º. Conseqüentemente e caso a Próspera tivesse minerado toda a área e deparasse com a falta de 14.818,00t de CPL in situ, conforme averiguado no Quesito n. 9 da autora, dentro dos prazos contratuais, sobre esse volume seriam aplicados os parâmetros de lavra para subsolo e faltariam então 355,60 t de CPL a pagar pela Urussanga em favor da Próspera, e aí aplicar-se-ia o disposto no Parágrafo Único da Cláusula 8ª.

“Por outro lado, a Cláusula 8ª reporta-se à Cláusula 3ª e nesta, seu Anexo 5, a Urussanga garante, e a Próspera acordou que das 168.168t de CPL in situ contidas na área Linha Antas, poderiam vir a ser usufruídas 151.351t de CPL vendável o que significa 90%. Como minerou somente área de 20.160m², então sobraram 91,19% da área total ainda com possibilidade de dali serem extraídas quantia de carvão suficiente para garantir a tonelagem acordada” (fls. 420/421).

A propósito, inquire a recorrida: “Se o débito eventualmente apurado,

em função da negatividade de parte da área haveria de ser considerado após a lavra de toda a área, ou apenas fração?” (fl. 421).

O louvado oficial categoricamente afirma que somente após lavrada toda a área é que o pagamento da quantidade equivalente a 355.60t de CPL vendável não é devido sem esta lavra (fl. 421, resposta às indagações 3 e 4).

É de ressaltar-se que os depoimentos corroboram para a tese da não aplicação da Cláusula 8ª, já que Alfredo Febel e Cleber José Baldoni Gomes, engenheiros de minas e testemunhas da autora, disseram que na lavra a céu aberto o parâmetro de recuperação da lavra é de 90%. Este último respondeu que existem variações na espessura da camada de carvão e é praxe se chegar aos números pela média (fls. 425 e 427).

Volmer do Amaral Boff, engenheiro de minas e testemunha da ré, por sua vez, afirmou que “é perfeitamente possível, abstraindo-se a área negativa, fosse extraída da área remanescente o total contratado, desde que não cessada a exploração; que o ‘espírito da coisa’ é o seguinte: no caso de ser encontrado a área negativa haveria que esperar todo o processo de lavra da área total para ver se chegaria à quantidade contratada e, só aí, no caso de não se conseguir o número contratado é que haveria indenização” (fl. 430).

Portanto, a área sem vestígio de carvão encontrada corresponde efetivamente a 20.160m² ou 8,81% da totalidade de extensão da Linha Antas, sendo necessário, assim, para a exigência da indenização prevista

na Cláusula 8ª, que a apelante mine-rasse não apenas uma pequena fração da área, mas sim uma grande parte dela.

Ressalte-se que realmente o contrato não prevê a obrigação da autora em minerar a totalidade da área, mas, todavia, para se aplicar a Cláusula 8ª, é indispensável que fique cabalmente comprovado que na reserva arrendada não havia a quantidade de carvão pré-lavado ajustada (168.168t), o que na espécie não ocorreu.

É bem de ver que para a aprovação do Projeto Técnico de Mineração no DNPM, a área Linha Antas foi reduzida em 33.012m² e 4.600m², uma vez que foi ela minerada em subsolo clandestinamente pela Carbonífera Próspera S.A., reduzindo sobremaneira a quantidade de carvão vendável (151.351t).

Todavia, como salientado, o subsolo foi minerado e, assim sendo, o DNPM exigiu que se mantivesse pilares de segurança, reduzindo a área em 33.012m², correspondendo a 21.837t de carvão pré-lavado — fl. 166, § 4º.

Logo, não pode a CSN utilizar-se da diminuição da referida área para exigir indenização, porque sob pena de estar-se beneficiando da própria torpeza, uma vez que os pilares de segurança foram exigidos em decorrência de ato seu praticado clandestinamente.

Não obstante, cumpre assinalar que o prazo de vigência do contrato de arrendamento recíproco foi assinado em 3/12/87, findando-se em 2/12/92. Por sua vez, os trabalhos de lavra da autora só começaram 25 me-

ses após a celebração da avença, ou seja, 27/1/90, o que colocou a área em disponibilidade pelo DNPM, diante do art. 43 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Ato que foi revisto ante o acatamento da defesa da ré, ora apelante.

Frise-se que o tempo necessário para se lavrar a totalidade da área da Linha Antas (228.800m²), diminuída pela redução da sua extensão pelos pilares de segurança (33.012m²) seria de 37 meses, conforme o projeto elaborado pelo engenheiro de minas Marco Antônio, técnico da CSN — fl. 366, resposta ao quesito 4 da autora.

Socorro-me novamente do perito judicial nomeado, o geógrafo Lannes Bonorino Cunha, para dizer que “A lavra sofreu processo de continuidade em duas ocasiões, para ser paralisada em definitivo em fevereiro de 1991. As razões para tanto foram enumeradas pela Mineração Pérola em correspondência datada de 25/7/91 (fl. 177 deste processo) onde solicitava uma revisão contratual” — resposta à indagação 5 da autora, fl. 366.

E, ao apresentar sua consideração final, o mencionado perito diz que “no Projeto Técnico de Mineração apresentado pela CSN ao DNPM o tempo de lavra previsto era de 37 meses (vide quesito 4), ultrapassando com isso o prazo de vigência do contrato com a CCU em 15 meses: que no Termo de Aditamento..., entre a CSN e a Pérola, haja uma prorrogação de 30 meses a partir da averbação do contrato original junto ao DNPM (cláusula III, fl. 170 deste processo), averbação esta que só veio a ocorrer através do DOU de 24/12/92 (fl. 180)” — fl. 368.

Denota-se, portanto, que as atividades de lavra não foram paralisadas por se encontrar uma grande área sem vestígio de carvão, como quer fazer crer a apelante, mas sim pelos motivos expostos pela Pérola às fls. 177/179.

Destarte, em não havendo qualquer descumprimento contratual por parte da apelada, impossível aplicar-se o disposto na Cláusula 8ª do contrato de arrendamento recíproco e, conseqüentemente, obrigá-la ao pagamento da indenização pretendida.

No que se refere aos honorários advocatícios, há dizer que a sentença foi publicada no DJ n. 9.938, do dia 26/3/98, à fl. 63, iniciando o prazo para recurso no dia 1º/4/98, com término em 16/4/98 — conforme certidão de intimação, fl. 502v. — sendo a apelação protocolada no dia 15/4/98, tempestivamente portanto. Contudo, não há menção ao percentual fixado na sucumbência: 20% sobre o valor dado à causa.

Em 5/7/99 a autora protocolou petição requerendo a redução dos honorários advocatícios, aduzindo que “quem pode o mais pode o menos”, razão pela qual pleiteia a reforma integral no ponto específico, porque naquele recurso o pedido relativo aos honorários implícito estava.

De efeito, consta da petição apelatória, in fine: “Em face do exposto, o que se requer é a reforma da r. sentença de primeiro grau a fim de que seja dado provimento ao presente recurso e, por conseqüência, julgado totalmente procedente o presente feito, por ser medida de direito e de Justiça”.

Por essa forma, creio ser aplicável o entendimento de que “sem embargo da deficiência técnica, havendo na apelação pedido pela improcedência total do pleito inicial, é de considerar-se como devolvida ao Tribunal toda a matéria discutida nos autos, ainda que não haja pedido específico do apelante” (RE n. 147.833—DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

E do corpo do acórdão extrai-se a seguinte lição:

“Da leitura atenta das razões de apelação, verifica-se que o então apelante, ora recorrido, ainda que sem a precisão técnica exigida, acabou por requerer a improcedência total do pedido inicial.

“Nessas condições, a apelação interposta foi integral e não parcial. O apelo, em conseqüência, devolveu ao Colegiado o conhecimento de toda a matéria debatida nos autos, sendo ao Tribunal, destarte, permitido tratar dos pontos em questão.

“Nessa linha de raciocínio, decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 100.894-6/RJ, que no pedido mais abrangente se inclui o de menor abrangência. Esta Corte, a seu turno, ao julgar o REsp n. 50.903/RJ, da relatoria do Ministro Barros Monteiro, igualmente ementou, no que interessa:

“1. Cuidando de apelação integral, no pedido de improcedência da ação, manifestado de modo implícito nas razões de recurso, compreende-se o de redução da condenação, de menor abrangência. Precedentes.

“No REsp n. 5.777—SP (DJ 18/2/91), da relatoria do Ministro Waldemar Zveiter, também a Terceira

Turma deste Tribunal entendeu que, 'se se postulou a improcedência do pedido, mas o acórdão se limitou a reduzir a indenização, não há falar em julgamento extra petita, eis que a diminuição do valor do ressarcimento é menos que a improcedência.

"(...)

"É de assinalar-se, por outro lado, que a condenação do vencido em honorários é imposição da lei (art. 20, CPC), e, assim sendo, por se tratar de ônus processual, independe do pedido (...).

"Logo, sendo tais matérias acessórias do principal, havendo recurso contra essa, é de concluir-se pela integração daquela. O em. Professor Barbosa Moreira, a propósito, afirma:

'Cumprе ressalvar que os capítulos meramente acessórios de algum outro ficam abrangidos pela impugnação relativa ao capítulo principal, mesmo que o recorrente silencie a respeito deles. Se, v.g., o réu foi condenado a pagar a importância devida, mais juros da mora, custas processuais e honorários de advogado, e recorre quanto ao principal, é evidente que o recurso apanha as condenações acessórias' ('Comentários', Forense, 7ª ed., 1998, pág. 352)".

Com fundamento nesse precedente, passa-se a examinar a irresignação específica.

De início, verifica-se a ausência de decreto condenatório, havendo, pois, que incidir o disposto no § 4º do art. 20 do CPC: "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" (sem grifo no original).

Bem assim, "quando a ação é julgada improcedente, não se aplica o § 3º, mas o § 4º do art. 20" (RT 505/82).

Lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (in Código de Processo Civil Comentado. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pág. 297) que "o critério de equidade deve ter em conta o justo...".

Por essa forma, atentando-se aos critérios especificados na legislação de regência para a fixação da verba advocatícia, entende-se, sem menosprezo à brilhante performance dos nobres causídicos atuantes, que se mantida a sentença a quo no particular, a verba em tela atingirá quantia estratosférica, porquanto dependendo do índice aplicado para correção do valor da causa, poderá chegar à cifra por demais significativa de R\$ 700.000,00.

Ora, a quaestio juris não é de tal forma complexa que justifique o arbitramento em patamar tal ostensivamente elevado e mesmo irrazoável. Senão vejamos. O feito correu na comarca de Criciúma, onde os advogados mantêm sua banca, não havendo, portanto, necessidade de deslocamento. De outra parte, a prova pericial praticamente por si só deslindou a controvérsia, inexistindo dilação probatória exaustiva, cumprindo repetir que não houve condenação.

Lembre-se que "O arbitramento de honorários advocatícios não deve ser alto demais a ponto de penalizar

em excesso o sucumbente, nem diminuto a ponto de penalizar o advogado” (TJMS, ACV n. 62.265-7).

Nesses termos, considerando-se o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, critérios estes a ser observados quando da fixação dos honorários, tem-se por adequado o estabelecimento dos honorários em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Bem por isso, é provido parcialmente o apelo tão-só para tal fim.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, quanto ao mérito, desprover o recurso e, por maioria de votos, quanto aos honorários, prover parcialmente o apelo, fixando-os em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Vencido o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello que nega integralmente provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 26 de abril de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto vencido;
Vanderlei Romer,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello:

Divergi da douta maioria por entender que não houve qualquer in-

conformismo a respeito quer pelo apelante, quer pelo apelado.

Nesse norte cumpre enfatizar o comando do art. 512 do Digesto Processual Civil, in verbis:

Art. 512 — “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso”.

Não ocorreu qualquer fato superveniente à sentença — que ocasionasse modificação em sua situação jurídica, e esta não recebeu qualquer impugnação das partes quanto às verbas honorárias; portanto, a questão não pode ser agitada de ofício no segundo grau de jurisdição (RF 271/150; RJTAMG 26/256; RSTJ 42/352 — A regra do art. 462 do Código de Processo Civil não se dirige apenas ao juiz de primeiro grau, se o fato é superveniente à sentença — RSTJ 42/352; RJ 687/200; STJ Bol. AASP 1.787/122; RT 646/143, 663/164, 666/106, 678/180; JTA 98/338, 123/210, 488/209; RT 258/259; JTA 118/293; RP 4/393).

Nesse norte, colhe-se da jurisprudência:

“A redução dos honorários advocatícios pressupõe impugnação, salvo, evidentemente, quando decorra de modificação da sentença que repercuta na sucumbência” (RSTJ 79/208).

Assim, sendo os honorários fixados com parcimônia, atendendo às recomendações do art. 20 do CPC, não há razão para que sejam reduzidos — no caso — ou majorados.

Por essas razões votei vencido.

Anselmo Cerello.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.000681-6, DE IBIRAMA**Relator: Des. Vanderlei Romer**

Responsabilidade civil. Erro médico. Exposição excessiva a aparelho de raio X. Deformidade. Imprudência caracterizada. Obrigação de indenizar inescusável.

O médico tem a sublime missão de preservar a vida, bem supremo do indivíduo e objeto de proteção da ordem estatal. Se no exercício de sua profissão violar o seu dever, lesionando culposamente paciente a seu encargo, pode e deve ser responsabilizado pelo seu ato.

Processual civil. Julgamento ultra petita. Pedido inicial pela apuração da verba devida à guisa de dano moral e pensão em fase de liquidação. Admissibilidade de sua fixação, contudo, desde logo. “Nada impede, por outra parte, que na hipótese de dano moral, se o pedido for ilícito, 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” (Ap. Cív. n. 40.510, rel. Des. Napoleão Amarante).

Dano moral e dano estético. Lesão deformante. Sofrimento íntimo óbvio. Verba devida.

Pensão. Fixação de acordo com a perda funcional apurada em perícia. Postulação inicial específica nesse sentido.

“Pensão mensal. Pretendida fixação do termo ad quem na data em que a vítima completaria 25 anos. Impossibilidade. Verba que seria devida enquanto perdurasse a invalidez se o pedido não houvesse estabelecido como termo final a data em que a vítima vier a completar 65 anos. Recurso voluntário deprovido. Remessa parcialmente provida para assentar como termo ad quem da obrigação de pensionar a data constante do pedido” (Apelação Cível n. 98.010907-8, rel. Des. Sérgio Paladino).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.000681-6, da comarca de Ibirama, em que são apelantes e apelados Luiz

Ingletto e Nadir Kienen, assistida por seu pai, Valter Kienen:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, rejeitada a preliminar, prover parcialmente o recurso de Luiz Ingletto e dar provimento ao recurso de Nadir Kienen.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Nadir Kienen, assistida por seu pai, Valter Kienen, ingressou em Juízo com ação de responsabilidade civil em desfavor de Luiz Ingletto, expondo, para tanto, que em 14 de junho de 1980, quando contava com a idade de 5 (cinco) anos, teve seu braço direito atingido por um projétil que ali se alojou. Levada por seus pais ao Hospital Miguel Couto, foi atendida pelo Dr. Ronaldo Magalhães que a encaminhou ao ora requerido, cirurgião.

Este, em 17/6/80, efetuou um raio X no local a fim de localizar a "bala" que não foi encontrada. Nova tentativa foi feita, e dessa vez, segundo alegou a autora, ficou sob os efeitos do aparelho por 45 minutos, havendo novo insucesso. Afirmou que decorridos 40 minutos, queixou-se que o membro lesado, sito sobre seu ventre, havia se aquecido em demasia, o que levou o acionado a interromper o procedimento de imediato, instando seus genitores a reconduzi-la ao Hospital dali a 9 (nove) dias.

Sustentou a requerente, contudo, que logo após o malfadado procedimento apresentou bolhas no local, sendo novamente levada ao requerido.

Seguiram-se, então, três meses de tratamento, sem nenhuma melhora. Porque insustentável a situação, visto que apresentava, inclusive, dificuldades para dormir tal era a dor que lhe acometia, seus genitores conduziram-na a Rio do Sul para consulta com o Dr. Luiz Carlos Braga, que lhes informou que o braço havia sido literalmente queimado pelo aparelho de raio X, ante a excessiva exposição.

Acresceu que não obstante a realização de várias cirurgias, seu braço direito está irreversivelmente deformado, sendo o aleijão consequência da conduta negligente e imprudente do suplicado que deve responder por seu ato.

Pugnou, assim, pela sua condenação a ressarcir-las das despesas já desembolsadas com tratamento médico e aquelas que porventura fará; fixação de um dote e pagamento de uma pensão correspondente à importância do trabalho para o qual se inabilitou ou da depreciação sofrida.

Regularmente citado, o réu ofereceu contestação.

Reconheceu ter submetido a menor ao procedimento noticiado na inicial, negando, no entanto, que tenha ultrapassado o tempo máximo de duração recomendável, tanto que ligado e desligado o aparelho sucessivas vezes no interregno temporal apontado. Argumentou, ainda, que o braço afetado em momento algum ficou sobre o ventre da paciente, visto que teve que segurá-lo durante todo o tempo.

Assegurou que inexistiu exposição exacerbada ao equipamento, sendo patente que não agiu com culpa alguma.

Por estes e outros argumentos que, por brevidade, passam a fazer parte integrante deste, clamou pela improcedência.

Houve impugnação.

Seguiu-se a instrução processual, inclusive com a produção de prova pericial. Ultimada esta fase e oferecidos os memoriais, o MM. Juiz a quo sentenciou para julgar parcialmente procedente o pedido inaugural nos seguintes termos: “a) Face a sucumbência, condeno o réu ao pagamento: a) de despesas futuras que a autora vier a ter com o tratamento adequado à reparabilidade e amenização do dano por ela suportado, tais como despesas médico-hospitalares com cirurgias plásticas para a correção estética do seu braço direito, bem como cirurgias para a correção e eventual recuperação dos movimentos do mesmo membro, e outros dispêndios com gastos com transporte, remédios, enfermeiros, viagens, exames de laboratório, aparelhos, enfim, tudo que se revele necessário, segundo o que vier a ser apurado em liquidação de sentença; b) de lucros cessantes, no montante de 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos, conforme já consta da fundamentação, a ser pago num único ato, segundo o valor do salário mínimo vigente na época do efetivo pagamento; c) de uma indenização a título de dote, por dano moral conforme de igual maneira já restou fundamentado, num montante de 300 (trezentos) salários mínimos, a ser paga num único ato, segundo o valor então vigente do salário mínimo, no momento do efetivo pagamento; d) de uma pensão mensal e vitalícia, ou seja, enquanto sobreviver a autora, no valor equivalente a 1 (um) salário mínimo mensal,

a contar da data do atendimento médico que lha causou a lesão cuja pensão ora o ré é condenado — 17 de junho de 1980, sendo que as prestações vencidas serão pagas num único ato, na data do efetivo pagamento, conforme o número de salários devidos, pelo valor do salário mínimo então vigente na época do efetivo pagamento. A partir daquele adimplemento, as demais prestações serão pagas mensal e sucessivamente, no valor de 1 (um) salário mínimo, enquanto viver a autora. No caso, não há que se falar em sobrevida, pois a pensão não foi atribuída aos familiares, mas, sim, à própria, logo, compreendo devida enquanto a autora sobreviver, para fazer frente ao que receberia se a sua capacidade laboral não viesse a ficar prejudicada com o erro praticado pelo demandado. Como se trata de verba para fazer frente ao que deixou de ganhar com o trabalho que então exerceria, entendo que sobre esta também deverá incidir o 13º salário”.

Foram opostos embargos de declaração, acolhidos de forma parcial para substituir o parágrafo constante da alínea d, que passou a portar a seguinte redação: “d) de uma pensão mensal e vitalícia, ou seja, enquanto sobreviver a autora, no valor equivalente a 1 (um) salário mínimo mensal, a contar da época em que a autora completou 18 (dezoito) anos – 23/2/93 —, sendo que as prestações vencidas serão pagas num único ato, na data do efetivo pagamento, conforme o número de salários devidos, pelo valor do salário mínimo então vigente na época do efetivo pagamento. A partir daquele adimplemento, as demais prestações serão pagas mensal e su-

cessivamente no valor de 1 (um) salário mínimo, enquanto viver a autora”.

Ambas as partes recorreram.

O requerido, em extenso arrazoado, disse, inicialmente, que o julgamento foi ultra petita, porquanto a postulação veiculada na exordial pugna pela sua condenação em valores ilíquidos, tendo o julgador, entretanto, os especificado.

No mérito, expôs que as cautelas e advertências necessárias restaram consumadas, constando do depoimento da enfermeira Dilma Reinert que “foram colocados aventais de chumbo nas pessoas presentes”. Prosseguiu afirmando que sua conduta de ligar e desligar o aparelho não pode ser apontada como incorreta, ao contrário, evidencia o seu cuidado em evitar que a paciente fosse submetida de forma demasiada aos efeitos danosos do aparelho. E mais, que não há prova contundente de que este tenha permanecido ligado por 45 (quarenta e cinco) minutos ininterruptos, exsurto da prova coligida que se tal efetivamente houvesse ocorrido, ele “chegaria a queimar”.

Gizou, ainda, que o método escolhido foi correto, tanto que na segunda tentativa o projétil foi localizado, seguindo-se sua extração. Bem assim, entende que “o fato da utilização do aparelho de raio X por mais de uma vez até que o objeto fosse localizado com precisão não implica em ‘teoria de achismo’ ou ineficiência do método, posto que essa questão já foi devidamente solucionada pela prova técnica que terminou o procedimento escolhido pelo recorrente como o correto”, havendo que se afastar a sua

culpa, porque obviamente não caracterizada.

Ainda, consignou que o decisor contém interpretação equivocada, pois ali consta que o braço lesionado ficou exposto “por horas” à radiação. No entanto, ao empregar a expressão “por horas” em sua defesa, gizou que estava se referindo ao tempo de permanência do projétil no local.

Reportou-se, outrossim, à prova técnica, argumentando que ela é decisiva ao afastar qualquer imprudência ou negligência de sua parte, porquanto ali consta que os danos decorreram de defeito na aparelhagem ou a uma imprudência no tempo de exposição, sendo que esta última ocorrência não teria restado demonstrada a contento.

Posto isso, voltou-se contra os valores das condenações. De início, aduziu que ao sujeitá-lo ao pagamento das despesas futuras com tratamento incorreu o Magistrado em julgamento ultra petita, sem contar que se trata de sentença condicional. Quanto aos lucros cessantes, garantiu que não há prova de sua ocorrência, mesmo porque a autora, à época, contava com 5 (cinco) anos de idade. Na sequência, taxou de absurda sua condenação na indenização relativa a um dote, haja vista que a própria apelada declarou ter uma vida amorosa normal. Ainda, que caso seja a requerente destra, sequer é devida a pensão mensal e vitalícia fixada, em decorrência da incapacidade parcial. Não obstante, não albergado este entendimento, defendeu que seu limite temporal é a idade de 25 anos, ficando restrita a 2/3 do salário mínimo. Registrou “que na pior das hipóteses, ca-

so mantida a sentença, ainda assim terá que ser limitada aos 65 anos de idade da autora, já que foi isto que a mesma e não até o final da vida da recorrida, que sequer consta da vestibular e foi deferido de maneira prejudicial ao recorrente” (sic).

Por derradeiro, afirmou que é inadmissível a constituição de capital, conforme jurisprudência dominante, encerrando por dizer que ante a sucumbência recíproca, ainda que beneficiária da assistência judiciária, deve a parte ex adversa responder também pelos encargos processuais.

Contra a decisão que, em sede de embargos de declaração, determinou “que a pensão de um salário mínimo somente seria devida a partir do momento em que a apelante completou 18 anos” interpôs a requerente recurso de apelação, ao argumento de que uma vez admissível sua filiação na Previdência Social a partir dos 14 anos de idade, seria este o termo inicial da obrigação.

Contra-arrazoados os reclamos, alçaram os autos a este Sodalício.

É, na concisão necessária, o relatório.

II — Voto

Próprios e tempestivos os recursos, deles conheço.

Analisando, inicialmente, aquele interposto por Luiz Ingletto.

Ao exame da arguição de nulidade da sentença, dita ultra petita, deve preceder a apreciação da matéria de mérito, ou seja, se efetivamente ocorrente a responsabilidade do réu/apelante pelo infeliz evento.

É que residindo o alegado vício na parte dispositiva do julgado, se porventura acolhido o apelo, restará a prefacial evidentemente prejudicada. De qualquer forma, é por demais sabido que em se tratando de decisão ultra petita, “a nulidade (...) 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” (Humberto Theodoro Júnior. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1992, pág. 509).

Pois bem.

Acerca da responsabilidade civil médica, remeto-me a artigo de Ruy Rosado de Aguiar — Responsabilidade Civil do Médico —, no qual consta primorosa análise da diferenciação entre a responsabilidade contratual e extracontratual:

“Apesar das regras legais que lhes atribuem diferentes consequências, a distinção está sendo abandonada pela moderna doutrina, que nela não vê maior utilidade, fazendo residir o fundamento único da responsabilidade civil no contrato social (Prof. Clóvis do Couto e Silva, Principis 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 novos 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 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 hospital público, e uma entre 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; Marquesinis, Brasil, *Problèmes de responsabilité médicale em Droit Anglais*, *Reveu Internationale de Droit Comparé*, 1988, n. 2, págs. 351/367) (RT 718/33).

O médico tem a sublime missão de preservar a vida, bem supremo do indivíduo e objeto de proteção da ordem estatal. Daí a íntima relação entre o Direito e a Medicina, como bem observa Luzia Chaves Vieira, em artigo intitulado *Responsabilidade Civil Médica*, publicado no *Juris Síntese* n. 19/1999. Anota a culta professora, que “a responsabilidade civil é decor-

rente da ação humana que tem como pressupostos a existência de uma conduta voluntária, e o dano injusto sofrido pela vítima. Para o que nos interessa, a responsabilidade civil do médico tem como pressupostos: o ato médico, praticado com violação a um dever médico, imposto pela lei, pelo uso social, ou pelo contrato, imputável a título de culpa, causador de um dano.

“O médico, assim como qualquer cidadão, é responsável por todo o dano produzido a outrem, quando sua culpa for comprovada.

“A culpa, no sentido mais amplo, só existe quando um ato nocivo é produzido por pessoa mentalmente hávida (imputável) e capaz de determinar de acordo com o livre arbítrio.

“Se o médico, no exercício de sua profissão, enseja um dano ao paciente, por ele será responsabilizado, não estamos falando aqui de dolo, que é quando o médico está cometendo um crime como outro qualquer.

“O que se deve avaliar com cautela é a existência de negligência, imprudência ou imperícia no desempenho profissional. ‘O saber se aprende com os mestres a sabedoria só com o correr da vida’” (sem grifo no original).

De efeito, conforme expressa norma legal — art. 1.545 do Código Material — “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”.

Indubitável, pois, que o dever de indenizar só se configurará se pre-

sentes os elementos essenciais a tanto: dano, ilicitude e nexa causal.

Dito de outra forma, a culpa, em quaisquer de suas modalidades — imprudência, negligência ou imperícia — há que restar sobejamente comprovada. Só assim poderão ser compostos os danos.

De posse desse arcabouço doutrinário e jurisprudencial, passo a examinar o caso vertente.

Sintetizando os fatos que levaram ao ajuizamento da lide, tem-se que a autora, quando contava com a idade de cinco anos, foi submetida a uma escopia no intuito de localizar um projétil que havia se instalado em seu braço. Para tanto, foi utilizado um aparelho de raio X. E como resultado da exposição, supostamente excessiva, teve seu membro “queimado”. A conseqüência foi uma deformidade gritantemente visível, como demonstram as fotos de fl. 11.

A perícia levada a cabo pelo Dr. João Francisco do Valle Pereira informa que a técnica utilizada — radioscopia — “era e ainda é uma técnica auxiliar correta para retirada de objetos radiopacos”. Significa, outrossim, ao ser indagado sobre “qual o resultado de uma exposição ao Raio X por quarenta minutos ininterruptos” (questo 6), que “Dependendo da intensidade da irradiação pode levar desde queimaduras (radiodermites) até necroses (morte de tecidos) profundos como sub-cutâneo, músculo, tendões, vasos nervos e ossos”. E em resposta ao quesito 12, afirma que em relação às lesões apresentadas pela requerente: “é evidente que houve excesso de irradiação pela extensa necrose tecidual...”, efeito este decorrente, como

atestado, pela sujeição demasiada ao malfadado aparelho.

Finalmente, o louvado descarta decisivamente a ocorrência de negligência e imperícia, assim dizendo: “Com negligência certamente não, pois pelas condições tanto do réu como da autora houve dedicação. O julgamento da imperícia fica prejudicado por não ter testemunhado o ato cirúrgico bem como desconhecer as condições em que foi realizado”.

Mas assevera categoricamente que “como cirurgião e avaliando as condições em que se encontra a paciente fica evidente o excesso de irradiação. Pela lógica este excesso só poderia ser explicado por defeito na aparelhagem ou uma imprudência no tempo da exposição” (laudo de fls. 147/148).

Como se vê, o expert apontou a possível ocorrência de uma das modalidades da culpa — imprudência —, ocorrência esta que acabou por restar devidamente caracterizada.

Sobre a impossibilidade do uso prolongado do multicitado aparelho é fato indiscutível, tendo sido, inclusive, atestado pela perícia.

Esses os elementos probatórios fornecidos pelo louvado oficial, havendo, agora, que se esmiuçar aqueles extraídos da prova oral.

Num primeiro momento, infer-se que além do médico e da ora apelada, estavam presentes uma vizinha — não ouvida nos autos — e Dilma Reinert, enfermeira, a qual, assegurou em seu depoimento que “o Dr. Luiz, ligava e desligava aproximadamente quinze vezes por segundo, até localizar o objeto, digo, durante todo o

tempo (...). Que a máquina de raio X foi acionada quinze vezes” (fl. 175).

Dos profissionais da área médica ouvidos, Ronaldo Libório Magalhães consignou que “a utilização do aparelho de raio X causam (sic) lesões graves somente em disposição de maior tempo, as quais não sabe precisar...”. De seu turno, registrou Rivadávia Feijó (fl. 214/v.), “que uma exposição prolongada ao aparelho é capaz de causar lesão, no entanto, para que isto aconteça é necessário que sejam tiradas várias radiografias ao mesmo tempo”.

Acerca da alegação do réu/apelante de que a utilização prolongada do equipamento causaria danos de monta a ele, passíveis de interromper seu funcionamento, não há prova conclusiva a respeito. Aduz o recurso que a prova pericial não esclareceu esse ponto. Contudo, não era dado ao apelante ignorar que poderia perfeitamente ter propugnado por maiores esclarecimentos a respeito. Quedou-se, no entanto, absolutamente silente.

Ainda, há que se dizer que dos depoimentos prestados, colhe-se que o aparelho em questão por vezes apresentava defeitos, não havendo como se apurar, todavia, se na ocasião encontrava-se realmente danificado, questão esta aliás, sequer argüida na defesa.

Bem assim, de todo o exposto avulta inafastável o nexa causal. Dito de outra forma conclui-se que a lesão apresentada pela recorrida decorreu, efetivamente, da aplicação radiológica desmedida, malgrado o aparelho tenha sido ligado e desligado sucessivamente. Certamente porque tal foi feito em intervalos demasiado curtos,

como se depreende do testemunho da testemunha que assistiu o insurgente durante o procedimento. Por essa forma, inadmissível que o cirurgião, ainda que no afã de localizar o projétil e levar a contento sua extração, se utilizasse praticamente de forma contínua de maquinário que, não obstante assaz útil, apresenta efeitos de extrema nocividade quando empregado de forma inadequada.

De outra sorte, forçoso reconhecer o equívoco do culto sentenciante ao afirmar que o apelante confessou que a parte ex adversa restou submetida ao equipamento “por horas”. Referiu-se o litigante ao tempo de permanência do projétil no braço da parte ex adversa. Mas isso não muda o quadro que se delineou, sendo de somenos importância.

Enfim, demonstrado a contento o descuido do médico, havia mesmo que se acolher a pretensão da postulante de ser ressarcida pelos prejuízos dele decorrentes.

Antes de adentrar no exame das verbas indenizatórias, há que se verificar se realmente ocorrente o julgamento ultra petita.

Primeiramente, como dito acima, aduziu o recorrente que tendo a autora pugnado pela apuração das verbas em liquidação de sentença, não havia como o Magistrado fixá-las na sentença. E mais, que foi condenado a ressarcir despesas não enumeradas na exordial, tais como cirurgias plásticas, transporte, remédios etc., tratando-se, ademais, de sentença condicional, “já que condena aleatoriamente e de maneira ampla, podendo permitir até mesmo enriquecimento sem causa”.

Não se vislumbra, entretanto, a vulneração ao art. 460 do CPC.

Quanto às despesas futuras, há que se notar que a postulação inicial expressamente propugna pela condenação do réu “em ressarcir à requerente das despesas já desembolsadas em seu tratamento e aquelas que ainda fará”, despesas estas cuja apuração foi corretamente postergada para a fase de liquidação conforme se depreende do dispositivo do decisum singular. E com a permissa venia, não se configura a nulidade da sentença por se tratar de sentença condicional.

No item d, da petição inicial, a requerente clamou pela apuração do quantum indenizatório em liquidação de sentença, “onde verificar-se-á o valor das despesas e lucros cessantes, dote e pensão incidente desde o destidoso evento até o momento em que a requerente alcance 65 (sessenta e cinco) anos, conforme orientam os Tribunais, com inclusão do 13º salário”.

A princípio, pois, seria correta a tese agitada no apelo.

Entretanto, no pertinente à pensão e dano moral, não há óbice à sua fixação desde logo pelo julgador.

Com relação à primeira, é entendimento jurisprudencial assente que não dispondo a vítima de rendimentos (mesmo porque a autora sequer havia ingressado no mercado de trabalho), o parâmetro a ser utilizado é o salário mínimo.

Confira-se a lição de João Casilho a respeito:

“O elemento remuneração é simples indicativo para fixação do

quantum indenizatório, e não fundamento da indenização. O que exige a indenização é a existência do dano emergente e/ou do lucro cessante. Assim não se pode dizer que a morte de alguém que esteja desempregado, só porque naquele momento não tinha fonte imediata de rendas, não signifique um dano.

“(…) Entretanto, há que se presumir que um mínimo de rendimento a vítima tivesse, mínimo este que não poderá ser inferior a seu salário mínimo profissional, ou então, ao salário mínimo. Admitir-se que alguém ganhe abaixo do salário mínimo, quer profissional, quer regional, é admitir, ao mesmo tempo, a existência de um tratamento indigno para com a pessoa humana e uma infração legal” (Dano à pessoa e sua indenização, 2ª ed., Ed. RT, 1994, págs. 183/184).

Nesse norte, a Súmula 490 do Supremo Tribunal Federal:

“A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores”.

E no que pertine ao dano moral, consignou o preclaro Des. Napoleão Amarante:

“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, segun-

do critério justo e discricionariedade fundamentada. Nada impede, por outra parte, que, na hipótese de dano moral, se o pedido foi 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" (Ap. Cív. n. 40.510, sem grifo no original).

Em verdade, mesmo não sendo especificado o valor do dano moral, é até salutar que o Magistrado o fixe de pronto, haja vista seu caráter meramente estimativo.

Diversa é a situação dos lucros cessantes, os quais, cumpre dizer, não se me afiguram devidos. É que à requerente já foi concedida a pensão mensal, de cunho nitidamente laboral. Há que se considerar, ainda, que ela não exercia função remunerada à época dos fatos, e a verba sob enfoque tem por fito, justamente, indenizar o lesado pelos rendimentos que deixou de auferir durante sua convalescença. Infligir ao apelante também o seu pagamento se constituiria em indiscutível bis in idem.

Rebela-se o apelo, também, contra a condenação a um dote à guisa de dano moral, ao argumento de que a própria postulante admite que tem uma vida normal, não se configurando, pois, "o alegado abalo extrapatrimonial" (fl. 189).

Causa espécie a sua afirmação.

Basta uma vista d'olhos nas fotografias juntadas à exordial, para se deduzir que a deformidade apresentada pela jovem certamente lhe causa angústia, provocando compreensível e sensível diminuição de sua auto-estima. Seria hipocrisia dizer que a lesão não causa uma profunda impressão, não podendo se descartar a hipótese de que influencie negativamente sua vida afetiva, quiçá comprometê-la.

Inegável, no contexto, o sofrimento íntimo pelo qual passa.

Na lição de Yussef Said Cahali, "parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, 'como a privação ou diminuição daqueles que têm um valor precípua na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos'; e se classificando, assim, em dano que afeta 'a parte social do patrimônio moral' (honra, reputação etc.) e dano que molesta a 'parte afetiva do patrimônio moral' (dor, tristeza, saudade etc); e dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc), e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)" (in Dano e Indenização, pág. 7, 1980, sem grifo no original).

Tenho que o valor fixado a título de dote — de ocorrência dúvida e incerta porque não descartada a hipótese de a requerente vir a contrair matrimônio, malgrado a lesão apresentada —, deve englobar, além do dano moral, também o de natureza estético, ambos espécies do mesmo gênero.

Araken de Assis, ministra o ensinamento de que "O dano estético, que o art. 1.538, § 1º, do Código Civil designa de aleijão ou de deformidade, apresenta análoga ambivalência. A perda de um olho poderá diminuir a capacidade de trabalho. Neste caso, se cuidará de dano patrimonial. Mas, ao mesmo tempo, poderá provocar compreensível diminuição da auto-estima do lesado, e, então, se caracterizará como dano moral puro, conforme estabeleceu a 3ª Turma do STJ (6): 'Dano estético. Em si mesmo considerado, abstraindo-se e eventuais repercussões patrimoniais, que, como tal, deverão ser ressarcidas, constitui modalidade de dano moral'" (RJ 236/5).

A respeito, vale, ainda, remeter-se aos ensinamentos de Magalhães, citado por João Bosco Penna:

"Nós definiríamos o dano estético ou ob deformitatem, da maneira que o chama Giorgi: como qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um 'enfeamento', que lhe causa humilhação e desgostos, dando origem, portanto, a uma dor moral.

"Para isso basta que haja qualquer 'transformação' da pessoa, não tendo mais ela a aparência que possuía antes do evento danoso. A sua conceituação difere, assim, daquela de lesão deformante do Direito Penal no qual para que se configure crime é necessário que a ofensa à integridade física tenha certa gravidade. Para o Direito Civil havendo dano há o dever de indenizar.

"O dano estético acarreta um dano moral. Toda essa situação terá

que causar na vítima humilhações, tristezas, desgostos, constrangimentos, isto é, a pessoa deverá sentir-se diferente do que era e menos feliz. Há, então, um sofrimento moral tendo como causa uma ofensa à integridade física e este é o ponto principal do conceito de dano estético. É dessa maneira que o dano estético é encarado pela maioria dos autores tanto pátrios quanto estrangeiros".

E arremata:

"Dano moral é a vergonha e a inferioridade que se sente, o desagrado que se causa, devido à depreciação da função estética; as higienizações de próteses às escondidas; ao fato de a 'nova' individualidade física ser diversa da que era, que repercute no psiquismo, parecendo, do ponto de vista psíquico, diverso do que realmente é; ao fato de tornar-se feio aos seus olhos e aos dos outros" (Dano Pessoal e sua Indenização: deformidade permanente, São Paulo: Leud, 1998, págs. 99, 127 e 289).

De outra parte, a determinação do quantitativo reparatório é, sem dúvida, questão das mais tormentosas. Nunca se poderá instituir uma relação de equivalência entre certa quantidade de moeda e a dor experimentada no corpo e na alma. Nunca se poderá determinar um preço da dor, ou pretium doloris. A moeda, todavia, poderá permitir ao ofendido a obtenção de satisfações que contrabalançam o mal sofrido. Como dizia Manoel Domingues de Andrade, "o dano moral não pode ser pago, mas pode ser compensado" (Teoria geral das obrigações, Coimbra: Coimbra Editora, 1958, pág. 167), devendo a quantia então arbitrada ser suficiente para atribuir ao lesado uma

consolação ou satisfação substitutiva. Doutrina e jurisprudência têm assinado o dever do juiz, na evolução desse mister, considerar a gravidade e os efeitos da lesão e as condições pessoais, sociais e econômicas do lesado e as do responsável pelo ressarcimento, tendo o cuidado de evitar a comercialização dos sentimentos humanos e o deferimento de indenizações socialmente irrelevantes. Sobrepondo tais diretrizes à espécie, tenho que o importe estabelecido comporta redução. Como dito acima, o dano moral sofrido pela autora atingiu o recôncavo de seu espírito, despojando-a de sua integridade física e privando-a, de uma certa forma, de uma vida normal. Não obstante, creio que a fixação da importância devida em valor equivalente a 150 salários mínimos aliviará as privações que suporta, sendo pessoa simples e humilde. De outra banda, não há elementos que demonstrem possuir o réu patrimônio de grande monta, funcionando tal quantia como punição adequada ao grau de censura de sua conduta.

Também a pensão é igualmente devida. É norma legal que havendo incapacidade laborativa em decorrência do ato ilícito, há que se prestar uma pensão correspondente à importância do trabalho para o qual a vítima se inabilitou, ou da depreciação que ela sofreu (art. 1.539, CC).

Pouco importa se a requerente/apelada é destra, ou não. É evidente que a deformidade que apresenta tornará mais tormentoso o exercício de qualquer atividade laborativa, noticiando os autos que sua atividade está restrita aos misteres caseiros.

Posto isso, impende verificar se correto o quantum.

Diz o apelante que foi constatada pela perícia uma perda funcional de 60% (perícia de fl. 148), tendo a requerente postulado “uma pensão correspondente à importância do trabalho, para qual se inabilitou ou da depreciação sofrida...” (petitório de fl. 7).

Dessarte, parece-me cabível a redução da pensão para 60% do salário mínimo, ante o teor do requerimento contido na exordial.

Também no tocante ao limite temporal da pensão, estabelecida a partir dos 18 anos e “enquanto viver a autora”, merece reproche a sentença.

Malgrado “A fixação do limite de idade tem incidência quando se trata de vítima morta com relação aos dependentes na fixação do tempo provável de vida, para estabelecimento da extensão do posicionamento devido pelo causador do óbito” (Apelação Cível n. 41.475, de Joinville, rel. Des. Anselmo Cerello), a requerente/apelada clamou pelo pensionamento até a idade de 65 anos. Sendo certo o pedido, deveria o julgador ater-se a ele, pedido este, aliás, que comporta acolhimento, a despeito da irresignação do recorrente, que pretende a redução do limite temporal para 25 (vinte e cinco) anos.

É posicionamento, todavia, que não discrepa do entendimento jurisprudencial atinente à matéria.

Veja-se:

“Pensão mensal. Pretendida fixação do termo ad quem na data em que a vítima completaria 25 anos. Impossibilidade. Verba que seria devi-

da enquanto perdurasse a invalidez se o pedido não houvesse estabelecido como termo final a data em que a vítima vier a completar 65 anos. Recurso voluntário deprovido. Remessa parcialmente provida para assentar como termo ad quem da obrigação de pensionar a data constante do pedido” (Apelação Cível n. 98.010907-8, rel. Des. Sérgio Paladino).

Consta do voto do julgado acima observação assaz pertinente, que aqui transcrevo:

“E não se pode, a toda evidência, fixar o limite temporal da obrigação na data em que vier a completar vinte e cinco (25) anos de idade, eis que continuará vivendo na mesma situação infausta, sem poder prover o próprio sustento” (sem grifo no original).

Insta observar que em hipóteses que versam sobre pensão devida por vítima fatal aos seus parentes, é que a percepção da pensão na íntegra se limita em 25 anos. A obrigação em tais casos, todavia, persiste até os 65 (sessenta e cinco) anos, havendo apenas redução à metade a partir de então. Esta é a orientação hodiernamente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

E no que toca à constituição de capital, há que se manter o decísum, ex vi do art. 602 do CPC, que preceitua:

“Toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento”.

O Superior Tribunal de Justiça sufragou o entendimento que apenas

“em caso de notória solvabilidade do devedor, pode ser dispensada a constituição de capital” (STJ, REsp n. 39.625-5/BA, rel. Min. Cláudio Santos).

Note-se bem: notória solvabilidade. In casu, não restou demonstrado que o apelante goze de situação financeira sólida a ponto de tornar dispensável a aplicação do referido dispositivo.

Ressalto, mutatis mutandis, 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).

Finalmente, o MM. Juiz deixou de condenar a autora em verba advocatícia por litigar sob os auspícios da justiça gratuita, decisão esta que é objeto de irrisignação.

E com razão.

Aquele que é beneficiário da assistência judiciária está sujeito ao princípio da sucumbência, devendo responder pelo ônus decorrente.

Sua condenação, todavia, fica sobrestada pelo prazo de 5 (cinco) anos, a teor do art. 12 da Lei n. 1.060/50. Dito de outra forma, a condenação é suspensa, mas de nenhuma forma extinta.

Fica, então, provido o recurso do réu nos termos expostos, quais sejam: reduzir o quantum arbitrado à guisa de dano moral para valor corres-

pondente a 150 salários mínimos na data do efetivo pagamento, bem como a pensão para 60% do salário mínimo e, ainda, determinar a condenação da legitimada ativa nos honorários, condenação esta suspensa pelo prazo determinado pelo dispositivo legal supra.

Finalmente, analiso o recurso da lesada.

Enuncia o inc. XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n. 20/98, in verbis:

“Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

“(…);

“XXXIII — proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos”.

Logo, a teor da norma legal supra, é de ser provido o apelo, devendo

o marco inicial para o pagamento da pensão retroagir para a data em que a autora/apelante completou 14 anos.

Enfim, é provido parcialmente o recurso do réu, enquanto que aquele interposto pela requerente é provido integralmente.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, rejeitada a preliminar, prover parcialmente o recurso de Luiz Ingletto e dar provimento ao recurso de Nadir Kienen.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 28 de maio de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.015829-7, DE PALHOÇA

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível — Seguro habitacional — Imóveis financiados pelo Sistema Financeiro da Habitação — Enchente — Risco de desmoronamento comprovado — Prova pericial — Falhas construtivas aliadas a causas externas — Cláusula — Contrato de adesão — Interpretação favorável aos segurados — Obrigação securitária — Multa decendial — Limitação ao valor da indenização — Descabimento — Indenização do conteúdo — Verba devida — Honorários advocatícios fixados em 10% pelo Togado — Majoração — Desnecessidade — Causa com dezenas de autores — Valor elevado — Des-

provimento dos recursos interpostos — Sentença integralmente mantida.

Sendo os imóveis dos segurados cobertos por apólice habitacional, e tendo a prova pericial comprovado a existência de danos físicos nestes, inclusive a ameaça de desmoronamento, deve a seguradora pagar o montante necessário à reposição dos bens danificados ou repará-los, prestando a tutela jurisdicional.

Se a seguradora alega má conservação dos imóveis financiados, pretendendo eximir-se da obrigação, o ônus da prova é seu, e, não logrando êxito, permanece a obrigação de indenizar. Existindo cláusula que exclua riscos, deve o contrato ser interpretado em favor dos segurados.

A multa decendial tem a finalidade precípua de obrigar a seguradora ao cumprimento da obrigação de fazer, pena de sanção pecuniária sujeita a patamares indefinidos e não limitados pelo valor da própria indenização.

Tendo o laudo pericial comprovado a perda de conteúdo dos imóveis sinistrados, é devida a respectiva indenização, nos moldes previstos na apólice habitacional.

Sendo grande o número de autores e expressivo economicamente o quantum ressarcitório, o percentual fixado a título de honorários advocatícios, em 10%, é justo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.015829-7, da comarca de Palhoça (2ª Vara/Fazenda Pública), em que são apelantes/apelados João Galdino Filho e outros, Sul América — Companhia Nacional de Seguros e o Instituto de Resseguros do Brasil — IRB:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao apelo interposto pelos autores, pela Sul América — Companhia Nacional de Seguros e Instituto de Resseguros do Brasil — IRB.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Instituto de Resseguros do Brasil — IRB, os autores — João Galdino e outros, e Sul América — Companhia Nacional de Seguros, todos qualificados nos autos, recorreram da decisão monocrática prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Palhoça, que compôs a lide nos autos da ação de responsabilidade obrigacional securitária.

Como a apelação interposta já havia sido julgada em segunda ins-

tância, adota-se o relatório de fls. 1.578/1.584:

“João Galdino Filho, Rosângela Ribeiro, Mário L. Borges, Cleusa G. Vieira, Carlos H. da Rosa, Adriano A. Pereira, José C. Machado, Izidio de O. Neto, Euclides J. do Amaral, Valter Silva, José Wellington, Moisés Ferreira, Valécio Teixeira, Márcia O. Ferreira, Osmarina I. Teixeira, Helio Gonçalves Filho, Flávio H. Filho, Neli Izabel Campos, Edvaldo de Souza, Gasparzinho Vieira, Raul Braganholo, Maria Terezinha Rosa, Vilmar Idalicio Cruz, Tony S. da Silva, Eliane Souza, Regina C. M. Silva, Sebastião Farias, Francisco O. Rosa, José M. Vieira, Joaquim C. Silva, Mercedes B. Gomes, Pedro J. Silva, José C. Bresciani, Carlos A. Rosa, Osvaldo Ferreira, Elizete L. Vieira, Manoel J. Pedro, Elcio I. Merize, Valter Calixto, Hiroshi Takemura, Vilza N. Garcia, Eda Linhares, Hortência S. da Silva, Carmeli M. Ramlow, Elias R. Xavier, Aroldo V. de Oliveira, Sadi O. Souza, Ivo Soares, José Abel Campos, Maria F. Santos, Antônio C. Gonçalves, Cleide R. Silva, Altani I. Silva, Valdemiro Domingos de Oliveira, Juares de Oliveira, Nadir N. da Rosa, Miriam Camilo Marques, João A. Lourenço, Avelino J. Rodrigues e José P. Justino de Jesus aforaram ação ordinária de responsabilidade obrigacional contra Sul América — Companhia Nacional de Seguros.

“Argumentaram os postulantes haverem firmado com a Cohab/SC e com a Sul América — Companhia Nacional de Seguros contrato de compromisso de compra e venda, visando à aquisição das casas em que residem, onde, embutidas nas prestações mensais, pagam os prêmios dos seguros, tendo os mesmos imóveis, no

entanto, apresentado defeitos do tipo cedimento e ondulação do madeiramento do telhado, cedimento, ondulação e oscilação do madeiramento do piso, apodrecimento do forro e do assoalho, fissura, além de apodrecimento das esquadrias de madeira, deterioração da pintura, defeitos esses que, conquanto exponham suas famílias a risco, tiverem suas recuperações negadas pela seguradora habitacional.

“Diante da negativa de cobertura externada, postularam os requerentes a condenação da demandada ao pagamento dos valores necessários à recuperação dos imóveis sinistrados, utilizando-se o CUB (Custo Unitário Básico da Construção Civil) para o reajuste dos respectivos importes, com a incidência da multa decendial de 2% sobre os valores devidos, computada a contar dos trinta dias seguintes à comunicação do sinistro, o pagamento das prestações dos mútuos acaso tenham os financiados que deixar suas residências para os trabalhos de recuperação, o pagamento de 50 UPC's a cada um deles a título de indenização pelos danos causados aos seus bens pessoais em razão do mau estado dos imóveis, ou, alternativamente, a condenação da demandada a recuperar as habitações através de construtora consensualmente escolhida.

“O pedido de assistência judiciária formulado pelos demandantes foi indeferido (fl. 2) em face da não comprovação do estado de pobreza dos mesmos.

“Em contestação (fls. 647 a 651), a Sul América — Companhia Nacional de Seguros argüiu, em preliminar, a nulidade da citação tendo em vista que esta foi recebida por pessoa

que não tinha poderes para recebê-la, expondo, outrossim, a necessidade de citação do Instituto de Resseguros do Brasil, na condição de litisconsorte passivo necessário e, ainda, que fosse determinado o pagamento das custas iniciais pelos postulantes em virtude do indeferimento da assistência judiciária.

“Sustentou, ainda em preliminar, a impossibilidade jurídica do pedido pelo fato dos danos serem oriundos de vícios de construção, vícios esses não acobertados pelo seguro habitacional.

“No mérito, salientou que os danos ocorreram pela má conservação dos imóveis e por vícios construtivos, insurgindo-se contra o pedido do pagamento, em moeda, da quantia necessária aos reparos dos imóveis, bem como contra a utilização do CUB da região como índice de atualização dos valores orçados, evitando-se, com isso, que os autores tirem proveito da situação; no referente à indenização dos bens pessoais, afirmou não estarem esses bens segurados pela apólice habitacional, pleiteando, então, a improcedência do pedido portal.

“Por sua vez, na contestação que ofertou (fls. 654 a 658), o Instituto de Resseguros do Brasil atribuiu a origem dos problemas à baixa qualidade dos materiais empregados nos imóveis, à ocorrência de vícios construtivos e à ausência de manutenção dos imóveis. Asseverou, de outro lado, que os problemas listados pelos mutuários não se enquadram nos termos das apólices, imputando a responsabilidade pela recuperação dos imóveis exclusivamente à Cohab/SC e à construtora que executou as obras.

“Na interlocutória de fls. 681 e 682, o MM. Juiz de Direito a quo deu por sanada a nulidade da citação inicial da seguradora, em face de haver ela comparecido nos autos e produzido defesa, admitida, outrossim, a integração do IRB ao feito, na condição de litisconsorte passivo.

“Manifestando-se nos autos, os demandantes pugnaram pela improcedência do pedido de assistência do IRB por não ter ele interesse no feito, ainda mais quando a seguradora não declinou ter referido Instituto responsabilidade no caso.

“Após haverem os autores se manifestado sobre as contestações, foram, em audiência de conciliação, instrução e julgamento, ouvidos alguns dos postulantes, com a seguradora contestante arguindo incidente de falsidade dos documentos de fls. 114, 116, 261 e 729.

“Nomeada perita judicial, as partes apresentaram quesitos, encarado nos autos, então, o pertinente laudo pericial.

“A seguradora demandada requereu a exclusão do pólo ativo da demanda de Cleide Ricardo da Silva, Moacir da Rosa Filho e Amilton Schmidt Júnior em virtude de já figurarem eles como requerentes em outra demanda semelhante aforada contra Companhia de Seguros Marítimos e Terrestres Phoenix de Porto Alegre, com a conseqüente imposição aos mesmos das penas referentes à litigância de má-fé.

“Produzidas, por memoriais, as alegações finais, sentenciou o MM. Juiz de Direito singular, analisando primeiramente o incidente de falsidade suscitado. Entendeu que as rasu-

ras existentes nos documentos de fls. 114, 116 e 261 não comprometem a sua integridade, e que a falsidade levantada do documento de fls. 729 não foi provada.

"Analisando a legitimidade dos autores, afastou do pólo ativo José Carlos Machado e Pedro José da Silva, extinguindo a demanda com relação a eles; de igual forma, afastou Cleide Ricardo da Silva e Maria Terezinha da Rosa por haverem pleiteado em outra ação pedido idêntico, condenando essas últimas nas custas processuais e honorários advocatícios fixados em 4 salários mínimos, e na pena de litigância de má-fé estipulada em 1 salário mínimo para cada uma.

"Entendeu possuírem os demais requerentes legitimidade para o pleito, julgando procedentes seus pedidos na seguinte forma:

'a) condenou a requerida a recuperar os imóveis sinistrados relacionados no laudo pericial, observando o previsto no anexo 12 da Apólice de Seguro Habitacional, seguindo, todavia, o roteiro das obras e providências indicadas pelo Perito Judicial, segundo conclusões genéricas do Laudo Pericial e Orçamentos individuais de cada unidade habitacional, a fim de que sejam corrigidas as causas dos danos, integrando referidos orçamentos e conclusões o decisorio, devendo a seguradora manifestar tal propósito no prazo de 10 (dez) dias, a contar do trânsito em julgado da presente sentença, ou, alternativamente, em igual prazo, pagar as importâncias consignadas nos orçamentos individuais elaborados pela Perita Oficial, que correspondem aos valores relativos aos danos detectados nos imóveis dos

autores, ainda não recuperados, acrescidos de juros de mora, a partir da citação, corrigindo-se os valores indenizatórios monetariamente, a partir da elaboração do laudo pericial, ou seja, 21/10/96, até a efetiva liquidação.

'b) Condenar a Seguradora ré a pagar, no mesmo decêndio, a partir do trânsito em julgado da presente decisão, as importâncias consignadas nos orçamentos individuais elaborados pela Perita, nos valores relativos aos danos detectados nos imóveis financiados e que já foram por eles reparados, acrescidos de juros e correção monetária, nos termos do tópico anterior.

'c) Condenar a Seguradora a pagar aos autores a quantia equivalente a 50 UPC's pela perda do conteúdo dos imóveis sinistrados, conforme autoriza a cláusula 5ª das Condições Particulares da Apólice Habitacional.

'd) Condenar a Seguradora, em qualquer das hipóteses de execução desta sentença, no pagamento da multa decendial contratualmente fixada em 2% (dois por cento) sobre o valor estabelecido em cada orçamento individual, como consta nos quadros demonstrativos elaborados pela expert, para cada decêndio ou fração de atraso, a contar de 30 (trinta) dias após cada uma das datas dos respectivos Termos de Negativa de Cobertura.

'e) Condenar a Seguradora ré ao pagamento correspondente às prestações de mútuo relativos à desocupação dos imóveis que assim necessitarem de acordo com o laudo pericial, a contar do início das obras e a findar-se 30 (trinta) dias após a entre-

ga do imóvel, caso a seguradora opte pela recuperação destes imóveis;

‘f) Determinar que os pagamentos concernentes às indenizações opcionais e multa, assim como aqueles relativos à indenização das reformas realizadas sejam feitos diretamente aos autores, máxime pela ausência da habilitação da financiadora, conforme estabelecido na cláusula 10.2 das condições particulares;

‘g) Condenar a Seguradora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da indenização corrigida, mesmo que a ré opte por atender a obrigação prevista na primeira parte da letra a da decisão.

‘h) Condenar a Seguradora ao pagamento da parcela dos honorários da Perita paga pelos autores, através do recibo de fls. 815 e complementada através do recibo de fls. 1.385.

‘i) Condenar o Instituto de Resseguros do Brasil — IRB, na qualidade de litisconsorte, a emitir enunciação de vontade autorizadora do pagamento a ser feito pela Seguradora ré, diretamente aos autores, declarando a sua obrigação até o limite da sua responsabilidade, arcando em proporção a sua condenação com os ônus decorrentes do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios’.

“Inconformado com a decisão proferida, apelou o IRB, reeditando seus argumentos anteriores, insurgindo-se também quanto à multa decendial fixada na sentença, citando jurisprudência favorável à limitação da mencionada multa ao valor da obrigação principal; e contra a condenação

pela perda do conteúdo dos imóveis diante da inexistência de provas a respeito dessas perdas. Pugnou pela reforma da sentença.

“Apelaram os requerentes, inconformando-se somente quanto aos honorários de seus advogados, fixados em 10% do valor da condenação. Asseveraram terem seus patronos laborado com muita competência, merecendo, assim, melhores honorários.

“A Sul América — Companhia Nacional de Seguros também apelou, objetivando a reforma do decisum, expondo que os imóveis dos requerentes apresentam modificações, inclusive em suas estruturas, fugindo, assim, do projeto original, não podendo ser indenizados; informou que apresentam as casas, da mesma forma, vícios construtivos e falta de manutenção.

“Referentemente à multa decendial, defendeu dever ela ser limitada ao valor da obrigação principal; quanto aos juros de mora concorda que devem ser estipulados em 0,5 % ao mês, só que a partir da sentença; quanto a sua condenação em pagar os bens que guarneciam os imóveis, sustentou inexistir prova da existência desses; quanto a sua condenação ao pagamento correspondente às prestações de mútuo, reportou-se à parte do laudo pericial que expôs a desnecessidade dos autores desocuparem as residências para as referidas reformas.

“Respondidos os recursos, alçaram os autos a esta Casa de Justiça (...).”

Decidiu a Câmara negar provimento ao apelo formulado pelos autores e pelo IRB, não conhecendo do recurso da Sul América — Compa-

nhia Nacional de Seguros (fls. 1.603/1.604).

O Desembargador Newton Trisotto declarou o voto vencido (fl. 1.605).

Foi interposto recurso especial pelo IRB — Instituto de Resseguros do Brasil, bem como embargos infringentes, requerendo a limitação da multa contratual nos termos do voto vencido.

A Sul América — Cia. Nacional de Seguros interpôs embargos infringentes, alegando que o art. 191 do CPC lhe confere prazo em dobro para recorrer, não podendo deixar de ser conhecida a apelação.

Acordaram, em Primeiro Grupo de Câmaras, acolher os embargos e anular o julgamento, determinando-se o retorno dos autos à Câmara de Origem, para que sejam resolvidas as questões suscitadas, restando prejudicado o recurso do IRB (fls. 1.650/1.655).

A Sul América — Cia. Nacional de Seguros peticionou, especificando os imóveis que estão apresentando risco de desmoronamento do forro interno, informando que estaria providenciando os reparos necessários. Requereu, ao final, a exclusão dos serviços ora realizados da lista apresentada pelos apelados referente aos imóveis acima apontados. Informou que juntaria aos autos a comprovação dos gastos efetuados.

Foram os autos redistribuídos, vindo conclusos ao Relator.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de apelação cível interposta pelos autores João Galdino e outros, Sul América — Cia Nacional de Seguros, e IRB — Instituto de Resseguros do Brasil contra a r. sentença prolatada pelo nobre Magistrado, titular da 2ª Vara da comarca de Palhoça, que bem decidiu o mérito da questão.

Compulsando-se os autos, percebe-se que a sentença não é digna de reparos, pois de forma clara e precisa atacou o mérito da causa, não se arredando de qualquer dos pontos suscitados.

Por haver muito bem analisado e solucionado adequadamente a situação fática e jurídica, proporcionando esperança às pessoas que, praticamente, ficaram sem ter onde morar, seguem transcritas partes da sentença da lavra do operoso Dr. José Maurício Lisboa, como razão de decidir:

“Vistos, etc...”

“(...)”

“Cuida a espécie de Ação Ordinária de Responsabilidade Obrigacional proposta por João Galdino Filho e outros contra Sul América — Companhia Nacional de Seguros e IRB — Instituto de Resseguros do Brasil, na qualidade de litisdenunciado, objetivando obter indenização e/ou reparação de seus imóveis.

“Por questão de ordem, cumpre analisar em primeiro lugar o incidente de falsidade suscitado pela requerida.

“A arguição de falsidade do documento de fl. 114, relativo à cessão de transferência do contrato com anuência da Cohab não procede, eis que não houve adulteração, já que o número do lote e quadra constantes à

caneta no citado documento correspondem àqueles expressos no campo 5 — endereço do imóvel —, do aviso do sinistro de fl. 342. Ademais, o laudo pericial constatou que o lote 6, da quadra 18, pertence realmente ao autor Valdemiro Domingos de Oliveira, conforme relação de fl. 819. De igual forma, embora conste do Contrato de Compra e Venda de fl. 116, o número do lote e quadra adulterados, estes correspondem àqueles constantes do Aviso do Sinistro de fl. 343, campo 5 — endereço do imóvel — onde se identifica que o número da quadra é 18 e o lote n. 5, tendo sido o imóvel identificado também pelo laudo pericial, através da relação de fl. 819. Ainda com relação ao documento de fl. 261 a identificação do lote e quadra foi corrigida realmente à caneta por ter constado erroneamente no contrato. Acontece que segundo se observa do aviso do sinistro de fl. 313, no campo 5 — endereço do imóvel — onde se identifica que o número da quadra é 3, lote 16, conforme correção feita e, além do mais, o laudo pericial identificou perfeitamente o imóvel (fl. 818) pertencente ao autor Carlos Henrique da Rosa.

“Segundo exegese do art. 386 do CPC, ‘o juiz apreciará livremente a fé que deva merecer o documento quando em ponto substancial e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento’. A rasura apontada nos documentos de fls. 114, 116 e 261 não comprometem a sua integridade, eis que corroborados pelos avisos dos sinistros anteriormente citados e pelo próprio laudo pericial.

“De outro lado, quanto à argüição de falsidade ideológica da declaração de fl. 729, cumpre observar que

‘a prova da falsidade do documento, nos termos do art. 389, inc. I, do CPC, incumbe à parte que a argüiu. Não se desincumbindo deste ônus satisfatoriamente, corre o risco de ver inatendida sua pretensão’ (Apelação Cível n. 97.002528-9, de Itajaí, rel. Des. Eder Graf). No caso em exame, tratando-se de falsidade ideológica, o seu reconhecimento levaria a sua desconstituição. E, segundo Dagma Paulino dos Reis, citado no corpo do acórdão supracitado: ‘A falsidade a que se refere a lei quanto ao incidente do art. 390 do CPC é a material, e não intelectual ou ideológica, pois, neste caso, há manifestação de vontade, embora eivada de vício (...) Trata-se, portanto, de falsidade ideológica, que para ser reconhecida, depende de ação autônoma desconstitutiva, dado que essencial à constatação dos vícios de índole subjetiva’ (RT 629/155).

“Nestas condições, deixo de acolher o pedido de declaração de falsidade dos documentos de fls. 114, 116, 261 e 729 formulado pela requerida às fls. 737/740.

“Aduz a requerida às fls. 704/708 e ratifica em alegações finais que alguns dos autores não são partes legítimas para estar em Juízo. Assim, passo a analisar em primeiro lugar a legitimidade de cada um dos autores mencionados pela requerida:

“José Carlos Machado, conforme declaração fornecida pela financiadora (fl. 729), o aviso de sinistro foi remetido à seguradora em nome do autor, todavia, segundo se observa da petição de fl. 1.329, o próprio autor admite que o contrato de mútuo encontra-se registrado, junto à Cohab, em nome de outra pessoa, resultando daí

sua ilegitimidade, conforme se verifica do contrato de fls. 257/258.

“Quanto ao autor Pedro José da Silva, verifica-se que o aviso de sinistro encontra-se realmente em nome de Derlei Zago Nandi (fl. 335); assim como o contrato de fls. 183/185, inexistindo nos autos qualquer procuração ou cessão de transferência do imóvel que comprove a sua legitimidade.

“Assim, impõe-se a exclusão dos autores supracitados da relação processual, eis que são estas partes ilegítimas para figurarem no pólo ativo da presente demanda.

“De igual forma, relativamente a Cleide Ricardo da Silva, verifica-se que esta formulou pedido idêntico junto ao Juízo da 1ª Vara desta Comarca (fl. 1.277); Maria Terezinha da Rosa, pleiteia nestes autos indenização referente ao lote 14, quadra 7, do Conjunto Habitacional Brejaru I, a qual já foi anteriormente pleiteada também junto ao Juízo antes citado em nome de Moacir da Rosa Filho (documento de fls. 1.277/1.278). Assiste, pois, razão à requerida, quanto à exclusão destes da relação processual, na medida em que já formularam pedido idêntico junto ao Juízo da 1ª Vara desta Comarca, cuja sentença foi prolatada em 3/2/1997. Com relação a Amilton Schmidt Júnior, também citado às fls. 1.274/1.277, verifica-se que seu nome não consta do rol dos autores destes autos. Cumpre observar que embora já prolatada sentença esta ainda não transitou em julgado, devendo, portanto, ser reconhecida a litispendência, nos termos do art. 267, inc. V, do CPC.

“Mário Luiz Borges, apesar do aviso do sinistro (fl. 311) encontrar-se em nome de João dos Santos, com prova ser proprietário através do Contrato de Transferência de Promessa de Compra e Venda de fls. 268/269, com anuência da Cohab.

“Cleusa Gonçalves Vieira casada com Paulo Francisco Vieira (certidão de casamento de fl. 1.359) que adquiriu o imóvel através da cessão de fls. 263/264.

“Osmarina Iraci Teixeira adquiriu o imóvel juntamente com Pedro Júlio Teixeira, conforme contrato de fl. 238, não sendo, pois, verdadeira a afirmativa de que referida autora é parte ilegítima para atuar no pólo ativo da demanda. Cumpre ressaltar que o fato de constar no Termo de Negativa de Seguro de fl. 359 apenas o nome de Pedro Júlio Teixeira, não a exclui como segurada, tendo em vista que o imóvel pertence aos dois.

“Embora tenha constado erroneamente na inicial o nome de Ioni Souza da Silva, não há dúvida que se trata na verdade de Tony Souza da Silva, nome constante da Cessão de Transferência de Promessa de Compra e Venda de fl. 215 e aviso de sinistro emitido pela Cohab (fl. 296), devendo proceder-se a retificação, pois se trata claramente de erro de grafia.

“Eliane Oliveira de Souza adquiriu o imóvel sinistrado juntamente com Wilson Gentil de Souza, conforme contrato de fl. 212, sendo, portanto, irrelevante o fato de constar no aviso de sinistro (fl. 295) apenas o nome de Senhor Wilson.

“Regina Célia Momm da Silva adquiriu o imóvel sinistrado juntamente com Carlos Alberto da Silva,

consoante Contrato de fls. 209/211, sendo perfeitamente justificável que o aviso de sinistro tenha sido expedido em nome de apenas um dos adquirentes (fl. 294).

“Hortência A. Silveira adquiriu o imóvel sinistrado juntamente com seu marido João Carlos da Silva, conforme Cessão de Transferência de Promessa de Compra e Venda de fls. 155/156.

“Carmeli Maria Ramlow adquiriu o imóvel juntamente com seu marido Jan Ramlow, sendo que o aviso do sinistro realmente foi emitido em nome deste (fl. 324).

“Maria de Fátima Santos consta da declaração firmada pela Cohab às fls. 729 e 753, ter sido comunicado à seguradora o sinistro relativo ao seu imóvel.

“Antônio Claret Gonçalves comprou referido imóvel, mediante recibo (fl. 89), e embora o aviso do sinistro (fl. 318) encontre-se em nome dos primitivos proprietários, Osvaldo Batista de Lira Júnior e sua mulher Ihe outorgaram procuração (fl. 88 e v.) com amplos poderes de administração sobre referido imóvel.

“Com relação a Nadir Natália da Rosa, em que pese os argumentos da requerida, a procuração de fl. 90 e v. outorga à autora, além de outros, poderes específicos para receber indenização do sinistro referente à casa no conjunto habitacional Brejaru I, Bloco 20, lote 2, pleiteada neste processo.

“A legitimidade do autor Hiroshi Takemura exsurge do contrato de fls. 162/164, sendo irrelevante o fato de não constar a data do aviso do sinistro na relação de fl. 40.

“O autor Ivo Soares firmou contrato de compromisso de compra e venda com a primitiva proprietária do imóvel sinistrado, conforme documentos de fls. 138/144, exsurgindo daí sua legitimidade.

“Relativamente a Carlos Henrique da Rosa (documento de fls. 244/246) e José Manoel Vieira, apesar destes terem vendido seus imóveis, tal fato, contudo, não leva à exclusão destes da relação processual porque os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias, incluído aqui o alienante da coisa ou direito litigioso, atingirão todos os adquirentes. Frise-se que se houver cadeias sucessivas de alienações, todos os adquirentes serão atingidos pela sentença, segundo inteligência do § 3º do art. 42 do CPC.

“A legitimidade de Míriam Plácido Camilo Marques é comprovada pelo contrato de fls. 288/293.

“É de observar-se que a legitimidade dos demais autores encontra-se igualmente comprovada:

“João Galdino Filho, quadra 1, lote 1, Brejaru I, conforme documento de fls. 272/274.

“Rosângela Ribeiro, quadra 2, lote 3, Brejaru I, conforme documento de fls. 270/271.

“Carlos Henrique da Rosa, quadra 3, lote 16, conforme documento de fls. 261/262.

“Adriano Agostinho Pereira, quadra 4, lote 1, Brejaru I, conforme documento de fls. 259/260.

“Izídio de Oliveira Neto, quadra 4, lote 15, Brejaru I, conforme documento de fls. 254/256.

“Euclides João do Amaral, quadra 4, lote 16, Brejaru I, conforme documento de fls. 251/253.

“Valter da Silva, quadra 4, lote 20, Brejaru I, conforme documento de fls. 249/250.

“José Wellington, quadra 4, lote 21, Brejaru I, conforme documento de fls. 247/248.

“Moisés Ferreira, quadra 4, lote 27, Brejaru I, conforme documento de fls. 244/246.

“Valécio Teixeira, quadra 5, lote 2, Brejaru I, conforme documento de fls. 242/243.

“Márcia Onelita Ferreira, quadra 5, lote 10, Brejaru I, conforme documento de fls. 240/241.

“Hélio Gonçalves Filho, quadra 6, lote 2, Brejaru I, conforme documento de fls. 236/237.

“Flávio Henrique Filho, quadra 6, lote 4, Brejaru I, conforme documento de fls. 234/235.

“Neli Isabel Campos, quadra 6, lote 9, Brejaru I, conforme documento de fls. 230/233.

“Edvaldo de Souza, quadra 7, lote 4, Brejaru I, conforme documento de fls. 227/229.

“Gasparzinho Vieira, quadra 7, lote 6, Brejaru I, conforme documento de fls. 224/226.

“Raul Braganholo, quadra 7, lote, Brejaru I, conforme documento de fls. 221/223.

“Vilmar Idalício da Cruz, quadra 8, lote 3, Brejaru I, conforme documento de fls. 217/218.

“Sebastião Farias, quadra 10, lote 7, Brejaru I, conforme documento de fls. 206/208.

“Francisco Ondino da Rosa, quadra 11, lote 1, Brejaru I, conforme documento de fls. 204/203.

“José Manoel Viera, quadra 11, lote 8, Brejaru I, conforme documento de fls. 201/203.

“Joaquim Correa da Silva, quadra 12, lote 6, Brejaru I, conforme documento de fls. 189/200.

“Mercedes de Barros Gomes, quadra 12, lote 7, Brejaru I, conforme documento de fls. 186/188.

“José Carlos Bresciani, quadra 12, lote 14, Brejaru I, conforme documento de fls. 180/182.

“Carlos Alberto Rosa, quadra 12, lote 15, Brejaru I, conforme documento de fls. 175/176.

“Osvaldo Ferreira, quadra 12, lote 16, Brejaru I, conforme documento de fls. 175/176.

“Elizete Laura Vieira, quadra 13, lote 2, Brejaru I, conforme documento de fls. 172/174.

“Manoel João Pedro, quadra, 13, lote 4, Brejaru I, conforme documento de fls. 170/171.

“Elcio Itamar Merize, quadra 13, lote 5, Brejaru I, conforme documento de fls. 168/169.

“Valter Calixto, quadra 13, lote 6, Brejaru I, conforme documento de fls. 165/167.

“Vilza Nara Garcia, quadra 13, lote 10, Brejaru I, conforme documento de fls. 160/161.

“Ed Alves Linhares, quadra 13, lote 14, Brejaru I, conforme documento de fls. 157/159.

“Elias da Rosa Xavier, quadra 16, lote 1, Brejaru I, conforme documento de fls. 150/151.

“Aroldo Valdemiro de Oliveira, quadra 16, lote 4, Brejaru I, conforme documento de fls. 147/149.

“Sadi Orlando Souza, quadra 16, lote 5, Brejaru I, conforme documento de fls. 145/146.

“José Abel Campos, quadra 17, lote 6, Brejaru I, conforme documento de fls. 135/137.

“Maria de Fátima Santos, quadra 17, lote 7, Brejaru I, conforme documento de fls. 133/134.

“Altani Inácia da Silva, quadra 18, lote 5, Brejaru I, conforme documento de fls. 116/118.

“Valdemiro Domingos de Oliveira, quadra 18, lote 6, Brejaru I, conforme documento de fls. 114/115.

“Juarez Lima de Oliveira, quadra 20, lote 1, Brejaru I, conforme documento de fls. 111/113.

“João Alvim Lourenço, quadra 24, lote 3, Padre Réus, conforme documento de fls. 286/287 e v.

“Avelino João Rodrigues, quadra 7, lote 2, Brejaru II, conforme documento de fls. 281/285.

“José Paulo Justino de Jesus, quadra 11, lote 9, Brejaru II, conforme documento de fls. 275/280.

“Vencidas as preliminares, passo à análise do mérito.

“Buscam os autores, através da presente ação, a indenização e/ou recuperação de seus imóveis sinistrados, cuja comunicação foi feita, via Cohab havendo, no entanto, negativa de cobertura em relação a alguns e silêncio em relação a outros.

“Da apólice de seguro anexada aos autos às fls. 361/394, verifica-se que a cláusula 3ª, refere-se à cobertu-

ra de seguro contratada para as operações de financiamento vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação, abrangendo os seguintes riscos, in verbis:

‘I — danos físicos dos imóveis;

‘II — morte e invalidez permanente;

‘III — responsabilidade civil do construtor’.

“A cláusula 4ª, referindo-se ao objeto do seguro, dispõe expressamente que ‘A Seguradora garante, dentro dos limites expressamente convenionados nas condições Particulares desta Apólice: a) (...) b) prejuízos decorrentes de danos materiais, incidentes nos imóveis a que se destina a proteção do seguro, aqui contratada; c) (...)’.

“A disposição constante da cláusula 3ª, das Condições Particulares para Riscos de Danos Físicos, item 3.1 referem-se àqueles que possam afetar o objeto do seguro, ocasionado por: ‘a) incêndio; b) explosão; c) desmoronamento total; d) desmoronamento parcial, assim entendido a destruição ou desabamento de paredes, vigas ou outro elemento estrutural; e) ameaça de desmoronamento, devidamente comprovada; f) destelhamento; g) inundação ou alagamento’.

“Item 3.2 — ‘Com exceção dos riscos contemplados nas alíneas a e b, do subitem 3.1, todos os citados no mesmo subitem deverão ser decorrentes de eventos de causa externa, assim entendidos os causados por forças que, atuando de fora para dentro, sobre o prédio ou sobre o solo ou subsolo em que o mesmo se acha edificado, lhe causem danos, excluindo-se, por conseguinte, todo e qualquer dano

sufrido pelo prédio ou benfeitorias que seja causado por seus próprios componentes, sem que sobre eles atue qualquer força anormal'.

"Reportando-se aos riscos excluídos de cobertura, prevê a referida apólice, em sua cláusula 4ª:

'4.1 — Esta apólice não responderá pelos prejuízos que se verificarem em decorrência direta ou indireta de: f) uso e desgaste'.

"E, segundo o item 4.2:

'Entende-se por uso e desgaste os danos verificados exclusivamente em razão do decurso do tempo e da utilização normal da coisa, ainda que cumulativamente a: a) revestimentos; b) instalações elétricas; c) instalações hidráulicas; d) pintura; e) esquadrias; f) vidros; g) ferragens; h) pisos'.

'4.3 No caso de reclamação por prejuízos que se verificarem durante quaisquer das ocorrências mencionadas nesta Cláusula, assiste à Seguradora o direito de exigir do Segurado prova de que os mesmos prejuízos ou danos tiveram causa independente e não foram, portanto, de forma alguma, produzidos pelas referidas ocorrências ou por suas conseqüências'.

"Em sua cláusula 5ª define a Apólice Habitacional, os prejuízos passíveis de indenização. São indenizáveis os seguintes prejuízos: a) danos materiais, diretamente resultantes de riscos cobertos; b) danos materiais e despesas decorrentes de providências tomadas para combate à propagação dos riscos cobertos, para a salvaguarda e proteção dos bens descritos no instrumento caracterizador da operação a que se refere o imóvel, objeto do seguro e desentulho do local; c) encargos mensais devidos pelo Segu-

rado, relativos à operação abrangida pela presente Apólice quando, em caso de sinistro coberto por estas condições, for afastada a necessidade de desocupação do imóvel; d) em caso de perda do imóvel e/ou do conteúdo, e desde que o valor da avaliação inicial do imóvel que serviu de base para a operação celebrada com o Financiador não ultrapasse a 1.000 UPCs será paga uma quantia equivalente, no máximo, a 50 UPCs pela perda do conteúdo.

"Dos danos efetivamente constatados:

"Verifica-se do laudo pericial acostado aos autos que todos os imóveis sinistrados foram individualmente vistoriados, sendo que destes, 60 (sessenta) localizam-se no Conjunto Habitacional Brejaru I, 2 (dois), no Brejaru II e 2 (dois) no Conjunto Habitacional Padre Réus.

"O Perito Oficial e o Assistente Técnico dos autores constataram a existência de danos nas casas, especialmente na cobertura, forro, piso, esquadrias e nas paredes. Ao descrever as causas dos danos físicos dos imóveis, relativamente ao Conjunto Habitacional Brejaru I, informa que neste, 'os danos se referem basicamente à deterioração e soltura de tacos, deterioração de forros e de portas internas e, em especial, deterioração e cedimento da estrutura da cobertura, principalmente das ripas, além de umidade nas paredes e piso...'. No Conjunto Habitacional Brejaru II, se refere 'basicamente à soltura de alguns tacos que revestem os pisos, deterioração de portas externas e internas e umidade nas paredes. Esses danos ocorrem de forma isolada não sendo comum a to-

dos os imóveis do conjunto habitacional’.

“De igual forma, no Conjunto Habitacional Padre Réus, os danos se referem ‘à soltura e deterioração de tacos e forro de madeira, portas externas e internas, umidade em excesso nas paredes e pisos, bem como trincas e rachaduras nas paredes. Ressalta a Sra. Perita à fl. 824 que os danos são comuns a todas as unidades habitacionais, alterando-se tão-somente a sua intensidade e gravidade, em razão de possuírem a mesma concepção construtiva, a utilização de materiais idênticos e serem contemporâneas’.

“Após análise criteriosa dos danos apresentados pelos imóveis em cada um dos conjuntos habitacionais conclui serem estes decorrentes de falhas construtivas; falhas construtivas aliadas a causa externa; somente por causas externas ou, ainda, por falta de manutenção, a seguir especificados:

“Conjunto Habitacional Brejaru I

“Relativamente aos pisos revestidos de tacos, esclarece que a sua deterioração ‘tiveram como causas determinantes as enchentes ocorridas, a falta de impermeabilização dos contrapisos e o não emprego de técnicas adequadas para o assentamento tendo em vista as condições de exposição. Em razão disso, os danos são caracterizados como decorrentes de falhas construtivas e causa externa’. Quanto ao piso cimentado declara que o cedimento destes ‘provavelmente tiveram como causa o solapamento do terreno provocado pelas enchentes, caracterizado como decorrentes de causa externa’.

“Cobertura: ‘A causa dos danos observados na cobertura dos imóveis é a utilização de ripamento com dimensões inadequadas para os vãos livres a que foram submetidas e para o tipo de telha utilizada’. Salieta que ‘o risco de desmoronamento em alguns imóveis é iminente, e que em outros as deformações são menos intensas, mas a tendência ao agravamento é clara, e há risco de desmoronamento futuro. Os danos são decorrentes de falha construtiva’.

“Forro: A deformação e deterioração das placas do forro interno ‘é causada pelas infiltrações da águas (sic) da chuva, tendo como origem as deformações ocorridas na estrutura de madeira da cobertura, caracterizada como decorrente de falha construtiva’. Afirma a ilustre perita deste Juízo que a deterioração dos forros de beiral possuem as mesmas causas dos internos, ressaltando, todavia, que em determinados imóveis são os danos agravados pela falta de manutenção, ou seja, decorrem de falha construtiva aliada à falta de manutenção.

“Paredes: ‘As fissuras e rachaduras são decorrentes de recalques diferenciais das fundações, que geraram danos mais expressivos devido à falta de cinta de amarração no respaldo das paredes e vergas nos vãos de janelas. As diversas enchentes ocorridas podem ter contribuído para o agravamento do problema, por provocarem saturação do solo. Portanto, os danos são causados por falhas construtivas e podem estar associados à causa externa. A umidade é decorrente da cota de implantação das unidades e falta ou deficiência na impermeabilização dos baldrames, originada, portanto, por falhas construtivas’.

“Esquadrias: ‘A deterioração das portas internas foi causada pelos alagamentos sofridos pelos imóveis, caracterizada, portanto, como causa externa. O processo corrosivo que ataca as esquadrias de ferro externas de alguns imóveis pode ser enquadrado como falta de manutenção’.

“Conjunto Habitacional Brejaru II

“Pisos: ‘o deslocamento dos tacos teve como causa determinante as enchentes ocorridas, a falta de impermeabilização dos contrapisos, e, em razão disso, os danos são caracterizados como decorrentes de falhas construtivas e causa externa. O deslocamento dos tacos teve como causa determinante o não emprego de técnicas adequadas para o assentamento, tendo em vista as condições de exposição, e a ocorrência das enchentes...’.

“Esquadrias: ‘A deterioração das portas internas teve como causa o alagamento sofrido pelo imóvel, dano esse caracterizado como decorrente de causa externa’.

“Conjunto Habitacional Padre Réus

“Pisos: ‘A deterioração e a soltura dos tacos tiveram como causas determinantes as enchentes ocorridas, a falta de impermeabilização dos contrapisos e o não emprego de técnicas adequadas para o assentamento, tendo em vista as condições de exposição’. Os danos decorrem, pois, de falhas construtivas aliadas à causa externa.

“Forro: Tanto no forro interno quanto no forro do beiral, segundo a Sra. Perita ‘a deterioração é provocada pela ação de cupins, devido à falta de imunização ou imunização defeituosa

da madeira, caracterizada como decorrente de falha construtiva’.

“Paredes: ‘as rachaduras são decorrentes de recalques diferenciais das fundações, que geraram danos mais expressivos devido à falta de cinta de amarração no respaldo das paredes e vergas nos vãos de janelas. Além disso, a saturação do solo por ocorrência de enchentes é também um fator que pode ter contribuído para o aparecimento e agravamento do problema. Portanto, os danos são causados por falhas construtivas, associadas à causa externa. A umidade é decorrente da cota de implantação das unidades, e falta ou deficiência na impermeabilização dos baldrames, sendo então originada por falhas construtivas’.

“Relativamente à forma de indenização dos sinistros está definida na cláusula 11ª da Apólice do Seguro habitacional:

“11ª — Indenização:

‘Será igual ao valor necessário à reposição do bem sinistrado’.

“A reposição está prevista na cláusula 12ª e subitens:

‘Cláusula 12ª — Reposição:

‘12.1 — A seguradora, em atendimento ao dever de indenizar o Segurado, obriga-se a providenciar, por sua conta e risco, a reposição do imóvel destruído ou danificado, restituindo-o ao estado equivalente àquele em que se encontrava imediatamente antes do sinistro.

‘12.2 — No caso de comprovação impossibilidade ou contra-indicação ou reposição mencionada no subitem 12.1 acima, a indenização será prestada mediante pagamento em di-

neiro, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, ao Financiador, por conta do Segurado, com a prévia anuência do Estipulante.

“Nas normas e rotinas da Apólice de Seguro Habitacional encontramos, na cláusula 12ª, os limites da cobertura devidos pela seguradora, nos casos de sinistros de danos físicos:

‘12.1 Os limites de cobertura são:

‘12.1.1 Danos físicos — o valor necessário à reposição do bem sinistrado ao estado em que se encontrava imediatamente antes da ocorrência do sinistro, obedecida a especificação original’.

‘12.1.2 (...)’.

“No tocante ao procedimento a ser adotado, na hipótese de qualquer sinistro que atinja o imóvel segurado, produzindo-lhes danos físicos, estabelece o anexo 12 da Apólice Habitacional nos itens 2.1 a 2.9 a rotina a ser seguida em casos tais d’onde extrai-se que:

‘— A seguradora deverá iniciar a regulação dos sinistros de danos físicos tão logo receba do financiador o aviso de sinistro;

‘— Recebendo a Seguradora o Aviso de Sinistro compreensivo do Financiador, com cópia do instrumento contratual e da Ficha de Informação do Financiamento, providenciará a mesma, de imediato, a vistoria do imóvel, lavrando o respectivo laudo;

‘— Verificando a existência de danos cobertos pela apólice, a seguradora poderá empreitar a execução dos reparos ou liquidá-los diretamente em dinheiro, caso o valor não exceda a 100 UPC’s;

‘— Estando o imóvel inabitável, a partir do laudo de vistoria, a seguradora responsabilizar-se-á pelo mesmo;

‘— Em até 30 (trinta) dias, contados da data do recebimento do aviso de sinistro, a seguradora deverá entregar ao Financiador, ou o Termo de Reconhecimento de Cobertura (TRC), reconhecendo a sua obrigação, ou o Termo de Negativa de Cobertura (TNC) negando o seu dever de indenizar’.

“Respeitante à reposição dos imóveis destruídos ou danificados deve a Seguradora, em razão da Apólice de Seguro, obrigar-se a providenciar, por sua conta e risco, a reposição do imóvel ao estado equivalente àquele em que se encontrava antes do sinistro. E, objetivando possibilitar a indenização por parte da Seguradora, a Perita Oficial apresenta às fls. 838/840 proposta de recuperação dos imóveis sinistrados, anexando, para tanto, orçamentos discriminados necessários para a recuperação dos imóveis, ‘sem a correção das causas dos danos, ou seja, para realização de serviços da mesma forma como foram originalmente executados’.

“Salienta a Perita Oficial que na elaboração dos orçamentos levou em conta o projeto original dos imóveis fornecido pela Cohab/SC, respeitando suas dimensões, características, e materiais utilizados na construção; não tendo levado em consideração as eventuais alterações procedidas com relação a projeto e especificações.

“Descreve de forma detalhada os serviços a serem desenvolvidos nos imóveis, para recuperação dos pisos; contrapisos; cobertura; forro (in-

terno e do beiral); paredes; esquadrias e pinturas dos imóveis sinistrados, atendendo as peculiaridades dos danos efetivamente constatados em cada uma das unidades habitacionais vistoriadas.

“Cumpre observar, ainda, levando em consideração as conclusões da Perita Oficial, que a alegativa da requerida e do litisconsorte necessário, que, contraditoriamente, alegam que os danos ocasionados nos imóveis decorreram, exclusivamente, da falta de manutenção, também não merece guarida. É que apesar do laudo admitir, quanto às esquadrias externas (portas e janelas de ferro) ter havido realmente falta de manutenção, não foi esta causa considerada determinante para a ocorrência dos sinistros. Ademais, verifica-se inclusive que por ocasião da elaboração da proposta de recuperação dos imóveis sinistrados, item 6.5 — Esquadrias (fl. 839), a Sra. Perita ressalta: ‘cabe lembrar que o dano de corrosão das esquadrias metálicas não é decorrente de quaisquer dos sinistros constatados; alagamento e ameaça de desmoronamento da cobertura. Devido a isso, tal serviço não consta dos orçamentos anexados a este laudo’.

“Da obrigação de indenizar:

“O anexo 12 da Apólice de Seguro Habitacional, antes referenciada, evidencia quantum satis, que os vícios de construção são indenizáveis, consoante exegese da cláusula 3ª, item 3.1, *ipsis literis*:

‘Nos casos em que o vistoriador da Seguradora referir-se expressamente à existência do vício de construção como fato gerador do sinistro, a Seguradora, reconhecendo a

cobertura, requererá medida cautelar específica, consistindo em exame pericial, com vistas a produção antecipada de provas e a fim de requerer, em seguida, se for o caso, contra quem de direito, o ressarcimento da importância despendida a título de indenização’ (fls. 390/391, II volume).

“E em complemento ao item anterior dispõe o subitem 3.1.1: ‘Nesta hipótese as obras de recuperação do imóvel só terão início após concluídas as diligências que foram judicialmente deferidas ou determinadas’.

“No caso dos autos, a Perita Oficial reconhece, como anteriormente já afirmado, que os danos causados aos imóveis são decorrentes de vícios de construção aliados a causas externas, também previstas na Apólice de Seguro Habitacional, como, por exemplo, as enchentes que assolaram os loteamentos vistoriados em 15 de novembro de 1991; 26 de janeiro de 1992; e no final do mês de dezembro de 1995.

“A seguradora em sua contestação reconhece que o estado precário de conservação dos imóveis deu-se exclusivamente por vícios de construção e que tal responsabilidade deve ser definida através da produção antecipada de provas, que poderia ter sido tentada pelos autores. Tal alegação, entretanto, se apresenta irrelevante, na medida em que a perícia judicial realizada constatou efetivamente os danos existentes nos imóveis sinistrados, restando, tão-somente, à Seguradora, a obrigação de recuperá-los.

“Frise-se, por oportuno, que na hipótese prevista no item 3.1 e no subitem 3.1.1, inerente ao caso dos autos, isto é, sendo os imóveis edifica-

dos com recursos oriundos do Sistema Financeiro da Habitação, dentro dos programas habitacionais decorrentes de tal sistema, sem que caiba ao mutuário a construção do imóvel, ou a sua contratação, a cobertura securitária é plenamente cabível, mesmo que os danos havidos fossem provenientes, exclusivamente, de vícios de construção.

“A jurisprudência do Aerópagio Estadual não discrepa desse entendimento:

‘Comprovado o dano físico de natureza irremediável em imóvel coberto por apólice de Seguro Habitacional, cumpre à Companhia Seguradora adiantar o valor necessário à reposição do bem danificado ou, por sua conta e risco, restituí-lo ao estado equivalente àquele em que se encontrava imediatamente antes do sinistro’ (JC — vol. 34/227).

‘Seguro contra danos físicos em prédio construído com recursos do Sistema Financeiro da Habitação. Rachaduras e outros defeitos provocados por recalques nas fundações, com ameaça de desmoronamento. Apólice Habitacional. Risco coberto. Contrato de adesão. Finalidade do seguro. Reconstrução total ou indenização pela seguradora. Procedência do pedido...’ (JC, vol. 62/165).

‘Indenização. Contrato de seguro. Construção de imóvel com recursos do SFH. Ameaça de desmoronamento. Vícios de construção. Irrelevância. Exclusão de cobertura afastada’ (Apelação Cível n. 46.513, rel. Des. Francisco Borges).

‘Seguro habitacional — Danos físicos em prédio adquirido com recursos do Sistema Financeiro da Habita-

ção — Defeitos de construção — Ambiente interno úmido e inadequado à saúde — Exclusão da cobertura securitária por inexistir ameaça de desmoronamento — Obrigação ainda assim de indenizar. (...) Fim social do seguro e princípio de risco integral, com o recebimento do prêmio’ (Apelação Cível n. 45.990, da Capital. rel. Des. Alcides Aguiar, DJSC 9.243, de 29/5/95, pág. 6).

“Quanto ao pedido formulado pelos autores que envolve a quantia referente a 50 UPC’s, como indenização de conteúdo, caso a perícia identifique danos nos móveis e utensílios domésticos como consequência do sinistro, merece esta minudente análise. Da leitura dos quesitos formulados pela requerida, à fl. 845, verifica-se que em resposta ao quesito n. 3 informa a Perita Oficial que ‘houve perda de conteúdo por ocasião das enchentes sofridas pelos imóveis, como aparelhos eletrodomésticos e móveis. Entretanto, não há como elaborar a lista dos bens perdidos, tendo em vista o tempo decorrido entre a ocorrência das enchentes e a data desta vitória’.

“Todavia, ao contrário do que aduz a requerida na peça contestatória, segundo se observa da Apólice de Seguro Habitacional, consta das Condições Particulares para os Riscos de Danos Físicos, dentre os prejuízos indenizáveis previstos cláusula 5ª, letra d, que ‘em caso de perda do imóvel e/ou do conteúdo, e desde que o valor da avaliação inicial do imóvel que serviu de base para a operação, celebrada com o Financiador, não ultrapasse a 1.000 UPC’s, será paga uma quantia equivalente, no máximo, a 50 UPC’s, pela perda do conteúdo’. Assim, nesta

parte, impõe-se igualmente o acolhimento do pedido formulado pelos autores.

“Com relação à interpretação restritiva do seguro prevista no art. 1.460 do Código Civil, é ela incabível in casu, porquanto os danos efetivamente verificados nos imóveis sinistrados, decorrentes de vícios de construção e causas externas tratam-se de riscos expressamente cobertos pela apólice-padrão e restaram comprovados adequadamente.

“Frise-se, por oportuno, que em matéria de seguro, as cláusulas duvidosas são sempre interpretadas em favor do segurado, parte mais fraca.

“Aliás, neste passo, caminha a jurisprudência:

“Seguro. Contrato de adesão. Interpretação.

“O contrato de seguro, típico de adesão, deve ser interpretado, no interesse do beneficiário, somente nos casos que ocorrer dúvida” (Apelação Cível n. 29.056, de Joinvile, rel. Des. Volnei Carlin, DJ/SC n. 7.777, de 31/5/89, pág. 7).

“Seguro — Contrato — Interpretação de cláusula contratual.

“Oferecendo as cláusulas possibilidade de mais de uma interpretação, a dúvida deve ser dirimida em desfavor da seguradora, sob cuja orientação foram as cláusulas redigidas” (JB 3/273).

“Quanto à afirmativa de que os imóveis passaram por obras antes que a Sra. Perita pudesse constatar realmente a necessidade de reparos ou ameaça de estabilidade dos imóveis, esta assertiva, sem dúvida não isenta a requerida do dever de indenizar,

pois, no caso, ‘a indenização não pode ser negada àqueles que, pretendendo livrar-se dos riscos de desmoronamento, resolveram, diante da inércia da seguradora, após o decurso de longo lapso temporal, reparar por si os danos havidos e até mesmo efetuar reformas ou ampliações nas residências’ (Apelação Cível n. 96.008806-7, de Joinvile, rel. Des. Eder Graf).

“Além do mais, nos orçamentos foram considerados apenas os serviços decorrentes de falhas construtivas e/ou causa externa, e as quantidades são as relativas aos projetos originais, específicos a cada tipo de casa, não levando-se em consideração as ampliações ocorridas.

“Ante a responsabilidade de indenizar da seguradora e de seu litisconsorte necessário, objetivando a recuperação dos imóveis sinistrados, a solução que melhor se apresenta, ao meu ver, é a condenação facultativa, na qual os requeridos, na forma do previsto no anexo 12, item 2, deverão contratar empreiteira para a realização das obras, cuja opção deverá ser manifestada no prazo de 10 (dez) dias, a contar do trânsito em julgado, sob pena de, em seguida, ter que liquidar, em dinheiro, a importância orçada no laudo pericial, realizado em outubro de 1996, cujo valor total corresponde a R\$ 293.571,27 (duzentos e noventa e três mil, quinhentos e setenta e um reais e vinte e sete centavos), excluídos deste montante os valores correspondentes às unidades habitacionais dos autores que tiveram sua ilegitimidade reconhecida, quando da apreciação das preliminares.

“A propósito, frise-se que, no quantum fixado para cada indeniza-

ção individual, anotada nos quadros demonstrativos que integram esta sentença, estão incluídas as verbas para pintura das casas, nos termos do item 4.2.1 das Condições Particulares da Apólice (fl. 375), pois o laudo pericial foi suficientemente claro ao assinalar a necessidade da pintura como conseqüência dos estragos que ocorrerão quando da recuperação determinada.

“Convém observar, ainda, que naqueles casos em que os autores (mutuários) recuperaram os imóveis no curso desta ação, a indenização será sempre em dinheiro como reposição pelo valor do orçamento do custo dos materiais e mão-de-obra empregados, como assinalado no laudo pericial.

“Das penas convencionadas

“Relativamente às penas convencionadas, dispõe a cláusula 17ª, item 17.3, das Condições Especiais:

‘A falta de pagamento da indenização, no prazo fixado no item da cláusula 16ª, destas condições, sujeitará a Seguradora ao pagamento da multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da indenização devida, para cada decêndio ou fração de atraso, sem prejuízo da aplicação da correção monetária cabível’.

“Já de conformidade com a cláusula 16ª, item 16.2, das mesmas Condições:

‘O pagamento das indenizações para os sinistros com a documentação complementada até o dia 25 de cada mês, processar-se-á até o dia 25 (vinte e cinco) do mês seguinte ao recebimento, pela Seguradora, da totalidade dos documentos, que permitam con-

cluir o exame da cobertura e calcular o valor da indenização’.

“Incide, por conseqüência, a multa decendial de 2% (dois por cento) requerida na inicial, não só na hipótese de mora no pagamento das parcelas mensais, quando os imóveis são desocupados a pedido da Seguradora, mas também em qualquer hipótese de falta de pagamento de indenização no prazo fixado no item 16.2 da cláusula 16ª das Condições Especiais tudo como previsto no item 17.3, do mesmo capítulo’.

“Dos juros moratórios

“Considerando que a perícia apurou o montante das verbas indenizatórias a serem pagas, utilizando como base referencial os valores em vigor nos meses de agosto e setembro de 1996, impõe-se sejam estes atualizados a partir de tal data e até a data do efetivo pagamento. Assim deverão estes ser atualizados desde 21 de outubro de 1996, data da elaboração do laudo, com a aplicação sobre os meses dos índices de variação do INPC.

“Sobre o montante atualizado serão computados, outrossim, juros constitucionais de 12% ao ano a contar da data da citação inicial da acionada e até a data da efetiva liquidação.

“Posição do Instituto de Resseguros do Brasil — IRB

“Sobre a liquidação dos sinistros dispõe a cláusula 25ª, das Condições Especiais, da Apólice Habitacional:

‘É de competência exclusiva do Estipulante baixar normas, em coordenação com o IRB, sobre liquidação de sinistros, em âmbito nacional, bem

como decidir sobre os casos particulares. A decisão do estipulante sobre um determinado caso revestir-se-á sempre de caráter de obrigatoriedade para a Seguradora’.

“O Instituto de Resseguros do Brasil assume neste processo a posição de litisconsorte passivo necessário por força do estatuído no art. 68 do Decreto-Lei n. 73, de 22/11/66, que dispõe:

‘O Instituto de Resseguros do Brasil será considerado litisconsorte necessário nas sanções de seguro, sempre que tiver responsabilidade no pedido’.

“E ainda dispõe o parágrafo 1º do citado artigo:

‘A sociedade seguradora deverá declarar, na contestação, se o Instituto de Resseguros participa na soma reclamada...’.

“No caso em exame a companhia seguradora requereu a citação do Instituto de Resseguros na contestação (fl. 648), ressaltando que referida entidade participa na atividade de resseguro no percentual de 20% sobre o montante aqui discutido e, através do despacho de fl. 681 e v., o então Juiz Presidente do feito admitiu a citação do IRB, que antes mesmo de ter sido citado interveio no feito como litisconsorte passivo necessário (fls. 654/658).

“Cumpre ressaltar que a obrigação do Instituto Ressegurador está limitada à emissão de autorização à Seguradora ré, para que esta efetue o pagamento correspondente.

“Tal assertiva encontra amparo na jurisprudência pátria:

‘Nos casos de sinistro indenizável, deve a seguradora a quantia representativa do justo adimplemento do contrato, e deve o Instituto de Resseguros do Brasil a enunciação da vontade autorizadora do pagamento’ (RT — vol. 431/193).

“Além do mais, segundo inteligência do art. 641 do Código de Processo Civil: ‘Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença produzirá todos os efeitos da declaração não emitida’.

“Conclui-se, por óbvio, que em hipóteses como a destes autos a sentença condenatória proferida contra a Seguradora ré equivalerá, uma vez transitada em julgado, a autorização do Instituto de Resseguros do Brasil quanto ao respectivo pagamento, assegurado à mesma seguradora o direito de haver, pelos meios adequados, o correspondente a 20% (vinte por cento) do quantum indenizatório que vier a pagar.

“Por fim, quanto ao pedido de litigância de má-fé formulado pela Seguradora à fl. 1.275, porque as autoras Cleide Ricardo da Silva e Maria Terezinha da Rosa, a primeira por si e a segunda através de Moacir da Rosa Filho, já haviam pleiteado idêntica indenização junto ao Juízo de Direito da 1ª Vara, inclusive com sentença prolatada em 3 de fevereiro do corrente, conforme comprovam os documentos de fls. 1.276/1.323.

‘Reputa-se litigante de má-fé quem, intencionalmente, omite fatos considerados essenciais ao deslinde da quaestio, produzindo o risco de induzir o julgador em erro, com evidente prejuízo à parte contrária’ (Apelação

Cível n. 96.000560-9, de Ponte Serrada, julgada em 23/4/96).

“Alexandre de Paula sobre o assunto preleciona:

‘Atua como litigante de má-fé aquele que peticiona e omite a existência de acordo celebrado entre as partes em ação anterior e não instrui a petição com documentos necessários, levando a um conhecimento distorcido e falso dos fatos’ (in Código de Processo Civil Anotado, vol. 1, RT, 6ª edição, pág. 140).

“É exatamente esta a conduta das autoras supracitadas que omitiram deste Juízo o fato de já terem ingressado com pedido de indenização idêntico no Juízo de Direito da 1ª Vara desta Comarca. Tal conduta autoriza a extinção do processo em relação a elas, devido a litispendência, reconhecida, preliminarmente, e torna impositiva a condenação na litigância de má-fé.

“Ante o exposto, com relação aos autores José Carlos Machado, Pedro José da Silva, Cleide Ricardo da Silva e Maria Terezinha da Rosa, os dois primeiros porque não trouxeram aos autos prova de sua legitimidade, e os últimos porque acolhida a litispendência, consoante análise preliminar, julgo extinto o presente processo, sem julgamento do mérito, com fundamento no art. 267, incs. IV e V, do Código de Processo Civil.

“Em conseqüência da extinção, condeno os autores supracitados ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 4 (quatro) salários mínimos, observados os ditames do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil. A exigibilidade desta obrigação ficará condi-

cionada à demonstração pelo credor de que os beneficiários da assistência judiciária perderam a condição de necessitados, dentro do quinquênio a que se refere o art. 12 da Lei n. 1.060/50 (JC 69/200).

“Condeno as autoras Cleide Ricardo da Silva e Maria Terezinha da Rosa à pena de multa que arbitro em 2 (dois) salários mínimos, a razão de um salário para cada litigante, por Litigância de má-fé, eis que perfeitamente caracterizada, na forma do § 2º do art. 18 do Código de Processo Civil.

“Relativamente aos demais autores, julgo procedente o pedido por eles formulado contra Sul América — Companhia Nacional de Seguros para, em conseqüência:

“a) condenar a requerida a recuperar os imóveis sinistrados relacionados no laudo pericial, observando o previsto no anexo 12 da Apólice de Seguro Habitacional, seguindo, todavia, o roteiro das obras e providências indicadas pelo Perito Oficial deste Juízo, segundo conclusões genéricas do laudo pericial e orçamentos individuais de cada unidade habitacional, a fim de que sejam corrigidas as causas dos danos, integrando referidos orçamentos e conclusões a presente decisão, devendo a seguradora manifestar tal propósito no prazo de 10 (dez) dias, a contar do trânsito em julgado da presente sentença ou, alternativamente, em igual prazo, pagar as importâncias consignadas nos orçamentos individuais elaborados pela Perita Oficial, que correspondem aos valores relativos aos danos detectados nos imóveis dos autores, ainda não recuperados, acrescidos de juros legais de 6% ao ano, a partir da citação, corrigin-

do-se os valores indenizatórios monetariamente a partir da elaboração do laudo pericial, ou seja, 21/10/96, até a efetiva liquidação;

“b) Condenar a Seguradora ré a pagar no mesmo decêndio, a partir do trânsito em julgado da presente decisão, as importâncias consignadas nos orçamentos individuais elaborados pela Perita, nos valores relativos aos danos detectados nos imóveis dos autores, que foram por eles reparados, acrescidas de juros e correção monetária, nos termos do tópico anterior;

“c) Condenar a Seguradora, em qualquer das hipóteses de execução desta sentença, no pagamento da multa decendial contratualmente fixada em 2% (dois por cento), sobre o valor estabelecido em cada orçamento individual, como consta nos quadros demonstrativos elaborados pela expert, para cada decêndio ou fração de atraso, a contar de 30 (trinta) dias após cada uma das datas dos respectivos termos de negativa de cobertura;

“d) Condenar a seguradora ré ao pagamento correspondente às prestações de mútuo relativas à desocupação dos imóveis que assim necessitarem de acordo com o laudo pericial, a contar do início das obras e a findar-se 30 (trinta) dias após a entrega do imóvel, caso a seguradora opte pela recuperação destes imóveis;

“e) Determinar que os pagamentos concernentes às indenizações opcionais e multa, assim como aqueles relativos à indenização das reformas realizadas, sejam feitos diretamente aos autores, máxime pela ausência da habilitação da financiadora

conforme estabelecido na cláusula 10.2 das condições particulares;

“f) Condenar a Seguradora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da indenização corrigida, mesmo que a ré opte por atender a obrigação prevista na primeira parte da letra a desta decisão;

“g) Condenar a seguradora ao pagamento da parcela dos honorários da Perita paga pelos autores através do recibo de fl. 815, e complementado através do recibo de fl. 1.385;

“h) Condenar o Instituto de Resseguros do Brasil — IRB, na qualidade de litisconsorte, a emitir enunciação de vontade autorizadora do pagamento a ser feito pela Seguradora ré, diretamente aos autores, declarando a sua obrigação até o limite da sua responsabilidade, arcando em proporção a sua condenação com o ônus decorrente do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

“Publique-se.

“Registre-se.

“Intime-se.

“Palhoça, 10 de setembro de 1997.

“José Maurício Lisboa

“Juiz de Direito” (fls. 1.387/1.415).

Mantém-se, portanto, por seus próprios fundamentos, a decisão atacada.

Na decisão proferida nos embargos infringentes decidiu-se pela anulação do julgamento colegiado, pois considerou-se tempestivo o recurso da Sul América — Cia. Nacional

de Seguros, devendo ser conhecido neste momento, juntamente com os demais.

Conhece-se o recurso interposto por Sul América — Cia. Nacional de Seguros, já que declarado tempestivo, nos termos do art. 191 do Código Instrumental, por ocasião do julgamento dos embargos infringentes.

Os recursos da Sul América — Cia. Nacional de Seguros e do Instituto de Resseguros do Brasil — IRB passam a ser analisados.

A responsabilidade da seguradora em indenizar é cristalina, pois decorrente de contrato, devidamente comprovado nos autos.

A Apólice de Seguro Habitacional acostada aos autos comprova o direito dos autores, não podendo as apelantes eximirem-se da obrigação de indenizar os segurados/autores.

Dispõe o art. 1.432 do Código Civil, in verbis:

“Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”.

Assim preleciona Sílvio Rodrigues:

“O objeto do negócio é o risco, que o segurado transfere ao segurador. Através daquele desembolso limitado, o segurado adquire a tranqüilidade resultante da persuasão de que o sinistro não o conduzirá à ruína, pois os prejuízos, que porventura lhe advierem, serão cobertos pelo segurador” (in Direito Civil: Dos contratos e declarações unilaterais de vontade. 1993,

21ª ed., vol. III, São Paulo, Saraiva, pág. 368).

Pretende a seguradora protelar o pagamento da indenização devida, que se origina de contrato firmado, o que foi devidamente comprovado nos autos pelos autores.

O contrato de seguro gerou obrigação de natureza contratual, já que faz lei entre as partes, e o que foi convencionado por ocasião do pacto deve ser honrado por ambas as partes.

Relembre-se, a finalidade principal dos contratos de seguro é dar tranqüilidade aos segurados. As seguradoras, ao vender planos de seguro, oferecem milhares de benefícios aos futuros segurados e, na hora em que os segurados as acionam, simplesmente recebem um não como resposta.

E, se não ocorre sinistro, apesar de terem os segurados pago o prêmio mensal, estes, com certeza, não receberão o dinheiro de volta.

Aposta-se que nunca ocorra uma enchente e que nunca sua casa ficará embaixo d'água, mas o cidadão tem no seguro, ou melhor, na seguradora, como o próprio nome já diz, uma segurança, “alguém”, in casu, uma pessoa jurídica, que tem como função dar a devida cobertura em caso de sinistro. Afinal, ao firmar o contrato, as seguradoras têm como produto a oferecer, justamente esta segurança almejada pelo contratante.

Entretanto, quando ocorre uma enchente, e o nível da água sobe, atingindo dezenas e centenas de casas numa comunidade inteira, no momento em que os moradores procuram a seguradora, esta simplesmente

nega-se ao pagamento. Então os moradores ajuizaram ação, vendo no Poder Judiciário a “gota de salvação”; que este declare seu direito e condene a seguradora a pagar ou a reformar suas casas, pois, caso contrário, os tetos poderão desabar, o que representa risco para suas vidas.

Em primeira instância, o Magistrado, de acordo com a prova existente nos autos, ou seja, da obrigação da seguradora e dos danos nos imóveis, condena esta a efetuar reparos, pagar valores reclamados e devidos, entregando a prestação jurisdicional a contento, atendendo aos princípios da legalidade, ampla defesa, contraditório e todos os demais.

A seguradora, não conformada, novamente deixa de pagar e efetuar reparos, recorrendo à instância superior, sob o argumento de que não pode dar cobertura, em razão de falhas construtivas e falta de manutenção.

Esse recurso, sob alegações infundadas, pois vão contra qualquer princípio de direito, lei, contrato pactuado, representa uma tentativa de proteger o cumprimento da obrigação securitária, o que caracteriza o descaso da seguradora/apelante, ao descumprir a ordem judicial.

Aproveito a fundamentação do acórdão constante dos presentes autos (fls. 1.576/1.604), da lavra do ilustre Des. Trindade dos Santos, relator da apelação cível em análise, por ocasião do primeiro julgamento colegiado, realizado anteriormente, por medida de economia processual e, principalmente, para que o Poder Judiciário preste a tutela jurisdicional de maneira mais ágil, evitando-se danos irreparáveis ou de difícil reparação, já que

existe nos autos a notícia de que as casas habitadas pelos autores estão com perigo de desmoronamento.

Então transcreve-se:

“(…)

“De início, há que se destacar inexistirem dúvidas nos autos acerca da legitimidade ativa dos recorridos, eis que, na condição de promitentes-compradores ou de adquirentes, detêm eles a condição de mutuários do Sistema Financeiro da Habitação, pelo que estão os imóveis dos mesmos cobertos pelo seguro habitacional, tal qual resulta da Cláusula 1ª das ‘Condições Particulares para os Riscos de Danos Físicos’, inseridas na apólice encartada nos autos.

“Tal legitimidade foi mostrada com precisão cirúrgica pelo MM. Julgador monocrático.

“Quanto ao mérito, acentue-se, por primeiro, que, sob o ponto de vista jurídico, tal como expressa o nosso Código Civil, em seu art. 920, contrato de seguro é:

‘(...) aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante o pagamento de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo de riscos futuros, previstos no contrato’.

“Conceitua-o o aplaudido Antonio Chaves, como sendo:

‘(...) o contrato pelo qual uma das partes (segurador) se obriga para com a outra (segurado), ou pessoa por esta designada, mediante o pagamento de um prêmio, retribuir-lhe, em capital ou em renda, do prejuízo advindo de risco futuro previsto’ (Tratado de Direito Civil, São Paulo, RT, 3ª ed., 1984, Tomo II, vol. II, pág. 1.139).

“Especificamente com relação ao seguro habitacional em si, esclareça-se que o Sistema Financeiro da Habitação, sob a égide do então Banco Nacional da Habitação, deu ênfase a tal modalidade de seguro, pelo qual se procura cobrir todos os riscos a serem enfrentados pelas habitações ditas populares, financiadas com os próprios recursos do mesmo Sistema.

“Dentre os seguros oferecidos pela apólice única, adotada pelo então BNH, insere-se o Seguro Compreensivo Especial, abrangendo os riscos de morte e invalidez permanente dos mutuários adquirentes da casa própria, bem como os danos físicos sofridos pela habitação financiada.

“Impende dizer, por outro lado, que os contratos de seguro das habitações populares construídas com recursos do Sistema Financeiro de Habitação não são de formulação facultativa.

“Ao revés, são eles obrigatórios, justamente para garantir, tanto a integridade do objeto do financiamento, como para resguardar a aplicação dos recursos envolvidos pelo agente financeiro, que, no caso, gestiona com verbas subsidiadas pelo Estado, este objetivando, com isso, a consecução de uma de suas finalidades sociais: o oferecimento de moradia à população de baixa renda.

“Exposto isso, realce-se que a apólice de seguro habitacional questionada, em suas condições particulares para riscos de danos físicos, prevê expressamente, na cláusula 3ª, a cobertura securitária para as hipóteses de incêndio, explosão, desmoronamento total ou parcial, enquadrada na última categoria a destruição ou desabamen-

to de paredes, vigas ou outro elemento estrutural, bem como a ameaça de desabamento devidamente comprovada, o destelhamento, a inundação ou o alagamento.

“Reportando-se aos riscos excluídos de cobertura previsto encontra-se na Cláusula 4ª, item 4.1, que, dentre outros, a apólice em referência não responderá pelos prejuízos que se verificarem em decorrência direta ou indireta de ‘uso ou desgaste’ (letra f).

“De conformidade com o estabelecido no item 4.2, ‘Entende-se por uso ou desgaste os danos verificados exclusivamente em razão do decurso do tempo e da utilização normal da coisa, ainda que cumulativamente a: a) revestimentos; b) instalações elétricas; c) instalações hidráulicas; d) pintura; e) esquadrias; f) vidros; g) ferragens e h) pisos’.

“De outro lado, a teor do conteúdo da cláusula 5ª, inserem-se como prejuízos passíveis de ressarcimento: a) os danos materiais resultantes diretamente dos riscos cobertos; b) os danos materiais e despesas decorrentes das providências tomadas para combater à propagação dos riscos cobertos, para a salvaguarda e proteção dos bens descritos no instrumento caracterizador da operação a que se refere o imóvel objeto do seguro e para o desentulho do local; c) os encargos mensais devidos pelo mutuário, referentes à operação abrangida na apólice, quando, em decorrência do sinistro, for constatada a necessidade de desocupação do imóvel, desde o encargo mensal que se vencer imediatamente após o aviso de sinistro e até aquele que se vencer dentro dos 30

dias subseqüentes à conclusão dos reparos ou à reconstrução do imóvel sinistrado; d) na hipótese de perda do imóvel e/ou de seu conteúdo, desde que a sua avaliação inicial e que serviu de base à operação de financiamento não exceda a 1.000 UPC's, indenização pela perda do conteúdo no limite máximo de 50 UPC's.

“Extrai-se da cláusula 12ª da apólice habitacional, outrossim, que:

‘12.1. A seguradora, em atendimento ao dever de indenizar o segurado, obriga-se a providenciar, por sua conta e risco, a reposição do imóvel destruído ou danificado, restituindo-o ao estado equivalente àquele em que se encontrava imediatamente antes do sinistro.

‘12.2. No caso de comprovada impossibilidade ou contra-indicação da reposição mencionada no subitem 12.1 acima, a indenização será prestada mediante pagamento em dinheiro, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, ao financiador, por conta do segurado, com a prévia anuência do postulante’.

“In specie, impõe-se ressaltado, resta inquestionável da perícia realizada nos autos que, com efeito, em razão das deficiências construtivas que as acometem, as residências dos mutuários apelados sofrem perigo de iminente desabamento.

“A vistoria judicial, no que foi secundado pelo assistente técnico indicado pelos postulantes, no bem elaborado laudo técnico emitido, não deixa margem a qualquer dúvida quanto à natureza das avarias existentes, excluindo toda e qualquer possibilidade de que essas avarias resultem de causas inseridas na apólice habitacional

como excludentes da responsabilidade obrigacional da seguradora demandada à cobertura pleiteada.

“De modo enfático assinalam referidos especialistas referentemente ao Conjunto Habitacional Brejaru I, no qual se situam 60 (sessenta) dos imóveis sinistrados, que:

‘Os danos se referem basicamente à deterioração e soltura de tacos, deterioração de forros e de portas internas e, em especial, deterioração e cedimento da estrutura da cobertura, principalmente das ripas, além de umidade nas paredes e piso’.

“Correspondentemente ao Conjunto Habitacional Brejaru II, no qual se localizam 2 (dois) dos imóveis, observam os mesmos experts que ‘os danos se referem basicamente à soltura de alguns tacos que revestem os pisos, deterioração de portas externas e internas e umidade nas paredes, danos esses que ocorrem isoladamente, não sendo comuns a todos os imóveis do mencionado Conjunto’.

“Por igual, no Conjunto Habitacional Padre Réus, acentua a prova técnica, os danos se referem ‘à soltura e deterioração de tacos e forro de madeira, portas externas e internas, umidade em excesso nas paredes e pisos, bem como trincas e rachaduras nas paredes’.

“Ressalta a peritagem, à fl. 824, que os danos detectados são comuns em todas as unidades habitacionais, modificando-se apenas no que tange à respectiva intensidade e gravidade, em face de possuírem todos os imóveis a mesma concepção construtiva, serem contemporâneas todas as edificações, a par de terem sido utilizados materiais idênticos.

“Concluiu a Sra. Perita Judicial, após analisar os danos constatados em cada um dos Conjuntos Habitacionais, que estes decorreram de falhas construtivas, falhas construtivas aliadas a causas externas, causas externas apenas, ou, ainda, por falta de manutenção, assim discriminadas as referidas causas:

“a) Conjunto Habitacional Brejaru I.

“— Pisos revestidos de tacos: referente aos danos nos pisos, esclarece a peritagem que a deterioração dos mesmos ‘tiveram como causas determinantes as enchentes ocorridas, a falta de impermeabilização dos contrapisos e o não emprego de técnica adequada para o assentamento tendo em vista as condições de exposição. Em razão disso, os danos são caracterizados como decorrentes de falhas construtivas e causa externa. Quanto ao piso cimentado, o cediemento deste teve como causa, provavelmente, o solapamento do terreno provocado pelas enchentes, caracterizado como decorrente de causa externa’.

“— Cobertura: ‘A causa dos danos observados na cobertura dos imóveis é a utilização de ripamento com dimensões inadequadas para os vãos livres a que foram submetidos e para o tipo de telha utilizado, aditando, ainda, que o risco de desmoronamento em alguns imóveis é iminente, sendo que, em alguns outros, as deformações são menos intensas, mas a tendência ao agravamento é clara e há risco de desmoronamento futuro. Os danos são decorrentes de falha construtiva’.

“— Forro: Neste item a conclusão pericial é que a deformação e deterioração das placas do forro interno ‘são causadas pelas infiltrações das águas da chuva, tendo como origem as deformações ocorridas na estrutura de madeira das coberturas, caracterizadas como falha construtiva, sendo que, em alguns dos imóveis, os danos são agravados pela falta de manutenção’.

“— Paredes: referentemente às paredes, nos termos da prova técnica efetuada, ‘as fissuras e rachaduras são decorrentes de recalques diferenciais das fundações, que geraram danos mais expressivos devido à falta de cinta de amarração no respaldo das paredes e vergas nos vãos das janelas. As diversas enchentes ocorridas podem ter contribuído para o agravamento do problema, por provocarem saturação do solo. Portanto, os danos são causados por falhas construtivas e podem estar associadas à causa externa. A umidade é decorrente da cota de implantação das unidades e falta ou deficiência na impermeabilização dos baldrame, originada, portanto, por falhas construtivas’.

“— Esquadrias: no concernente a este item, ‘A deterioração das portas internas foi causada pelos alagamentos sofridos pelos imóveis, caracterizada, pois, como causa externa. O processo corrosivo que ataca as esquadrias de ferro externas de alguns imóveis pode ser enquadrado como falta de manutenção’.

“b) Conjunto Habitacional Brejaru II:

“— Pisos: segundo delineado pericialmente, quanto os pisos ‘o deslocamento dos tacos teve como causa

determinante as enchentes ocorridas, a falta de impermeabilização dos contrapisos e, em razão disso, os danos são caracterizados como decorrentes de falhas construtivas e causa externa. O deslocamento dos tacos teve como causas determinantes o não emprego de técnicas adequadas para o assentamento, tendo em vista as condições de exposição e a ocorrência das enchentes’.

“— Esquadrias: aqui ‘a deterioração das portas internas teve como causa o alagamento sofrido pelo imóvel, dando esse caracterizado como decorrente da causa externa’.

“c) Conjunto Habitacional Padre Réus:

“— Pisos: no concernente aos pisos, ‘a deterioração e a soltura dos tacos tiveram como causas determinantes as enchentes ocorridas, a falta de impermeabilização dos contrapisos e o não emprego de técnicas adequadas para o assentamento, tendo em vista as condições de exposição, decorrendo os danos, pois, de falhas construtivas, aliadas à causa externa’.

“— Forro: quer no forro interno, quer no do beiral, segundo a prova pericial, ‘a deterioração é provocada pela ação de cupins, devido à falta de imunização ou imunização defeituosa da madeira, caracterizada como decorrente de falha construtiva’.

“— Paredes: já nas paredes, ‘as rachaduras são decorrentes de recalques diferenciais das fundações, que geraram danos mais expressivos devido à falta de cinta de amarração no respaldo das paredes e vergas nos vãos de janelas. Além disso, a saturação do solo por ocorrência de enchentes é também um fator que pode ter

contribuído para o aparecimento e agravamento do problema. Portanto, os danos são causados por falhas construtivas, associadas a causa externa. A umidade é decorrente da cota de implantação das unidades e falta ou deficiência na impermeabilização dos baldrames, sendo então originada por falhas construtivas’.

“Há, no quadro assim detectado, inegável é, possibilidade de desmoronamento, com a prova técnica deixando claramente estabelecida a iminente falência de alguns dos elementos basilares das habitações financiadas.

“Não se perca de vista que o sinistro de ameaça de desmoronamento iminente constitui-se, com exatidão, no estado físico, insanável por manutenção comum, que, renunciando a futura destruição de qualquer elemento estrutural, ou o iminente comprometimento da segurança de seus moradores, foram provocados por causas previstas na apólice.

“A iminência da destruição ou desabamento de elementos estruturais ou a periclitização da integridade física dos que habitam o imóvel financiado, frise-se, são elementos notadamente caracterizadores do sinistro de ameaça de desmoronamento, dele sendo exemplos: o apodrecimento ou a infestação generalizada por cupins ou brocas do madeiramento dos telhados; o desmoronamento de tijolos ou paredes por umidade excessiva; os recalques diferenciais das fundações por acomodação do solo; a subsidência dos pisos; as rachaduras das vigas de sustentação, dentre outras.

“Comprovada pericialmente, pois, a ameaça de desabamento iminente, não havia como tentar a seguradora recorrente fugir à responsabilidade contratualmente assumida.

“Descartando de vez as alegativas da seguradora habitacional, quando busca enquadrar a hipótese na rubrica ‘danos excluídos’, deixa claramente estabelecida a perícia efetuada in loco não ter sido a falta de manutenção dos imóveis a causa precípua dos danos detectados, pois que, quanto à ausência ou deficiência de manutenção, apenas em relação a alguns dos itens construtivos é que existiu essa falta ou deficiência, como também em nenhum momento assevera a perita judicial terem sido causados os sinistros por possíveis alterações introduzidas nos imóveis.

“Desta sorte, se modificações estruturais foram feitas em alguns dos imóveis financiados não atuaram elas como causa ou concausa dos danos constatados, posto não terem elas acarretado sobrecargas nos imóveis financiados e que pudessem ter provocado os danos.

“Mesmo porque, referentemente às modificações introduzidas em alguns dos imóveis financiados, estas não são fatores que, isoladamente, acarretam a desobrigação da seguradora do dever de indenizar.

“Consoante já acentuado nesta Casa de Justiça por acórdão da lavra do preclaro Des. Eder Graf:

‘A indenização não pode ser negada àqueles que, pretendendo livrar-se dos riscos de desmora-

havidos e até mesmo efetuar reformas ou ampliações nas residências’ (Ap. Cív. n. 96.008806-7, de Joinville).

“E nenhum elemento probante carregaram as recorrentes aos autos, que, de forma precisa e incontroversa, pudesse se antepor a essas conclusões periciais, tornando-as, quando menos, destituídas de uma credibilidade aceitável.

“E, como tem dito este Pretório:

‘Contrato de seguro. Risco de desmoraçamento devidamente comprovado. Prova testemunhal. Validade. Alegação de culpa do segurado na conservação do imóvel. Ônus da prova. Art. 333, II, do CPC.

‘Comprovado o risco de desmoraçamento 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).

“Também se pretenda que presentes, na hipótese, vícios construtivos, não se encontram eles acobertados securitariamente, posto encontrarem-se excluídos peremptoriamente, conforme item 3.2, da Cláusula 3ª das Condições Particulares para os Riscos de Danos Físicos.

“Não é esse, todavia, o entendimento que decorre do Anexo 12 da Apólice, quando, em seu item 3, contempla duas hipóteses distintas de procedimentos a serem adotados quando da ocorrência de sinistros de danos físicos que atinjam os imóveis segurados.

“A hipótese prevista no item 3.2 e no seu subitem 3.2.1, há que ser de pronto excluída, posto referir-se ela ao

não reconhecimento da cobertura securitária no caso da existência de vício de construção, sempre que a obra tiver sido contratada ou executada pelo próprio mutuário, ou quando não houver sido ela financiada com recursos do SFH.

“No caso vertente, porém, as habitações dos autores, a par de terem sido financiadas com recursos do SFH, não tiveram suas construções por eles contratadas ou executadas.

“Correspondentemente ao item 3.1 e subitem 3.1.1, incidentes in casu, ou seja, com os imóveis sendo construídos com recursos oriundos do Sistema Financeiro da Habitação, dentro dos programas habitacionais patrocinados pelo mesmo Sistema, sem que caiba ao mutuário a edificação do imóvel, ou a sua contratação, a cobertura securitária é totalmente cabível, ainda que o sinistro ou os danos ocorridos sejam originados exclusivamente de vícios construtivos.

“Descabido, em sendo assim, qualquer argumento no sentido de que o item 3.2 das Condições Particulares da Apólice Habitacional exclui peremptoriamente a possibilidade da cobertura de sinistros com origem em vícios ou falhas de construção, posto que, consoante mencionado, é a própria apólice que, de modo expresse, prevê esse tipo de cobertura.

“Ainda mais quando se tem que o Anexo 12 é parte integrante das Normas e Rotinas da Apólice Habitacional, com suas prescrições prevalecendo sobre todas as demais, já que suas disposições são, a teor da Cláusula 24ª das Condições Especiais, de cumprimento competitivo para a Seguradora.

“Mesmo que se tratasse de hipótese de ambigüidade interpretativa, ainda assim melhor sorte não estaria a amparar a seguradora insurgente.

“Ocorre que, como faz-se cediço na doutrina e na jurisprudência pátrias, sendo a cláusula inserida na apólice de seguro estipulada em benefício do segurador, em existindo dúvidas na sua interpretação, essas dúvidas beneficiam o segurado.

“Sobre o tema expõe o respeitadíssimo Pedro Alvim:

‘(...) o seguro faz parte da categoria dos contratos de adesão. É elaborado geralmente pelo segurador e deverá ser aceito pelo segurado. Admite-se, então, que, em caso de dúvida, esta seja resolvida contra o segurador’ (O Contrato de Seguro, Forense, 1983, 1ª ed., pág. 174).

“Encampando o mesmo entendimento, têm sustentado os nossos Tribunais:

‘A regra interpretativa dos Contratos de Seguros não confere o benefício da ambigüidade a favor da seguradora, mas do segurado. É a inteligência do art. 1.434 do Código Civil’ (RT 395/230).

‘Oferecendo as cláusulas possibilidade de mais de uma interpretação, a dúvida deve ser dirimida em desfavor da seguradora, sob cuja orientação foram as cláusulas redigidas’ (JB 3/273).

“Gizou, na mesma esteira, este Tribunal, em acórdão da lavra do ilustre Des. Alcides Aguiar:

‘O contrato de seguro em regra é feito para cobrir qualquer prejuízo. É o princípio do risco integral. Bem por isso e sobretudo em sede de seguro

habitacional: ‘...impede interpretar a apólice no sentido mais favorável à parte, pois se cuida de contrato de adesão, e que, portanto, deve merecer uma exegese favorável, nos pontos em que possa ocorrer alguma dúvida, à parte que contratou o seguro, que aliás tem a finalidade de resguardar aqueles que, para ter moradia própria, tiveram que socorrer-se dos financiamentos sob o Sistema Financeiro da Habitação’ (1ª CC — TJRS, in RJRS, vol. 120/320, in JC 62/165) (Ap. Cív. n. 48.257, de São José).

“E a lógica dessas compreensões impõe-se sempre observada!

“Ora, sendo as cláusulas da apólice habitacional impostas ao segurado, que a elas apenas adere, sem qualquer possibilidade de discuti-las ou reformulá-las, seria um verdadeiro contra-senso admitir-se que, imposta ao segurado uma cláusula de interpretação dúbia, os benefícios viessem a favorecer àquele que a impôs.

“Adotado entendimento diverso, mormente no que se refere aos seguros habitacionais, gerada estaria a falência da natureza social dos programas de habitações populares, pois tornar-se-ia letra morta na apólice habitacional a previsão de cobertura para os danos físicos decorrentes de vícios construtivos que, em última análise, teriam que ser suportadas exclusivamente pelos mutuários, admitida, então, a total irresponsabilidade da seguradora.

“Irrefutavelmente, em assim sendo, impõe-se à seguradora que, uma vez constatados os danos, ainda que decorrentes de vícios de construção, providencie a imediata recupera-

ção dos imóveis ou a respectiva liquidação do sinistro, com o pagamento em dinheiro dos valores necessários a essa recuperação.

“Conclui-se, então, que, na situação detectada nos autos em pauta, não havia mesmo como deixar o insigne Magistrado sentenciante de acolher a proposição reparatória dos autores.

“É a solução pacificada neste Sodalício, em cuja jurisprudência inscrevem-se, dentre outros, os seguintes acórdãos:

‘Comprovado o dano físico de natureza irremediável no imóvel coberto por apólice de Seguro Habitacional, cumpre à Companhia Seguradora adiantar o valor necessário à reposição do bem danificado ou, por sua conta e risco, restituí-lo ao estado equivalente àquele em que se encontrava imediatamente antes do sinistro’ (JC 34/227, rel. Des. Napoleão Amaranete).

‘Ocorrendo o sinistro, uma vez constatada ameaça de desmoronamento, obrigando inclusive o comprador a desocupar o prédio, evidencia-se a responsabilidade da seguradora, desde o momento da assinatura do contrato (...)’ (JC 50/78, rel. Des. Hélio Mosimann).

‘Sendo comprovada a existência de danos para os quais concorreram, além de falhas construtivas, agentes externos, é o que basta para caracterizar o dever da seguradora de cobri-los, pois ‘em se cuidando de contrato de adesão, como sói o securitário, há que se interpretar o contrato em consonância com o fim social a que se destina, máxime por se tratar de imóvel destinado à moradia, adqui-

rido com recursos do Sistema Financeiro da Habitação, em cuja prestação se insere o pagamento obrigatório do prêmio' (Ap. Cív. n. 48.257, rel. Des. Alcides Aguiar). 'Em caso de dúvida, esta se resolve em favor dos segurados' (Ap. Cív. n. 96.004741-7, da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino).

'Se a perícia, contundentemente, alega iminente perigo de desmoronamento do imóvel, decorrente de vícios em sua edificação, agravados pela ocorrência de enchentes, já havendo, inclusive, desabamento de parte do mesmo, dentro dos padrões da lógica do homem médio, não se pode ter como crível a assertiva da seguradora de que o desgaste natural dos imóveis e a falta de manutenção desses poderiam, em tão pouco tempo, levar os mesmos às condições precárias em que se encontram' (Ap. Cív. n. 96.006635-7, de Itajaí, rel. Des. Orli Rodrigues).

'Comprovado o perigo de desmoronamento parcial, decorrente do processo de acomodação lenta do solo, em face da sobrecarga, e de outros fatores externos típicos, aliados aos defeitos construtivos das casas populares, deve a seguradora cumprir o risco expressamente assumido no contrato de adesão, sob pena de multa diária' (Ap. Cív. n. 96.008806-7, de Joinville, rel. Des. Eder Graf).

"Transcreva-se ainda, o acórdão seguinte, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

'Seguro por danos sofridos em prédio financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação. Risco de desmoronamento, face a acomodação dos alicerces ao solo paludoso, ocasionando rachaduras nas paredes e ou-

tros danos. Interpretação de cláusula sobre os 'riscos cobertos'. Contrato de adesão. Tutela do seguro. Ação indenizatória procedente. Sentença confirmada' (RJTJRS 120/320).

"Referentemente ao pagamento do valor correspondente a 50 (cinquenta) UPC's, como conteúdo dos imóveis sinistrados, argumenta o Instituto recorrente não fazerem os recorridos jus à tal indenização, seja porque não comprovaram a perda efetiva desse conteúdo, seja porque não comprovaram que a operação de financiamento de cada imóvel não ultrapassou o importe de 1.000 UPC's.

"Contudo, inversamente ao alegado pelo órgão ressegurador, a Sra. Perita Judicial, quando da abordagem do quesito n. 3, de fl. 845, é enfática ao concluir que:

'Houve perda de conteúdo por ocasião das enchentes sofridas pelos imóveis, como aparelhos eletrodomésticos e móveis. Entretanto, não há como elaborar a lista dos bens perdidos, tendo em vista o tempo decorrido entre a ocorrência das enchentes e a data da vistoria'.

"E é da letra da Apólice de Seguro Habitacional, incluírem-se, dentre os danos indenizáveis, consoante cláusula 5ª, letra d, das Condições Particulares para os Riscos de Danos Físicos, que:

'Em caso de perda do imóvel e/ou do conteúdo, e desde que o valor da avaliação inicial do imóvel que serviu de base para a operação, celebrada com o Financiador não ultrapasse a 1.000 UPC's, será paga uma quantia equivalente, no máximo, a 50 UPC's, pela perda do conteúdo'.

“Destarte, afirmada pericialmente a perda de conteúdo dos imóveis sinistrados, a indenização faz-se devida, pois, muito embora sem condições de individualizar essas perdas, a existência destas está devidamente estabelecida, mercê das conclusões técnicas exaradas.

“Por derradeiro, entendemos não merecer agasalhamento a proposição apelatória do Instituto de Resseguros do Brasil, quando irressigna-se contra o fato de não haver o douto Magistrado singular limitado ao valor da multa decencial ao valor indenizatório a ser pago em relação a cada um dos mutuários.

“No nosso entender, essa limitação é, efetivamente, imprópria.

“Certo está que o nosso Código Civil, em seu art. 920, afirma que:

‘O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal’.

“Isso porquanto, em tal hipótese, vencido o prazo, nos termos do art. 921, ficaria o devedor imediatamente submetido a encargo acessório superior ao próprio encargo principal.

“Porém, no caso vertente, atenha-se para o fato de que a multa em questão foi contratualmente prevista, nos moldes das imposições da própria seguradora, por se cuidar de típico contrato de adesão.

“Demais disso, quer nos parecer — e nisso divergimos dos entendimentos adotados por insignes julgadores deste Pretório — não há qualquer proibição legal quando, sendo a pena acessória convencionalizada em percentual infinitamente inferior ao da obrigação principal, a expressão fi-

nal desta venha a superar o valor global dessa obrigação, em razão da negligência da seguradora, que só vem a satisfazê-la anos após a materialização dos fatos passíveis de indenização, assim mesmo quando compelida judicialmente a tanto.

“Desse modo se, como na espécie, a extrapolação do valor da pena acessória ao da obrigação principal não resulta, de plano, do percentual estabelecido, mas sim da própria negligência da seguradora ré, que deixou de honrar sua obrigação por longo prazo, essa extrapolação, entendemos, não esbarra na vedação do art. 920 do Código Civil.

“Mesmo porque, tratando-se de uma típica ação cominatória, como o é a obrigação de reposição das unidades habitacionais dos acionantes ao estado anterior ao do sinistro, há que se vislumbrar, antes de tudo, uma clara e insofismável obrigação de fazer, nos exatos quadrantes dos arts. 287 e 644 do CPC, pelo que fica o magistrado autorizado a adotar o valor da multa, a periodicidade e o termo inicial convenionados pelos contraentes, sempre que julgá-los suficientemente justos.

“Acentue-se, mais, que, em verdade, poderá a multa estabelecida, no seu cômputo integral, ultrapassar o importe principal; isso desde que a desídia e a negligência da seguradora gerem tal efeito, sendo, para tanto, necessário que a obrigação não seja satisfeita num prazo nada exíguo de mais de 16 meses, ou seja, um ano e quatro meses.

“A propósito, assinala o emérito Alcides Mendonça Lima:

‘Contagem do prazo — Cabe ao Juiz marcar: do trânsito em julgado da sentença; da citação para a execução; de um acontecimento qualquer etc. Se, porém, no contrato já houver cláusula prevendo a sanção, aí, então, deverá prevalecer o prazo, assim como o próprio valor previamente estipulado pelas partes, inclusive se irredutivelmente fixado até o término’ (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, vol. XI, Tomo II, págs. 872 e 873).

“Também sobre o assunto, assim leciona o culto Jayme Campos:

‘A pena pecuniária que surgiu no direito francês como astreintes, pode ser fixada em decorrência do descumprimento de obrigação contida em lei, em sentença e mais modernamente em contrato. É uma medida cominatória e não expiatória, persistindo a multa até a prestação efetiva da obrigação ou pagamento das perdas e danos’ (Das Penas Pecuniárias nas Ações de Preceito Cominatório, pág. 34).

“In casu, a multa em questão, de outro lado, caracteriza-se, essencialmente, como encargo imposto pelo atraso na implementação da obrigação contratualmente assumida, não se confundindo, assim, com cláusula penal.

“Como com total propriedade enfatizou o insigne Des. Orli Rodrigues, no corpo do acórdão da Apelação Cível n. 96.006635-7, da Capital, referido encargo:

‘É, na verdade um ‘estímulo’ a que o devedor liquide, em seu termo, a obrigação avençada. Se de sua mora ocorrer a ultrapassagem do valor do débito principal, não se poderá im-

por, à outra parte, que abra mão da multa contratual, porque se tivesse havido honradez ao que foi estipulado consensualmente, ou, ainda, admitindo-se que o atraso ocorresse, mas em curto espaço de tempo, não haveria de se falar em extrapolação da dívida. Ou seja, a oscilação do valor da pena variará conforme o próprio descaso do devedor, e dessa desconsideração é que poderá, ou não, sobrevir a transposição do numerário relativo à dívida fundamental.

‘Seria simples, assim, o não adimplemento da prestação por longos meses até que a quantia superasse a importância principal, quando, então, haveria isenção da cláusula penal, tão-somente por esse motivo’.

“Por isso mesmo, encampamos in totum o teor da ementa referente ao mesmo acórdão, quando externa:

‘Se há estipulação contratual de multa decendial, deve a mesma ser honrada, desde a data estipulada no contrato. No caso, não caberia a limitação prevista no art. 920 do CC, pois não ultrapassa o valor do débito principal (arbitrada em 2% sobre o valor da dívida). O aumento que deverá ocorrer nas frações de tempo estipuladas (10 em 10 dias) caracteriza-se como encargo de possível atraso no adimplemento da obrigação assumida, não se confundindo, porém, com a própria cláusula penal. É, na verdade um ‘estímulo’ a que o devedor liquide em seu termo a obrigação avençada. Ou seja, a oscilação do valor da pena variará conforme o próprio descaso do devedor, e dessa desconsideração é que poderá, ou não, sobrevir a transposição do numerário relativo à dívida fundamental’.

“Da mesma forma, disse o colendo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

‘A finalidade da astreinte como execução indireta, é a de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação de fazer, mediante a ameaça de uma pena sujeita a aumentos indefinidos, não tendo por limite nem o valor da própria indenização’ (Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Civil, Universitária, vol. 12, verbete 1.348).

“No mesmo diapasão, proclamou este Sodalício:

‘A multa penal prevista na apólice habitacional por cada decêndio ou fração de atraso na reparação do sinistro, é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer a Seguradora a cumprir espontaneamente a obrigação. O dies a quo da incidência dessa multa corresponderá à data do Termo de Negativa da Cobertura.

‘Desde então incorreu o devedor de pleno direito na cláusula penal, posto que configurada a mora ou retardo injustificável na execução da obrigação’ (Ap. Cív. n. 48.257, de São José, rel. Des. Alcides Aguiar)” (fls. 1.585/1.603).

Assim, há que se negar provimento ao apelo da seguradora e ao do IRB, mantendo-se a condenação constante da decisão monocrática.

No tocante ao recurso dos autores, que pretendem a majoração da verba honorária fixada pelo Togado, entende-se que da mesma forma não merece reparos a sentença que arbitrou em 10% o percentual, que deve ser mantido neste patamar, como já se decidiu anteriormente.

“(…) Correspondentemente ao apelo formalizado pelos autores da ação, improsperável mostra-se o mesmo.

“Insurgem-se os demandantes, apenas e somente, contra a fixação dos honorários de seus patronos, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor global que vier a ser apurado em liquidação de sentença, entendendo que referido percentual não faz jus ao trabalho desenvolvido pelos mesmos.

“Não obstante não se possa deixar de considerar o excelente trabalho desenvolvido pelos ilustres patronos dos postulantes, resta ver que, em tendo eles requerido as benesses da assistência judiciária, o percentual de 10% não refoge aos padrões da normalidade, não podendo ser vislumbrado como um percentual irrisório ou que implique em menosprezar a atuação dos procuradores em referência” (fl. 1.603).

Acrescente-se que o percentual fixado a título de verba honorária aos assistentes judiciários levou em consideração o elevado número de autores, sendo que a indenização total representa valor expressivo.

A fixação adotada pelo ilustre Magistrado a quo está de acordo com as noções de justiça e dos parâmetros apontados na legislação, motivo pelo qual não merece prosperar a inconformação dos apelantes/autores.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, nega-se provimento aos recursos interpostos pelos autores, Sul América — Cia. Nacional de Seguros e IRB — Instituto de Resseguros do Brasil,

mantendo-se, in totum, a sentença objurgada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 29 de maio de 2001.

Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Wilson Augusto do Nascimento,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.009802-8, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Embargos à execução — Fiadores — Carência da ação — Contrato de locação não subscrito por duas testemunhas — Irrelevância — Título executivo extrajudicial — Demonstrativo de débito atualizado — Art. 614, II, do CPC — Nulidade afastada — Prova testemunhal — Julgamento antecipado da lide — Matéria unicamente de direito — Cerceamento de defesa não caracterizado.

Prorrogação do pacto por tempo indeterminado sem anuência dos fiadores — Exoneração da fiança — Extinção da execução — Apelo provido.

“— Sendo o título executável o crédito de alugueres em si e não o contrato locativo, a ausência de testemunhas instrumentárias no pacto não contamina a eficácia executiva atribuída ao mesmo crédito pela codificação processual; mesmo porque, ausenta-se da dicção do art. 585, IV, do CPC qualquer referência à indispensabilidade da assinatura de testemunhas no contrato de locação, pois a carga executiva é emprestada, insista-se, ao crédito e não ao documento particular firmado pelo locatário e por duas testemunhas” (Ap. Cív. n. 98.010968-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos, em 24/11/98).

“Sendo essencialmente de direito a matéria versada em embargos do devedor, com a prova requerida mostrando-se de nenhum proveito para a modificação do decisum, não há que se vislumbrar cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado levado a efeito” (Ap. Cív. n. 97.012456-2, de Chapecó, rel. Des. Trindade dos Santos, em 24/11/98).

Uma vez prorrogada a locação por tempo indeterminado, sem anuência dos fiadores, a responsabilidade pela garantia res-

tringe-se ao tempo fixado no contrato, embora expressamente pactuado que seriam obrigados até a efetiva entrega das chaves.

Referindo-se a execução sobre débitos posteriores à garantia fidejussória, julgam-se procedentes os embargos e extingue-se a execução movida tão-somente contra os fiadores.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.009802-8, da comarca de São José (2ª Vara Cível/Registro Público), em que são apelantes Maria Fermínia Luchtemberg de Bem e Amadeu João de Bem, sendo apelada Lucimara Aguiar Gomes:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Maria Fermínia Luchtemberg de Bem e Amadeu João de Bem opuseram embargos à execução deflagrada por Lucimara Aguiar Gomes, apontando, preliminarmente, a carência da ação por falta do demonstrativo atualizado do débito, e porque do contrato executado consta a assinatura de uma testemunha somente.

No mérito, asseveraram que assinaram o contrato de locação por prazo determinado, objeto da execução, na qualidade de fiadores, o qual teve fim em 23/11/95, quando passou a vigorar por prazo indeterminado.

Afirmaram que se exoneraram das responsabilidades oriundas da fiança porque não foram comunicados da prorrogação do prazo da locação, não tendo com esta consentido.

Acrescentaram que o contrato foi firmado entre a embargada e o Sr. Márcio Piazzon, o qual em 7/97 se mudou para Portugal, deixando o imóvel locado sob a responsabilidade de seus pais, inclusive aquelas relativas aos alugueres, o que os exoneraria das obrigações da fiança; que no caso de ainda serem responsáveis pela fiança, apontaram que o débito deverá se restringir ao valor afiançado no contrato escrito.

Requereram o acolhimento das prefaciais suscitadas, extinguindo-se a respectiva execução; caso não acolhidas, pugnaram pela procedência dos embargos para serem exonerados da obrigação, ou para limitar o débito ao valor afiançado quando da assinatura do pacto.

Recebidos os embargos, o MM. Juiz a quo suspendeu a respectiva execução (fl. 18).

Impugnou a embargada, às fls. 19/28, alegando que o demonstrativo do débito atualizado encontra-se inserido na exordial da execução, frisando não terem os embargantes discutido os valores cobrados, sem a juntada de outro demonstrativo do débito para desconstituir o direito da embargada.

Apontou que os embargantes limitaram-se em alegar que a assinatura de uma das testemunhas do contrato de locação é a mesma da embargante, pretendendo excluir a

força executiva do pacto, sem terem produzido provas de suas afirmações.

Asseverou que mesmo comprovando os embargantes que a fiadora serviu de testemunha no pacto locatício, ainda assim seria considerado título executivo extrajudicial, pois são dois contratos distintos, um principal de locação, outro acessório de fiança.

No mérito, argumentou que estipulado no referido contrato que a obrigação dos fiadores perduraria até a desocupação do imóvel locado, tendo estes renunciado ao direito de restringir a fiança ao prazo estabelecido no contrato escrito, impedindo que os embargantes se exonerem do encargo.

Frisou não ter havido a novação, conforme alegaram os fiadores, pois a embargada em nenhum momento foi comunicada de que o locatário iria sair do imóvel e que lá residiriam seus pais, não tendo havido qualquer mudança nas cláusulas contratuais.

Por derradeiro, requereu o não acolhimento dos embargos, condenando os embargantes ao ônus da sucumbência.

Sentenciando, o nobre Magistrado afastou os embargos opostos.

Irresignada, a parte vencida inter pôs recurso de apelação, arguindo as preliminares de cerceamento de defesa e carência da ação.

Afirmaram ter o Magistrado a quo julgado antecipadamente a lide, embora tenham requerido a produção de prova testemunhal para esclarecer que a embargada tinha conhecimento da sublocação do imóvel aos pais do

locatário, entendendo ser causa para exoneração da fiança.

Referindo-se à carência da ação, os apelantes aduziram que ausente a memória discriminada e atualizada do débito, pois os valores descritos pela apelada na inicial da execução não foram descritos mês a mês, impossibilitando a verificação do índice utilizado para o cálculo da correção monetária e multa, frisando não existir prova do montante correto a ser pago.

Apontaram que o referido contrato de locação não tem força executiva, pois não foi subscrito por duas testemunhas, mas, sim, apenas um estranho ao negócio firmou o pacto, sendo a outra a própria apelante, fiadora da locação.

No mérito, ressaltaram a exoneração da fiança ante a prorrogação do contrato por prazo indeterminado e a desocupação do imóvel pelo locatário, que o sublocou aos seus pais, afirmando ser nula a cláusula contratual que determina a restrição da fiança ao prazo estabelecido no pacto escrito, consoante o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, requereram o conhecimento e provimento do recurso, anulando-se a sentença de primeiro grau para determinar a produção de prova testemunhal, com o acolhimento das preliminares apontadas, extinguindo-se a execução contra eles proposta.

Às fls. 61/68 a apelada ofereceu contra-razões, asseverando ter elaborado o demonstrativo do débito atualizado conforme estabelecido na lei, embora apresentado no corpo da petição inicial, frisou ter discriminado

os valores e os respectivos juros e correção monetária referentes a todos os meses separadamente.

Afirmou que a execução é do débito dos alugueis, estes comprovados pelo contrato de locação, por isso constitui título executivo ainda que firmado por apenas uma testemunha.

Frisou não caracterizado o cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado, por se tratar de matéria unicamente de direito.

No mérito, sustentou que a cláusula apontada como abusiva pelos apelantes encontra respaldo na Lei do Inquilinato em seu art. 39, e que estes renunciaram ao benefício do art. 1.500 do Código Civil, estando a cobrança dos alugueres em consonância com o pactuado entre as partes e amparado pela legislação; citou doutrina e colacionou jurisprudência.

Requeru, ao final, a manutenção da sentença atacada.

Após, ascenderam os autos a esta egrégia Corte de Justiça.

II — Voto

Trata-se de apelação cível interposta por Maria Fermínia Luchtemberg de Bem e Amadeu João de Bem contra a sentença que rejeitou os embargos opostos à execução de contrato de locação, proposta por Lucimara Aguiar Gomes.

O apelo merece ser provido.

Afirmaram, os apelantes, que o contrato executado não constitui título executivo extrajudicial, uma vez não ter sido subscrito por duas testemunhas.

Ocorre que, no presente caso, a apelada executa contrato de locação, pelo qual visa a receber, dos apelantes/fiadores, os valores referentes aos alugueres e demais encargos locatícios já vencidos.

Vê-se que o título executado é apenas o instrumento do qual é decorrente o crédito da apelada, ao contrário dos demais contratos. Neste caso, o pacto de locação serve como prova emprestada à execução, para que a locadora resgate os valores não pagos pelo locatário, ora cobrados dos fiadores.

Outrossim, a dívida pela qual respondem os apelantes provém de contrato de fiança, acessório daquele executado, confirmando a desnecessidade de estar assinado por duas testemunhas, pois, repita-se, o pacto de locação serve como prova emprestada a confirmar o débito por parte dos apelantes/fiadores, em favor da apelada/locadora.

Nesse diapasão:

"Execução. Alugueres. Fiança. Contrato escrito. Acessórios. Ausência de testemunhas instrumentárias. Irrelevância. Cópia reprográfica. Eficácia executiva. Impenhorabilidade do bem constritado. Arguição repelida. Sentença confirmada. Apelo desprovido.

"— Na forma do disciplinado no art. 585, inc. IV, da Lei Procedimental Civil, o crédito de alugueres é dotado de eficácia executiva, quando embaçado em contrato escrito, compreendidos nessa executividade os acessórios pactuados, haja vista que o que é executado, na hipótese, não é o contrato em si, senão o crédito que dele decorre.

— Sendo o título executável o crédito de alugueres em si e não o contrato locativo, a ausência de testemunhas instrumentárias no pacto não contamina a eficácia executiva atribuída ao mesmo crédito pela codificação processual; mesmo porque, ausenta-se da dicção do art. 585, IV, do CPC qualquer referência à indispensabilidade da assinatura de testemunhas no contrato de locação, pois a carga executiva é emprestada, insista-se, ao crédito e não ao documento particular firmado pelo locatário e por duas testemunhas” (Ap. Cív. n. 98.010968-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos, em 24/11/98).

Assim, no caso de execução fundada em contrato de locação, faz-se desnecessário que este venha subscrito por duas testemunhas para que tenha força executiva, o que afasta a preliminar de carência da ação por falta de título hábil a instruir a referida demanda, levantada pelos apelantes.

Suscitaram, ainda, a carência da ação, porque entendem não ter a apelada instruído a exordial com o demonstrativo do débito atualizado, o que os levou a apontar, inclusive, a preliminar de cerceamento de defesa.

Entretanto, à fl. 3 da execução em apenso constam os valores reclamados pela apelada, discriminados mês a mês, bem como a taxa de juros utilizada, qual seja, 1% ao mês, totalizando R\$ 262,62 e, por fim, a correção monetária no valor de R\$ 340,64.

Vê-se, desse modo, que presente o requisito do art. 614, II, do Código de Processo Civil, pois, in casu, embora não tenha a apelada trazido a

memória do cálculo em documento anexo, apresentou-a na própria peça inicial, não descaracterizando a existência de um cálculo do montante cobrado, passível de impugnação por parte dos devedores.

Acrescente-se, além de não estar demonstrada a carência da ação por falta do referido demonstrativo, conseqüentemente afastado o cerceamento de defesa apontado sob o mesmo argumento, eis que, repita-se, o cálculo apresentado poderia ter sido contestado no caso da discordância dos apelantes, os quais deveriam, por sua vez, ter apresentado o importe que entendem devido, e não o fizeram.

Sendo assim, o cálculo trazido pela apelada há de ser considerado nos moldes do art. 614, II, do CPC e, portanto, afastadas as prefaciais nesse sentido.

Ainda, em se tratando de cerceamento de defesa, aduziram os apelantes que pugnaram pela produção de prova testemunhal, com o intuito de comprovar a sublocação do imóvel aos pais do locatário.

Contudo, a matéria discutida é tão-somente de direito, sendo, portanto, desnecessária a colheita de provas em audiência para o deslinde da controvérsia, não caracterizando cerceamento de defesa o nobre Magistrado ter julgado antecipadamente a lide.

Assim já decidiu esta Corte:

“Embargos do devedor — Julgamento antecipado — Prova testemunhal desnecessária — Inocorrência de cerceamento de defesa.

“Sendo essencialmente de direito a matéria versada em embargos do

devedor, com a prova requerida mostrando-se de nenhum proveito para a modificação do decisum, não há que se vislumbrar cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado levado a efeito" (Ap. Cív. n. 97.012456-2, de Chapecó, rel. Des. Trindade dos Santos, em 24/11/98).

Desse modo, por se tratar de matéria unicamente de direito, o julgamento antecipado da lide não acarretou o cerceamento de defesa levantado pelos recorrentes.

No mérito, buscam os apelantes a exoneração da fiança que prestaram, porque expirado o prazo da locação constante do referido contrato, prorrogado por tempo indeterminado, com o qual não concordaram.

Dispõe a cláusula XVII do referido pacto (fl. 7 dos autos suplementares — execução):

"Como fiadores e principais pagadores, na forma prevista no Inciso II do Artigo 1.492 do Código Civil assinam o presente o Sr. Amadeu João de Bem, e Maria Fermínia Luchtemberg de Bem, já qualificados, os quais se responsabilizam pelo pagamento dos aluguéis, pelos reajustes que venham a sofrer quando acordados ou majorados por Lei, por todas as obrigações decorrentes do presente contrato, inclusive multa, até a efetiva devolução do imóvel (...)"

"(...) As responsabilidades dos fiadores continuarão vigentes se findo o prazo contratual, deixar o locatário ou quem suas vezes fizer, de restituir o imóvel locado e até que se torne efetiva esta restituição, renunciando desde já, qualquer eventual direito de restringir somente ao prazo ora ajustado neste contrato, a garantia de sua fian-

ça, renunciando igualmente à faculdade assegurada no Artigo 1.500 do Código Civil" (grifo nosso).

Todavia, consiste a fiança em contrato acessório do contrato principal de locação. Uma vez findo o prazo estipulado no pacto locatício afiançado, in casu, pelos apelantes, igualmente a responsabilidade advinda desta terá seus efeitos cessados, porque com a prorrogação não concordaram os fiadores.

No caso em tela, a locação teve início em 24/11/94, findando-se em 23/11/95. Após este prazo, repita-se, seriam os fiadores responsáveis pelas respectivas obrigações, apenas se com a prorrogação tivessem concordado, o que não ocorreu.

Assim, embora existente cláusula contratual expressa, vinculando os fiadores até a efetiva entrega das chaves, sua responsabilidade será restrita ao tempo com o qual anuíram ao celebrar o acordo, neste caso o prazo estabelecido no contrato de fls. 6/7 da respectiva execução (autos suplementares).

Nesse diapasão:

"Processual civil. Locação. Recurso especial. Extinção judicial do contrato locativo. Continuidade da obrigação fidejussória. Impossibilidade. Responsabilidade, na hipótese, restrita ao período de existência do contrato principal. Aplicação. Interpretação não extensiva da fiança. Art. 1.483 do Código Civil.

"Cláusula que obrigue o fiador até a efetiva entrega das chaves. Irrelevância. Súmula 214 da Corte. Incidência. Recurso especial conhecido parcialmente pela alínea a, e nesta parte, provido" (REsp n. 275668/SP,

rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma/STJ, j.u. em 19/2/01).

Ainda:

“Locação. Fiança. Responsabilidade do fiador. Entrega definitiva das chaves. Limites.

“1. Nos contratos de locação prorrogados por prazo indeterminado, a responsabilidade do fiador não se estende ao aditamento ou prorrogação contratual a que não anuiu, em face da não admissão da interpretação extensiva dessa natureza.

“2. Recurso de contratos conhecidos” (REsp n. 171.880/MG, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma/STJ, j.u. em 5/6/00).

Outrossim:

“A cobrança de débitos nascidos após o termo final da fiança, expressamente estabelecido no contrato como limite de responsabilidade dos fiadores, é inviável” (Lex 157/507).

Por fim, urge salientar, no contrato de locação, garantido pelos apelantes, figura como locatário o Sr. Jorge Leonidas Marcio Piazzon. Entretanto, restou incontroverso que entregou a casa locada a seus pais, enquanto passa um período fora do país, ficando estes como os novos responsáveis pelos encargos da locação, o que, da mesma forma, não teve a aquiescência dos fiadores.

Destarte, são os apelantes responsáveis pelos débitos oriundos do período da locação compreendido entre 24/11/94 e 23/11/95, não devendo responder pelos encargos locatícios vencidos e vincendos após tal prazo.

Referindo-se a execução sobre débito posterior à garantia fidejussória dos apelantes/embargantes, deve ser extinto o processo de execução com o acolhimento dos embargos.

Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo para julgar procedentes os embargos à execução, e decretar-se a extinção da execução.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator dá-se provimento ao recurso, julgando-se procedentes os embargos e improcedente a execução, invertidos os ônus da sucumbência.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio e Orli Rodrigues.

Florianópolis, 17 de abril de 2001.

Carlos Prudêncio,

Presidente com voto;

Wilson Augusto do Nascimento,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.017894-3, DE BRUSQUE

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível — Ação de cobrança — Contrato de seguro — Negativa de pagamento — Cláusula de irresponsabilidade — Suicídio — Premeditação — Ônus da seguradora — Não comprovação —

Obrigação de indenizar da seguradora — Nulidade da cláusula — Recurso meramente protelatório — Descumprimento de obrigação securitária — Matéria sumulada — Recurso desprovido.

Súmula 105 do STF: “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro”.

O  nus da prova de que o segurado cometeu suicídio premeditado   da seguradora se pretende eximir-se da responsabilidade contratual, caso contrário permanece a obrigação de indenizar.

Nula   a cláusula que coloca o segurado/consumidor em desvantagem exagerada, excluindo dos riscos a hipótese de suicídio.

Recurso adesivo — Fixa o da verba honorária em 13% sobre o valor global da condena o — Majora o para 20% — Art. 20,   3 , do CPC — Grau de zelo do profissional — Apelo provido.

“(...)A remunera o, sempre que possível, devida ao profissional da advocacia há que ser estipulada de molde a evitar-se o aviltamento cada vez maior da nobre profissão, tão mal compreendida nos tempos em que vive o País, assoberbado com tantos problemas de ordem econômica e social, reduzindo mais e mais as esperanças de um povo quase consumido (...) sem perspectivas no dia de amanhã” (in CPC nos tribunais, Brasiliense, Coleções, 2  edi o, 1990, vol. I, pág. 257) (in Apela o Cível n. 99.003859-9, de Blumenau, rel. Des. Orli Rodrigues).

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Aline Cristina Trentini e Ana Paula Trentini, representadas por sua mãe Estela Maritze Ramos, devidamente qualificadas nos autos, aforaram a o de cobrança de seguro contra Itaú Seguros, ante a negativa desta em cumprir o contrato de seguro firmado com o falecido pai das autoras.

O ilustre Togado decidiu a lide (fls. 139/142), julgando procedente in

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apela o Cível n. 99.017894-3, da comarca de Brusque (1  Vara/Inf. Juv. e Reg. Público), em que   apelante/apelada Itaú Seguros S.A., sendo apeladas/apelantes Aline Cristina Trentini e Ana Paula Trentini, repr. por sua mãe Estela Maritze Ramos:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por vota o unânime, negar provimento ao recurso principal e dar provimento ao adesivo.

totum o pedido formulado na inicial, condenando a ré ao pagamento da importância de R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais), devidamente corrigida e acrescida de juros legais.

Irresignada, a seguradora ré apelou da decisão Monocrática, alegando que o segurado cometeu suicídio premeditado, o que o eximiria da obrigação de indenizar, nos termos do item 3 das Condições Gerais do Seguro. Requereu o recebimento do recurso para que, ao final, seja reformado, julgando-se improcedente o pedido das apeladas, com a inversão dos ônus da sucumbência.

As apeladas apresentaram contra-razões invocando a Súmula 105 do STF, e alegando nulidade da cláusula que excluía da cobertura do seguro o caso de suicídio involuntário. Alegaram que ante a não comprovação da premeditação julgou o Magistrado corretamente, devendo, portanto, ser negado provimento ao apelo.

As autoras/apeladas, interpu- seram recurso adesivo, alegando que, na fixação dos honorários, deve o magistrado observar as normas contidas nas alíneas a, b e c do § 3º do art. 20 do CPC, requerendo a reforma, em parte, da sentença guerreada, com a conseqüente fixação da verba honorária em 20% sobre o valor da condenação.

A apelante apresentou contra-razões ao recurso adesivo, alegando que o MM. Juiz fixou a verba honorária em limite bastante razoável. Requereu seja negado provimento ao recurso, nesse tocante.

Manifestou-se o representante do Ministério Público pela manutenção da sentença objurgada. Com rela-

ção à verba honorária, entendeu o ilustre representante do Parquet que o Togado a fixou corretamente.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça lançou parecer pelo conhecimento e desprovimento dos dois apelos, com a manutenção da sentença atacada na íntegra.

Vieram os autos conclusos ao Relator.

II — Voto

1. A seguradora, irresignada com a decisão Monocrática que lhe condenou ao pagamento de R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais) às apeladas, apelou. Alegou não estar obrigada a cumprir o contrato firmado, pois não prevista na apólice cobertura para a hipótese de suicídio premeditado.

A responsabilidade da seguradora em indenizar é cristalina, pois decorrente de contrato devidamente comprovado nos autos.

Dispõe o art. 1.432 do Código Civil, in verbis:

“Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”.

Assim preleciona Sílvio Rodrigues:

“O objeto do negócio é o risco, que o segurado transfere ao segurador. Através daquele desembolso limitado, o segurado adquire a tranqüilidade resultante da persuasão de que o sinistro não o conduzirá à ruína, pois os prejuízos, que porventura lhe ad-

vierem, serão cobertos pelo segurador" (in Direito Civil: Dos contratos e declarações unilaterais de vontade. 1993, 21ª ed., vol. III, São Paulo, Saraiva, pág. 368).

Realmente, a finalidade do contrato de seguro é a tranquilidade do segurado, ou seja, a garantia de que na hipótese de sinistro não fique desamparado.

A seguradora, por sua vez, ao firmar contratos e ao emitir a apólice, obriga-se a indenizar o segurado, em ocorrendo o sinistro.

Se nada ocorre, a seguradora não reembolsa o segurado, mas, em ocorrendo o sinistro, não pode, agora, deixar de pagar o valor constante da apólice, até porque isso caracterizaria enriquecimento ilícito de sua parte. Não pode a seguradora, com o intuito de eximir-se de obrigação contratual — responsabilidade civil objetiva —, alegar que não assumiu tal risco.

Alega a seguradora que o contrato não prevê cobertura à hipótese de suicídio, consoante cláusula 3, item IV.

As apeladas, por sua vez, aduzem ser nula a cláusula de irresponsabilidade constante do contrato de seguro firmado, e que a seguradora não comprovou a premeditação.

Reza o art. 1.440 do Código Civil, parágrafo único:

"Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo".

A Súmula 105 do Supremo Tribunal Federal é cristalina ao rezar, in verbis:

"Salvo se houver premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro".

Assim, depreende-se que a seguradora somente pode eximir-se do pagamento se comprovar, de forma cabal, que o suicídio foi premeditado.

Sobre o ônus da prova destaque-se:

"Na moderna processualística, o onus probandi é repartido entre as partes. Assim, ao segurador cabe, para exonerar-se da obrigação indenizatória assumida no contrato de seguro, o ônus da prova de que não é o responsável. Na dúvida, responde pela obrigação" (Ap. Cív. n. 96.010758-4, de Seara, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Ainda:

"Ao segurador cabe, para exonerar-se da obrigação de indenizar assumida no contrato de seguro, o ônus da prova de sua irresponsabilidade. Na dúvida responde pela obrigação" (RT 401/247, 395/230 e 366/309)" (rel. Des. Pedro Manoel Abreu, in DJ n. 9.323, de 21/9/95, pág. 18).

Compulsando-se os autos, constata-se que a apelante não logrou êxito em comprovar que o segurado tenha cometido suicídio premeditado, não podendo, portanto, eximir-se do pagamento do seguro.

A cláusula 3, item IV, em que a seguradora estabelece que não haverá cobertura em caso de suicídio ou tentativa de suicídio, é inoperante, devendo ser declarada nula de ofício, pois fere direito do consumidor/segurado.

Nesse sentido:

“Contratos — Seguro de vida — Suicídio involuntário — Premeditação — Prova — Ônus — Seguradora.

“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, Min. Barros Monteiro, RSTJ 44/83) (in Apelação Cível n. 99.001698-6, de Xanxerê, rel. Des. Newton Trisotto).

Já se posicionou esta Corte de Justiça a respeito do tema:

“Seguro de vida. Suicídio involuntário. Acidentalidade presumida. Voluntariedade não demonstrada pela seguradora. Dever de indenizar. Inteligência do art. 1.440, parágrafo único, do Código Civil. Cláusula exonerativa nula de pleno direito.

“Em matéria de seguro, o ato de dar cabo à vida é presumidamente involuntário, impulsionado por um estado de perturbação mental, sendo atribuído à seguradora o ônus da prova da premeditação e voluntariedade para o fim de eximir-se da indenização.

“Segundo pacífica jurisprudência, é abusiva e nula a cláusula securitária que exclui da cobertura o suicídio, seja voluntário ou involuntário. Nos termos do art. 1.440 do CC, 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.

“Seguro de vida. Morte acidental. Previsão contratual do pagamento de indenização em dobro. Cláusula. Interpretação.

“Paga-se em dobro a indenização securitária se o contrato de seguro de vida garante aos beneficiários, em cláusula específica, o pagamento de 200% do valor da importância segurada contratada para a garantia básica, em caso de morte acidental do segurado principal, ocorrida durante a vigência do seguro, em consequência do acidente pessoal coberto. Ademais, restando dúvida na interpretação do contrato de seguro, deve-se entendê-lo da forma mais benéfica ao segurado” (in Apelação Cível n. 98.005388-9, de Xanxerê, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Do corpo do acórdão extrai-se:

“(…) Carvalho dos Santos preleciona que se considera morte voluntária a recebida em duelo bem como suicídio premeditado por pessoas em seu juízo e, mais ainda, ajustando-se às novas conclusões científicas, que o suicídio, todavia, presume-se sempre como ato de inconsciência, e que ‘ao segurador compete fazer a prova de que o segurado suicidou-se premeditadamente, com a consciência do seu ato’ (in Código Civil Brasileiro Interpretado, v. XIX, art. 1.440, 3, págs. 286/287, Freitas Bastos, 1937).

“Por seu turno, Clóvis Beviláqua diz que ‘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 de inteligência, não anulará o seguro. A morte não se poderá,

neste caso, considerar voluntária, será uma fatalidade; o indivíduo não a quis, obedeceu as forças irresistíveis' (Código Civil, vol. 5).

"Como vem reiteradamente decidindo este Sodalício, a voluntariedade do suicídio não se presume, sendo imprescindível que a seguradora comprove, de forma cabal, que tal fato foi consciente e livremente criado pelo segurado, sob pena de ofensa à Súmula 105 do STF, que dispõe: 'Salvo se tiver premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro'.

"É consabido que o suicídio tanto pode ser involuntário, como voluntário ou premeditado. O primeiro caso ocorre quando o agente não se encontra no gozo de seu juízo perfeito, e no segundo acontece justamente o oposto, pois há consciência e racionalidade da vítima em suicidar-se.

"Então, quando se está a falar de suicídio, o seguro somente será considerado indevido quando advindo de deliberação consciente do segurado. Se, porém, o suicídio resultar de grave perturbação da inteligência, não anulará o seguro, e a morte não poderá, neste caso, ser considerada voluntária. A premeditação é questão de fato, dependente de prova por parte da seguradora, pois se se presume, sempre, que o ato foi involuntário".

No mesmo timbre:

"Seguro de vida e de acidentes pessoais coletivos. Suicídio involuntário. Acidentalidade presumida. Voluntariedade não demonstrada pela seguradora. Dever de indenizar. Inteligência do art. 1.440, parágrafo único,

do Código Civil. Cláusula exonerativa nula de pleno direito.

"Em matéria de seguro, ainda que o segurado ameace se suicidar durante várias horas, o ato de dar cabo a sua vida é presumidamente involuntário, impulsionado por um estado de perturbação mental, sendo atribuído à seguradora o ônus da prova da premeditação e voluntariedade para o fim de eximir-se da indenização.

"Segundo pacífica jurisprudência, é abusiva e nula a cláusula que exclui a responsabilidade da seguradora por suicídio involuntário e, entendido como morte acidental, também abrange os seguros de acidentes pessoais coletivos.

"(...)

"Ademais, restando dúvida na interpretação do contrato de seguro, deve-se entendê-lo da forma mais benéfica ao segurado" (in Apelação Cível n. 97.011428-1, de Joinville, rel. Des. Carlos Prudêncio). (grifo nosso).

Do corpo do acórdão extrai-se:

"(...) Por brevidade, transcrevo na íntegra o acórdão daquela Apelação n. 97.000951-8, de 19/8/97, onde declinei as razões de convencimento:

'A jurisprudência dominante verte no sentido de ser indenizável securitariamente a morte por suicídio voluntário. Também se tem pacificado que a prova desse fato é ônus da seguradora...'

É, pois, da jurisprudência:

"Suicídio involuntário (inconsciente). Má-fé do proponente do seguro, ao preencher a proposta, não comprovada; não se presume, há que ser provada convincentemente; o ônus compete ao segurador; subsistência

da obrigatoriedade de pagar no caso de dúvida” (Código Civil, Wilson Bussada, vol. 4, Tomo XIV, pág. 62).

“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” (in Seguro Interpretado pelos Tribunais, Wilson Bussada, pág. 806).

“Ao segurador cabe, para exonerar-se da obrigação de indenizar assumida no contrato, o ônus da prova de sua irresponsabilidade. Na dúvida, responde pela obrigação” (RT 401/247).

“O suicídio involuntário é indenizável e não aproveita à seguradora a inserção, no contrato, de cláusula que expressamente exclua da cobertura ‘o suicídio e tentativa de suicídio, voluntário e involuntário’ (RT 562/128).

“Por outro lado, não assiste razão à apelante ao alegar que as indenizações ora pleiteadas restringem-se aos seguros de vida sem se incluir nos três seguros de acidentes pessoais coletivos porque estes demandariam a ocorrência de um fato externo. Nesse sentido, a jurisprudência é pacífica, até porque o suicídio involuntário, aqui considerado, é equivalente a um acidente como já explicitado.

“A propósito:

‘Nos acidentes pessoais, também não se exonera o segurador se a morte ocorreu por suicídio involuntário do segurado, cuja apólice datava, aliás, de alguns anos’ (in RTJ 37/628).

“Do corpo do v. acórdão extrai-se lição do Min. Aliomar Baleeiro: ‘Parece-me irrelevante a distinção, 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 acidente abarca esse risco e quaisquer outros decorrentes de fatos extraordinários, que causam dano à integridade física e fisiológica do segurado’.

“No mesmo sentido: RTJ 71/551; 75/297; 67/621, e Ap. Cív. n. 48.135, de Balneário Camboriú, rel. Des. Amaral e Silva, publicada no DJE de 20/4/95; Ap. Cív. n. 33.298, de Lages, rel. Des. Alcides Aguiar, publicada no DJE de 14/11/90.

“O Exmo. Min. Barros Monteiro, do STJ, ao julgar o Recurso Especial n. 194 — PR, assim ementou:

‘É inoperante a cláusula que, nos seguros de acidente 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. Recurso conhecido e provido’.

Percebe-se com absoluta nitidez que a seguradora apelou com o intuito de única e exclusivamente protelar o pagamento da obrigação securitária. Interpôs apelo mesmo sabendo ser pacífico o entendimento jurisprudencial, da Suprema Corte de Justiça que sumulou a matéria.

2. As apeladas interpuseram recurso adesivo, requerendo a reforma parcial da decisão guerreada, com a fixação dos honorários em 20% sobre o valor da condenação.

É de ser provido o recurso adesivo, posto que deve ser observado o disposto no art. 20, § 3º, do CPC, para a fixação da verba honorária, por tratar-se de sentença de cunho condenatório.

Orienta o STF: “Não se tratando de causa de valor inestimável, ou de pequeno valor, em havendo condenação — desde que condenada não seja a Fazenda Pública — impõe-se a aplicação do § 3º do art. 20 do CPC” (RTJ 94/722, Min. Carlos Thompson Flores).

Deve o togado, ao fixar a verba honorária, estar atento ao grau de zelo do profissional, procurando evitar aviltamento.

Sobre a remuneração do advogado, já decidiu esta colenda Câmara:

“(...) A remuneração, sempre que possível, devida ao profissional da advocacia há que ser estipulada de molde a evitar-se o aviltamento cada vez maior da nobre profissão, tão mal compreendida nos tempos em que vive o País, assoberbado com tantos problemas de ordem econômica e social, reduzindo mais e mais as esperanças de um povo quase consumido (...) sem perspectivas no dia de amanhã” (in CPC nos Tribunais, Brasiliense, Coleções, 2ª edição, 1990, vol. I, página 257) (in Apelação Cível n. 99.003859-9, de Blumenau, rel. Des. Orli Rodrigues).

Ainda:

“Honorários de advogado. Fixação. Ato que não tem como teto máxi-

mo o percentual de 20% do valor da causa. Arbitramento pelo magistrado que pode ser consoante apreciação equitativa, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido. Aplicação do § 4º do art. 20 do CPC. Declaração de voto” (RT 649/60) (in Apelação Cível n. 98.009008-3, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Assim, deve ser majorado para 20% sobre o valor global da condenação a verba honorária a ser paga pela seguradora.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator nega-se provimento ao recurso principal, e dá-se provimento ao adesivo, mantendo-se a sentença atacada, com a majoração para 20% do valor dos honorários advocatícios, a serem suportados pela seguradora.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio e Orli Rodrigues. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 15 de maio de 2001.

Carlos Prudêncio,

Presidente com voto;

Wilson Augusto do Nascimento,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.013402-9, DE BLUMENAU**Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz**

Adjudicação compulsória — Compromisso de compra e venda mascarando mútuo com pacto comissório — Nulidade reconhecida — Inteligência dos arts. 104, 146 e 765 do CC — Sentença mantida.

1. *Verificada a ocorrência de fraude à lei, consistente em celebrar compromisso de compra e venda que, em verdade, garantia empréstimo em dinheiro, possibilitando que, com o não-pagamento do empréstimo, o credor ficasse com o imóvel dado em garantia, violando a proibição contida no art. 765 do CC, deve-se declarar a nulidade do pretense negócio imobiliário.*

2. *O fato de o devedor ter participado do ato não o impede de alegar a nulidade, pois a proibição do pacto comissório visa exatamente a protegê-lo. Não incide, no caso, portanto, a regra do art. 104 do Código Civil.*

3. *A desconstituição do ato jurídico nulo independe de ação própria ou reconvenção, podendo ser obtida incidentalmente, cumprindo ao juiz pronunciar a nulidade até mesmo de ofício, não lhe sendo permitido supri-la, mesmo que a requerimento das partes.*

4. *“Em se tratando de utilização do processo para a prática de ato simulado ou fim proibido por lei, é dever do juiz, seu condutor e maior fiscal, pronunciar a nulidade” (REsp n. 62145—SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26/8/1997).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.013402-9, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que é apelante Andréa Goldmann Clarcke, sendo apelados Orli Soares e Claudia Soares:

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

Custas na forma da lei.

Andréa Goldmann Clarcke propôs ação de adjudicação compulsória

em face de Orli Soares e Claudia Soares, aduzindo, em síntese, que, em 21/2/95, adquiriu dos requeridos, por meio de contrato de promessa de compra e venda, devidamente averbado no Cartório de Registro de Imóveis, um terreno de 1.119,31m², com benfeitorias, situado no bairro Progresso, em Blumenau, tendo efetuado o pagamento naquela data, sendo que os promitentes vendedores comprometeram-se a outorgar-lhe a escritura definitiva em 21/2/96, ou seja, 12 meses após a avença.

Em face da negativa dos promitentes devedores, requereu fossem condenados a emitir declaração de vontade, sob pena de, não o fazendo, a sentença condenatória produzir os mesmos efeitos da declaração a ser emitida, na forma dos arts. 639 a 641, do CPC; arts. 16 e 22 do DL n. 58/37 e art. 1º da Lei n. 6.014/73.

Designada audiência, inexistosa a conciliação, os requeridos apresentaram contestação alegando que, na realidade, celebraram com a autora dois contratos de mútuo, em 21/2/95 e 21/2/96, respectivamente, pelos quais receberam, em cada qual, R\$ 24.500,00 (vinte e quatro mil e quinhentos reais), ficando obrigados a pagar mensalmente remuneração equivalente a mil e duzentos e cinquenta dólares norte americanos e que o contrato de promessa de compra e venda representou uma garantia exigida pela autora para a liberação do primeiro empréstimo.

Argumentou, ainda, que o contrato de promessa de compra e venda teria sido entregue fraudulentamente à autora por um contador. Finalizou requerendo a improcedência da ação. Com a contestação vieram os documentos de fls. 27/36.

A autora impugnou a contestação afirmando que, conforme documentos apresentados pelos requeridos, na mesma data em que assinaram o contrato de promessa de compra e venda e sua quitação também assinaram contrato de comodato, pelo qual permaneceriam no imóvel até 21/2/96. Findo este prazo, devem eles desocupar o imóvel e assinar a escritura definitiva, cuja negativa autoriza a compradora a promover a adjudica-

ção compulsória. Impugnou, ainda, os documentos que acompanham a contestação.

Em audiência de instrução e julgamento, colhidos os depoimentos pessoais das partes e ouvida uma testemunha arrolada pela autora, que desistiu das demais, foi encerrada a instrução, determinando-se a apresentação de alegações finais por memoriais.

Em suas razões finais a autora afirma que os recibos juntados pelos requeridos não se referem a pagamento de remuneração de capital entregue em empréstimo, mas sim de remuneração pactuada entre as partes, tendo em vista o fato de a autora haver pago o imóvel antecipadamente e não poder vendê-lo até 21/2/96, prazo em que os requeridos poderiam exercer a opção de recompra, além de continuarem a morar no imóvel, via comodato. Entende, assim, não ter sido descaracterizada a compra e venda, pelo que imperiosa a procedência do pedido.

Os requeridos, de seu lado, afirmam que a prova documental e oral produzida confirmou a existência de um contrato de mútuo garantido por um contrato de promessa de compra e venda quitado, pelo que requereram a improcedência do pedido inicial, condenando-se a autora nas penas da litigância de má fé, e que fosse determinado ao Cartório de Registro de Imóveis o cancelamento da averbação relativa à venda do imóvel.

Decidindo a lide, o M.M. Juiz a quo julgou improcedente o pedido inicial e condenou a autora a pagar aos réus a quantia correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor da cau-

sa por litigância de má-fé, com fundamento no art. 17, II e III, do CPC, além das custas processuais e honorários advocatícios. Determinou, ainda, fosse expedido mandado de cancelamento do registro do contrato de promessa de compra e venda, perante o ofício imobiliário competente e que, consoante ordena o art. 40 do CPP, fosse remetida cópia integral do processo ao órgão do Ministério Público.

Inconformada com a prestação jurisdicional ofertada, a autora apela, propugnando a reforma do decisum, sob o fundamento de que a demanda reúne todos os requisitos formais exigidos pela legislação para deferir-se a adjudicação compulsória. Aduz que o Magistrado de primeiro grau não poderia ter declarado a nulidade do contrato, uma vez que para tanto seria necessário ação própria a ser intentada por terceiros prejudicados ou por representantes do poder público, na forma dos arts. 104 e 105 do CC.

Os requeridos apresentaram contra-razões (fls. 96/99), postulando a manutenção da sentença objurgada por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

Deseja a recorrente o acolhimento do pedido de adjudicação compulsória, rejeitado pela sentença de fls. 71/78, por haver o ajuste firmado entre as partes sido resultante de fraude à lei.

Analisando a prova documental e testemunhal produzida, o nobre Magistrado de primeiro grau concluiu que as partes celebraram, na realidade, contrato de mútuo, garantido pelo compromisso de compra e venda quitado, o que invalida o pretenso negócio imobiliário.

Efetivamente, não se pode chegar a outra conclusão. Senão vejamos:

Logo após a celebração da suposta compra e venda, os requeridos passaram a pagar mensalmente à autora uma quantia correspondente a US\$ 1.250,00 (um mil, duzentos e cinquenta dólares americanos), consoante fazem prova os recibos de fls. 34/36. A autora explica tal pagamento, dizendo que este destinava-se a lhe remunerar por ter antecipado o pagamento integral do preço do imóvel, sendo que os requeridos permaneceram nele por um ano, período no qual a autora também não poderia transferir o domínio do bem, uma vez que estes poderiam exercer o direito de recompra (depoimento pessoal de fl. 48).

Tal justificativa não se sustenta, pois, consoante ficou anotado na sentença, juntamente com o compromisso de compra e venda, as partes celebraram contrato de comodato que, como é sabido, é gratuito. Ademais, o fato de os requeridos poderem exercer o direito de recompra do imóvel, pelo mesmo preço, no final de um ano, ou até antes, é forte indicativo da existência de mútuo, garantido pelo compromisso de compra e venda quitado.

No entanto, não bastassem estes indicativos, o depoimento de Sérgio Bratfisch, contador que elaborou os contratos acostados ao processo, não deixa dúvidas:

“O depoente fazia a contabilidade de uma firma de confecção pertencente aos réus, assim como também prestava alguns serviços de contabilidade para a autora; há algum tempo, o

filho dos requeridos, de nome Edelvans, comentou que a empresa de confecções estava passando por dificuldades financeiras e que precisavam conseguir algum dinheiro para enfrentar estes problemas; a partir disso, o depoente conversou com a autora e indagou se ela tinha interesse em emprestar o dinheiro para os réus; a princípio, ela disse que não existia esse interesse, porém, depois falou que faria negócio com os réus desde que fosse mediante a compra quitada de um imóvel; o depoente expôs essa pretensão ao filho dos réus ficando este de conversar a respeito do assunto com seus pais. Passado um período de 6 meses, Edelvans retornou ao escritório do depoente, dizendo que a situação financeira da firma tinha-se agravado e revelando interesse dos suplicados em fazer um negócio com a autora, na forma por ela inicialmente proposta; no escritório do depoente, Edelvans e a autora se encontraram, onde restou acertado que a requerente entregaria aos réus a quantia de US\$ 25.000,00 mediante a assinatura de um contrato de compra e venda quitado do imóvel, no qual ficaria assegurado aos réus recomprar a propriedade após um período de um ano, sob pena do imóvel passar para a propriedade da suplicante; na ocasião, além do contrato de compra e venda quitado, o depoente também elaborou um contrato de comodato, cujo objetivo era assegurar a permanência dos réus no imóvel pelo prazo de um ano. (...) os réus não outorgaram, desde logo, à autora a escritura pública de compra e venda, dado que lhes foi assegurado o direito de recomprar o imóvel no final de um ano" (fls. 52/53).

Do mesmo depoimento, extrai-se a confirmação de que ficou ajustado que os requeridos pagariam à autora mensalmente uma "taxa de remuneração" de 5% (cinco por cento) sobre o montante da importância de US\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares americanos).

Portanto, conclui-se, da mesma forma que o Julgador monocrático, que houve uma retrovenda mascarando um contrato de mútuo com juros usurários, eis que superiores à taxa fixada no art. 1.062 do Código Civil, além da tentativa de burlar a proibição contida no art. 765 do mesmo diploma legal.

Acerca desse último dispositivo, Washington de Barros Monteiro lecionou:

"Depara-se nesse dispositivo legal a mais formal condenação à chamada *lex commissoria*, que autorizava o credor a se adjudicar a própria coisa dada em garantia, caso o devedor não solvesse a obrigação.

"Oriunda do direito romano e do direito canônico, a proibição acha-se universalmente difundida. Fiel à mesma diretriz, o direito moderno mantém sua condenação, ad instar do que consta do Dec.-Lei n. 911, de 1º/10/1969, cujo art. 1º deu nova redação ao art. 66 da Lei n. 4.728, de 14/7/1965, e na Lei n. 4.964, de 29/11/1965, art. 23, § 3º.

"Duas as razões da proibição, uma de ordem moral, outra de ordem técnica. A primeira baseia-se no propósito de proteger o devedor, isto é, no intento de resguardar o fraco contra o forte. Premido pela necessidade, iludido quanto à possibilidade de pagar a dívida e resgatar a coisa dada

em garantia, o devedor pode facilmente concordar com a cláusula. Ora, repugna que o credor assim possa submeter o devedor necessitado.

“A razão de ordem técnica prende-se à ausência de preços no mercado. Inexistindo qualquer controle, fácil será ao credor alegar que o objeto oferecido em garantia não vale a soma que lhe é devida. Muito sério, pois, o perigo a que se acha exposto o devedor, por força da referida estipulação.

“Por ambas as razões, o legislador pátrio, mui avisadamente, impedido por considerações éticas do mais alto valor, comina pena de nulidade para aludido pacto, quer quando convenionado simultaneamente com a outorga da garantia in continenti, quer em data posterior (ex intervallo)”.

E, arrematou:

“A nulidade subsiste ainda que se mascare a cláusula debaixo da aparência de compra e venda com pacto de resgate, ou simulando-se compromisso de compra e venda em garantia do empréstimo em dinheiro” (Curso de Direito Civil, 3º vol., São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 336).

Manifestando-se sobre o tema, o preclaro Paulo Restiffe Neto expõe:

“O pacto comissório, por qualquer de suas manifestações na prática, incide na censura da lei e não é por ela admitido, de vez que disfarça uma venda forçada e condicional que se contrapõe e inutiliza a finalidade legítima das relações de segurança real, como leciona Carvalho Santos, com apoio nos ensinamentos de Afonso Fraga e Chironi, desnaturando o contrato de garantia real e frustrando o espírito da lei (Código Civil Brasileiro

Interpretado, 5ª ed., Freitas Bastos, 1953, vol. X, pág. 91)” (Garantia Fiduciária, RT, 1975, pág. 184).

Em voto no REsp n. 2.216—SP, do qual foi relator o eminente Ministro Nilson Naves, sublinhou o não menos eminente Ministro Eduardo Ribeiro que “o art. 765, é certo, refere-se, expressamente ao penhor, anticrese e hipoteca. Não pode, entretanto, deixar de abranger aquelas outras situações em que o não-pagamento do empréstimo conduza à perda, em benefício do credor, de um bem, colocado como garantia. Não importa que o negócio jurídico tenha aparência de outro, dissimulando-se o que efetivamente ocorreu. Sendo possível afirmar que havia pacto comissório, ainda que disfarçado por simulação, não se pode deixar de proclamar a nulidade, não pelo vício da simulação, mas em virtude de aquela avença não ser tolerada pelo direito” (DJU 1º/7/91).

Em caso semelhante, esta egrégia Corte já decidiu:

“— Ação anulatória de ato jurídico, fundada na existência de simulação.

“— A prova dos autos — fundada em indícios e presunções graves e concordantes — indica que o contrato de promessa de compra e venda em debate simulou o de garantia, possibilitando, com vulneração ao disposto no art. 765 do Código Civil, que o mutuante ficasse com os imóveis que ‘garantiam’ empréstimo em dinheiro.

“— Admissibilidade da prova por indícios e presunções, ante os termos do art. 332 do CPC e precedentes jurisprudenciais, inclusive desta Corte.

“— Desprovemento dos recursos, confirmada a bem-lançada sentença apelada” (Apelação Cível n. 98.000045-9, de Blumenau, rel. Des. João José Schaefer).

Dessa forma, evidenciada a ocorrência de infringência a princípio de ordem pública, que veda o pacto comissório, outra alternativa não restava ao magistrado que não rejeitar o pedido de adjudicação e declarar a nulidade do pretense negócio imobiliário.

Da afronta ao art. 104 do Código Civil:

Inexistiu a alegada afronta ao art. 104 do Código Civil que dispõe acerca da impossibilidade de as partes valerem-se do próprio ato simulado, eis que a simulação referiu-se à própria tentativa de mascarar o pacto comissório, evitando a aplicação de disposição de ordem pública. A proibição legal não distingue entre boa e má-fé. Presume-se que o devedor só acede em concluir o negócio, pressionado pelas circunstâncias e, em face do risco de que seja especialmente lesivo, a lei o veda.

A questão foi enfrentada com perspicácia e sabedoria no já citado julgamento do REsp n. 2.216—SP, tendo o Min. Eduardo Ribeiro assinado:

“Ora, a proibição do pacto comissório, visa, a toda evidência, proteger o mutuário. Seria iníquo impedi-lo de alegar a simulação, feita para encobrir ato ilícito do mutuante. O respeito aparente ao disposto no art. 104 do Código Civil importaria manifesto desrespeito à norma de ordem pública, que é a do art. 765 do mesmo código”.

Ainda, no julgamento do mesmo recurso, o Min. Dias Trindade asseverou:

“Sem afronta ao óbice da falta de prequestionamento do art. 145, II, do Código Civil, cheguei ao entendimento da existência, dentro da simulação e, de certo modo, independentemente dela, ainda que subsequente, de um contrato com o objeto ilícito, por envolver, em si mesmo, o condenado pacto comissório, daí incidente nulidade própria, não decorrente da simulação, o que me leva a afastar a aplicação do art. 104 do Código Civil (...)”.

“Tal avença, em sua autonomia, em relação à simulação, se apresenta uma verdadeira usurpação, com evidente enriquecimento sem causa dos autores reconvidados, a recomendar a correção jurisdicional, nos termos em que o fazem os votos dos eminentes colegas que me precederam”.

Vale citar a ementa do referido acórdão:

“Empréstimo de dinheiro garantido por imóvel. Simulação. Pacto comissório. É nulo o negócio simulado, que permite ao credor ficar com o objeto da garantia, no caso da dívida não ser paga no vencimento. 2. Em decorrência dos motivos, e relevantes, da nulidade, o pacto comissório não se limita aos casos expressamente previstos no art. 765 do Cód. Civil. Hipótese de sua aplicação em venda e compra (escritura e compromisso). 3. Recurso especial conhecido e provido”.

E:

“Pacto comissório. Simulação. CC, art. 765. Havendo pacto comissório, disfarçado por simulação, não se pode deixar de proclamar a nulidade,

não pelo vício da simulação, mas em virtude de aquela avença não ser tolerada pelo direito.

“Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 21.681-7—SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro — DJU 3/8/92).

Mais:

“I — Pacto comissório. Simulação.

“Reconhecida a existência de pacto comissório, vedado pelo artigo 765 do CCivil — conclusão a que chegou o Tribunal a quo depois de examinar os fatos e interpretar as cláusulas contratuais — não pode ser agora acolhida, no recurso especial, a pretensão da recorrente de redefinir o vício como sendo uma simulação, para aplicar ao caso as regras da anulabilidade (artigos 104 e 178, § 9º, V, b, do CC). Súmulas 5 e 7” (REsp n. 42.884—SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 5/8/96, pág. 26.360).

Do corpo do acórdão:

“Admitida a estipulação de cláusula comissória, a definição do ato como nulo é decorrência da simples aplicação do artigo 765 do CC, que, por isso mesmo, não foi de nenhum modo violado na decisão recorrida. O fato de o devedor ter participado do ato não o impede de vir pleitear a sua nulidade, pois a regra existe precisamente para protegê-lo:

‘A proibição do pacto comissório funda-se em um motivo de ordem ética. O direito protege o fraco contra o forte, impede que a pressão da necessidade leve o devedor a convencionar o abandono do bem ao credor por quantia irrisória’ (Clóvis Beviláqua, Código Civil, 3/347).

“Logo, não incide, na espécie, a regra do art. 104 do Código Civil, limitada às hipóteses de simulação, quando concebida para prejudicar terceiros ou infringir a lei”.

“(…) Ora, as circunstâncias do ato simulado e do pacto comissório muitas vezes apresentam semelhanças, podendo estar presente em um, como em outro, uma declaração inverídica. O negócio com pacto comissório se distingue porque é feito em prejuízo do devedor, autorizado o credor hipotecário a ficar com o objeto da garantia. Se o Tribunal a quo, interpretando os fatos e o contrato, concluiu que se concretizara tal negócio, porque presentes as suas características essenciais, não há como continuar a perquirir sobre a natureza do defeito, a fim de agora lhe atribuir o rótulo de simulação”.

Da necessidade de ação própria para o reconhecimento da nulidade

Alegou, ainda, a apelante, a necessidade de propositura de ação própria, pelas pessoas autorizadas no art. 105 da Lei Substantiva Civil, para a declaração da nulidade. No entanto, tratando-se de nulidade absoluta, cumpre ao magistrado pronunciá-la de ofício, sempre que a encontrar provada, nos termos do art. 146, parágrafo único, do CC.

Efetivamente, enquanto a anulabilidade é decretada no interesse privado da pessoa prejudicada, a nulidade é de ordem pública, de alcance geral e decretada no interesse da própria coletividade. Por isso, inaplicável a restrição contida nos dispositivos citados pela apelante, eis que, no caso,

trata-se de ato nulo, consoante cominado nos arts. 765 e 145, V, do CC.

A simulação, causa de anulabilidade, funcionou apenas como meio de burlar o art. 765 do Código Civil, consoante já afirmado. Houve, na realidade, fraude à lei, eis que se buscou alcançar, indiretamente, o que a norma jurídica proíbe.

Fraude à lei, na definição de Maria Helena Diniz, é o “ato de burlar o comando legal usando de procedimento aparentemente lícito. Caracteriza-se pela prática de ato não proibido, em que uma situação fática é alterada para escapar à incidência normativa, livrando-se, assim, de seus efeitos. Por exemplo, venda de bens a descendentes, sem anuência dos demais descendentes, levada a efeito por meio de interposta pessoa, que, depois, passa o bem àquele descendente. Atinge-se, assim, por via oblíqua, o objetivo pretendido, mediante violação disfarçada da lei” (Dicionário Jurídico, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1998, págs. 596/597).

Acerca da distinção entre a ocorrência de mera simulação e de fraude à lei, Marcos Bernardes de Mello ensina:

“Em se tratando da simulação, o problema se torna mais complexo porque a doutrina e a jurisprudência, de ordinário, encambulham os dois conceitos, sob a influência, não somente da questão relativa à intencionalidade, mas de normas jurídicas mal concebidas e pior interpretadas, como é o caso específico do art. 104 do Código Civil. E por isso mesmo a distinção entre as duas figuras se torna, no campo das invalidades, da mais relevante importância, considerando-se

que as conseqüências decorrentes de cada uma delas são absolutamente distintas: anulabilidade, na simulação, e nulidade, na infração indireta à lei.

“O ter a simulação, em alguns casos, a finalidade de infringir preceito legal não a torna semelhante à fraude à lei. Primeiro porque esse dado não é essencial à simulação. No mais das vezes o ato simulado se destina a prejudicar direitos subjetivados de terceiros. Na fraude à lei a sua característica substancial é, precisamente, a infração à norma jurídica por meios indiretos.

“Depois, o outro elemento fundamental para distinguir o ato in fraudem legis do ato simulado consiste em que na simulação os atos não são verdadeiros, enquanto na fraude à lei os atos são verdadeiros, embora se destinem a violar a lei. Realmente, na simulação os atos praticados ou são aparentes ou são mentirosos. Em hipótese alguma representam a verdade. A noção é conseqüência da própria essência do ato simulado tal como descrito no art. 102 do Código Civil” (Teoria do Fato Jurídico — Plano da Validade, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, págs. 90/91).

No caso concreto, está clara a ocorrência de fraude à lei, pois as partes objetivavam, como já mencionado, por meios indiretos, possibilitar que o credor ficasse com o imóvel que garantia o débito, em caso de inadimplemento. Daí que o ato não é meramente anulável e sim nulo, cumprindo ao magistrado pronunciar a nulidade, como asseverou Pontes de Miranda:

“O juiz, encontrando fatos que a provem, tem o dever de decretar a nulidade do ato jurídico. Desde que, com

o exame dos fatos levados à cognição do juiz, pode ele discerni-la, viola a lei se não na pronuncia" (Tratado de Direito Privado, tomo IV, § 366, n. 1).

Recorre-se novamente à lição de Marcos Bernardes de Mello:

"A desconstituição judicial do ato jurídico nulo pode ser obtida por meio de remédio jurídico processual ('ação') próprio ou incidentalmente quando argüida pelo interessado, como defesa, ou pelo Ministério Público, em 'ação' que tenha por fundamento o ato jurídico nulo.

"Ainda incidenter, o ato jurídico pode ser desconstituído pelo juiz, de ofício, quando encontrar provada a nulidade, não lhe sendo permitido supri-la, mesmo a requerimento das partes" (grifo nosso) (ob. cit., pag. 202).

Nesse sentido decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 10.952, em que foi relator o Ministro Eduardo Ribeiro, ao confirmar acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que mantivera sentença que, em ação reivindicatória, julgara o autor carecedor da ação, por inadequação da via processual utilizada e, ao mesmo tempo, declarou nulo o título de domínio, independentemente de ação própria ou reconvenção, onde ficou assentado:

"Detectando que a transferência da propriedade, do réu para o autor, dera-se em virtude de pacto co-

missório, não se condicionava o pronunciamento judicial a alegação da parte. A nulidade daquele é expressamente prevista pelo artigo 765 do Código Civil. E o ato sendo nulo, tal se declara de ofício (Código Civil, artigo 146, parágrafo único).

"(...) insiste o recorrente em que seria necessária ação própria para a anulação da escritura. Se se tratasse de anulação, teria razão. O caso é, porém, de nulidade" (j. 29/10/91).

Ainda, por pertinente:

"II — em se tratando de utilização do processo para a prática de ato simulado ou fim proibido por lei, é dever do juiz, seu condutor e maior fiscal, pronunciar a nulidade" (REsp n. 62.145/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26/8/1997).

Nessas condições, não tendo o recurso abalado os bem-lançados fundamentos da decisão apelada, nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 11 de junho de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.011272-9, DA CAPITAL**Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz**

Ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança de aluguéis atrasados — Abandono do imóvel no curso da ação — Imissão na posse decretada — Validade da medida — Indenização por benfeitorias e acessões além do fundo de comércio — Contrato que excluiu aquela e requisitos deste não preenchidos — Impossibilidade de indenização — Honorários advocatícios arbitrados em quantia elevada — Recurso provido em parte.

— Se o locatário, no tempo e modo devidos, não se insurge contra o mandado de imissão de posse outorgado pelo togado a pedido do locador antes mesmo de devidamente citado, o instituto da preclusão operará, não podendo, em grau de apelação, ser reformada tal decisão. Ademais, mostra-se correta decisão que determina imissão de posse em imóvel que, devidamente certificado pelo oficial de justiça, demonstra o estado de abandono.

— Nas ações de despejo por falta de pagamento, ou o locatário pede prazo para a purga da mora ou contesta a ação, não sendo admitida pretensão à purgação e à impugnação do valor cobrado, conforme reiterado entendimento jurisprudencial.

— Nas ações de despejo por infração contratual e falta de pagamento como a dos autos, incidindo cobrança exacerbada pelo locador, sendo parte do débito incontroverso nos autos, só poderá opor resistência ao pedido se depositar em juízo essa parte reconhecida como incontroversa. Não sendo efetuado esse depósito, decreta-se a rescisão do contrato locatício.

— Confessado o não-pagamento dos acessórios da locação pelo locatário e não comprovada a quantia exata reclamada pelo locador, o processo deverá ser enviado à liquidação de sentença para que lá seja apurado o valor exato a ser cobrado, evitando-se, assim, locupletamento ilícito de qualquer das partes.

— Não tem direito o locatário a indenização ou retenção por benfeitorias e acessões, se estas foram expressamente excluídas pelo contrato de locação, máxime quando o contrato determinava que poderiam ser indenizadas, apenas, se houvesse expressa autorização do locador, o que não ocorreu in casu. Nesse sentido, aliás, o julgamento na Apelação Cível n. 96.003683-0, de Braço do Norte, em que foi relator o Des. Anselmo Cerello.

— *“Não proposta a ação renovatória do contrato, prevista no antigo Dec. n. 24.150/34, sujeitava-se a locação comercial ou industrial ao regime instituído na Lei do Inquilinato, Lei n. 6.649/79, ex vi do art. 1º, § 3º, desta Lei, sendo portanto inadmissível a pretensão à indenização pela perda do fundo de comércio. Manutenção deste sistema na vigente Lei n. 8.245/91” (REsp n. 15.543 — rel. Min. Athos Carneiro).*

— *Havendo intervenção necessária e oportuna no processo, por advogado constituído, mesmo sendo revel em ação reconvençional, cabível a condenação do reconvinte em honorários advocatícios, já que efetivamente instaurado o processo contraditório.*

— *Não se evidenciando o perfeito trabalho realizado pelo patrono da parte vencedora nos termos do art. 20, § 3º, do CPC, não é cabível a condenação da parte vencida em honorários advocatícios no patamar máximo, devendo ser reduzidos para 15%.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.011272-9, da comarca da Capital (3ª Vara), em que é apelante AAA Bar e Restaurante Ltda., sendo apelada Hoepcke S.A. Negócios Imobiliários:

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

Custas na forma da lei.

Hoepcke S.A. Negócios Imobiliários ingressou com ação de despejo c/c cobrança de aluguéis e acessórios da locação comercial contra AAA Bar e Restaurante Ltda., afirmando que a ré alugou, em 1º/3/88, pelo prazo de 12 meses, com vencimento em 1º/3/89, do que passou a vigorar por prazo indeterminado, imóvel de sua propriedade, do que não lhe vem sendo pago o correspondente aluguel desde maio de 1992.

Afirmou que a notificou para que efetuasse o pagamento do que não cumpriu, estando em mora desde a data citada, importando o total dos aluguéis atrasados em Cr\$ 80.398.005,00, já acrescido da multa contratual de 20%, bem como não efetuou o pagamento do correspondente IPTU, em débito desde 1989, totalizando, os aluguéis devidos e o IPTU, a quantia de Cr\$ 136.279.554,82, pugnando, por fim, pelo julgamento procedente do pleito.

Informado do abandono do imóvel pela requerida, o Togado determinou a imissão da autora na posse daquele (fl. 31) e a remoção dos bens que lá se encontravam (fl. 35/37).

Incidentalmente, instaurou-se discussão acerca da validade da imissão da posse deferida, afirmando a ré que não abandonou o imóvel, eis que presente vigia no local, requerendo sua imissão na posse do bem, do que restou lavrado auto de verificação de fl. 46.

Contestando o feito, alegou, preliminarmente, ilegitimidade ativa ad causam, eis que o imóvel em discussão é de propriedade de Estaleiro Arataca S.A., afirmando incidir litigância de má-fé, pleiteando a nulidade do contrato de locação e irregularidade de representação. No mérito, afirmou que efetivamente deixou de pagar os aluguéis, eis que a autora pretendia cobrar reajustes mensais, situação esta não prevista no contrato (reajuste semestral).

Salientou que ocupava, apenas, 321,00m² da área total do imóvel, que contava com 15.000,00m², afirmando que não quitou o IPTU por existirem, dentro desta área, outras edificações e casas, não sendo correto ela arcar com o pagamento integral desse imposto.

Interpôs, ainda, reconvenção, pleiteando embargos de retenção por benfeitorias realizadas no imóvel, bem como indenização pelo fundo de comércio, nos moldes do Decreto n. 24.150/34, esposando os mesmos argumentos fáticos e de direito da peça contestatória.

Designada audiência de instrução e julgamento, ouviram-se sete testemunhas arroladas, determinando-se a entrega de alegações finais.

Apresentadas alegações finais pelas partes, sendo as do autor às fls. 426/438 e as do réu às fls. 439/522.

Incidentalmente (autos apartados), a autora aforou medida cautelar de arresto contra AAA Bar e Restaurante Ltda., alegando ser credora da importância de Cr\$ 136.279.554,82, a título de aluguéis e acessórios da locação impagos pela requerida, afirmando que esta não tem patrimônio

para saldar tal dívida, relacionando os bens que ela possui em poder do depositário nomeado nos autos da ação de despejo c/c cobrança.

Afirmou que, ante a tentativa da ré de vender tais bens, pretende o arresto destes, anexando os documentos de fls. 7/42.

Conclusos, a liminar pleiteada restou indeferida.

Sentenciando o feito às fls. 535/548, o douto Togado monocrático julgou procedente o pleito, declarando extinto o vínculo locatício, condenando a locatária no pagamento dos aluguéis vencidos no período de maio de 1992 a 10 de fevereiro de 1993, data da imissão da autora na posse do imóvel locado, acrescido de multa de 20%, bem como dos encargos da locação não pagos, estes no montante de Cr\$ 55.981.549,82. No cálculo dos aluguéis, deve ser considerado o valor do último aluguel pago, reajustado semestralmente, acrescido de juros desde a citação e de correção monetária, a ser calculada do ajuizamento da ação. Julgou, ainda, improcedente o pedido reconvenicional. Condenou a ré no pagamento dos ônus sucumbenciais da ação principal, com honorários advocatícios no importe de 20% sobre o valor da condenação, e na reconvenção no importe de 10% sobre o valor a ela atribuído.

Irresignada, a ré/reconvinte apelou, salientando que ao cobrar excessivamente os valores dos aluguéis em atraso, a ela deveria ter sido oportunizado prazo para que purgasse a mora, pleiteando, agora, a concessão de tal purgação.

Insurgiu-se contra a condenação ao pagamento de tributos municí-

pais, sendo eles: 1989 — 25,2153 UFM's; 1990 — 128,4934 UFM's; 1991 — 103,8315 UFM's e 1992 — 82,2029 UFM's, afirmando que não poderá quitá-los integralmente, vez que utilizava, apenas, parte do total do imóvel.

Discute, ainda, acerca do deferimento de mandado de imissão de posse da autora no imóvel a ela locado. Afirmando que, desde que iniciou o contrato de locação, efetuou várias reformas no local, todas com autorização da proprietária, e a imissão na posse somente poderia ter sido deferida caso aquelas restassem devidamente indenizadas, pleiteando, ainda, o pagamento do que foi despendido em tais construções.

Salientou a incidência da Lei de Luvas, devendo ser ressarcida pelo ponto comercial que desenvolveu, no valor de, à época, Cr\$ 3.000.000.000,00, bem como pleiteia a indenização pelo fechamento de seu estabelecimento, insurgindo-se, ainda, quanto à fixação elevada dos honorários advocatícios, já que, na ação principal, o trabalho realizado pelo patrono da autora foi ínfimo e, na reconvenção, por ser revel, deve ser atribuído valor simbólico.

Por fim, pleiteou a reforma da sentença proferida, julgando-se im procedente a ação de despejo e procedente a ação reconvenicional.

Devidamente intimada, a autora ofertou contra-razões ao recurso, e os autos foram remetidos a esta superior instância.

É o relatório.

Insurge-se a ora apelante contra a sentença proferida pelo douto Juízo a quo, por entender que laborou em equívoco ao julgar extinto o vínculo

lolocatício ante o não-pagamento da locação e condená-la ao pagamento dos respectivos valores locatícios e encargos da locação, incidentes a título de IPTU.

Dentre as várias manifestações insurgenciais, cumpre-nos, primeiramente, indagar quanto a sua afirmativa de que a imissão na posse demonstrou-se de forma ilegal, já que levado o Togado a erro, entendendo, ainda, que descaracterizado o abandono do imóvel.

Seu pleito não merece guarida!

Isso porque, por mera análise perfunctória dos autos, denota-se que a liminar de imissão de posse restou devidamente cumprida em 10 de fevereiro de 1993, sendo juntada aos autos em 11 de fevereiro do mesmo ano.

Deste ato teve conhecimento inequívoco na mesma data, 11/2/93, conforme se depreende de fls. 42/44 dos autos, data esta em que deveria ter ingressado com recurso a este Socialício, manifestando sua insurgência e inconformismo.

Em vez disso, ingressou com pedido de reconsideração que, conforme entendimento pacífico desta Casa, não suspende o prazo para interposição do respectivo recurso e, somente agora, em grau de apelação e transcorridos mais de cinco anos desde sua cientificação do ato liminar, pretende ver responsabilizado o Estado pelo ato que alega ser atentatório à seu direito.

Ora, pretender responsabilizar o Estado por ato que ela própria não resguardou e defendeu à época é, no mínimo, imoral, estando, ademais, a matéria acobertada pela preclusão temporal, já que transcorrido, e há mui-

to, o prazo para a ora recorrente insurgir-se quanto à decisão constante no despacho ora proferido.

O artigo 473 do CPC assim aduz:

“É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”.

A propósito, esclarece Humberto Theodoro Júnior:

“O processo é um caminhar sempre para frente, subordinando-se a prazos contínuos e peremptórios (arts. 178 e 183). ‘Em processo, a capacidade da parte está sempre condicionada pelo tempo’. Assim, ‘decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato’ (art. 183).

“Tem-se, de tal forma, a preclusão temporal, que se apresenta como ‘um dos efeitos da inércia da parte, acarretando a perda da faculdade de praticar o ato processual’” (Curso de Direito Processual Civil, 12ª ed., Forense, 1994, v. I, pág. 526).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery esclarecem:

“A preclusão indica perda da faculdade processual, pelo seu não uso dentro do prazo peremptório previsto pela lei (preclusão temporal), ou, pelo fato de já havê-la exercido (preclusão consumativa), ou, ainda, pela prática de ato incompatível com aquele que se pretende exercitar no processo (preclusão lógica)” (CPC comentado e legislação processual civil extravagante civil em vigor, 3ª ed., RT, 1997, pág. 686).

Nesse sentido, ainda, a jurisprudência:

“A preclusão temporal implica no fechamento de etapa do processo e impedimento de regresso à etapa ou momento processual já extinto; por isso, cabe à parte a alegação de prejuízo na primeira oportunidade em que falar nos autos, sob pena de ficar convalescido mesmo o ato imperfeito” (Ap. Cív. n. 48.433, de Sombrio, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Processual civil — Prova testemunhal — Oitiva de testigos ex officio — Anuência tácita das partes — Preclusão.

“Deixando a parte de insurgir-se, a tempo e modo, contra a decisão que, em audiência, determina ex officio a oitiva de testemunhas, sujeita-se aos efeitos da preclusão, descabendo a apreciação da matéria no âmbito da apelação” (Apelação Cível n. 98.012929-0, de Ponte Serrada, relator Des. Eder Graf).

Nesse direcionamento, a discussão acerca da validade ou invalidade da imissão de posse decretada pelo douto Togado mostra-se já acobertada pelo instituto da preclusão, não mais podendo ser reanalisadas.

Ademais, mesmo que adentremos no mérito da questão, depreende-se, dos documentos existentes nos autos, que, interposta petição em que pleiteada imissão na posse do imóvel pela locadora, o douto Togado, de pronto, determinou ao oficial de justiça que procedesse à verificação do estado em que ele se encontrava, sendo então certificado:

“que o imóvel se encontra com vários vidros quebrados por vândalos e invadido por andarilhos. Certifico mais, que duas salas do referido imóvel esta invadida por dos indivíduos

que alegam ser funcionário dos réus e pelo motivo dos réus não terem pago os mesmos não tem dinheiro para morar por este motivo os mesmos também invadiram o referido imóvel" (fl. 32v.).

De posse dessa certidão, em que restou claro o abandono do imóvel, o douto Togado monocrático determinou a imissão da locadora na posse, com a nomeação de depositário aos bens existentes no imóvel, do que restou devidamente cumprido à fl. 32v., inclusive com remoção dos bens ao depositário escolhido pela autora.

Citada e intimada da realização da imissão de posse, a ré ingressou com pedido de reconsideração, com o que, comovido, o Togado determinou, novamente, a expedição de mandado de verificação para averiguação das situações por ela descritas.

Novamente, agora nesta diligência, o oficial de justiça, sob a fé de seu grau, ouvindo Geraldo Hermenegildo da Silva, comentando acerca de acontecimento envolvendo José Pedro da Silva, certificou:

"como o mesmo não tinha aonde dormir, o Sr. André Luiz Boabaid lhes devia dinheiro, pois o mesmo trabalhou seis meses e ganhou Cr\$ 200.000,00 (duzentos mil cruzeiros), pedindo ao mesmo se poderia ficar ocupando uma peça do imóvel em litígio, para dormir, sendo que o Sr. André Boabaid prontamente concedeu, porém o Sr. José Pedro não estava sendo pago para cuidar do referido imóvel e nem pagando aluguel pelo uso da sala, pois o mesmo não poderia cuidar, já que trabalhava das 17 às 2 ou 3h da madrugada na Cantina Dom Pepe.

(...)

"O restaurante terminou suas atividades em agosto de 1992, não mais abrindo suas portas ao público, sendo ainda informados que a água e luz foram cortados em dezembro de 1992" (fls. 46/47).

Após, ouvindo o próprio José Pedro da Silva, apontou:

"que de fato dormia em uma dependência do imóvel, por consentimento do Sr. André, mas não era mais empregado do mesmo e nem era vigia, pois das 17 às 3 h trabalhava na referida cantina" (fl. 47).

Ora, como não se deferir imissão na posse nas circunstâncias anteriormente apontadas?

Verdade que a atual legislação não prevê qualquer sistemática para averiguação acerca do abandono do imóvel, determinando, apenas em seu artigo 66, que "quando o imóvel for abandonado após ajuizada a ação, o locador poderá imitir-se na posse do imóvel".

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência têm utilizado, como parâmetro a ser seguido, a legislação anterior (Lei n. 6.649/79), que descrevia minuciosamente os passos a ser seguidos para averiguação do estado de abandono da coisa.

Assim é que, diligentemente, o Togado determinou a verificação do imóvel, com a descrição pormenorizada do estado em que se encontrava, atendendo, assim, ao princípio do livre convencimento.

Sylvio Capanema de Souza, acerca do tema, assim aduz:

"Para que se caracterize o abandono é preciso que se conju-

quem dois elementos: um, subjetivo, que é a intenção do locatário, ou dos ocupantes, de não mais se utilizarem do imóvel, desinteressando-se pela locação, e outro, objetivo, que é a ausência física do inquilino e dos demais ocupantes, o que traduz terem eles se demitido, voluntariamente, da posse direta.

“A ausência de qualquer desses elementos caracterizadores do abandono serve de obstáculo intransponível à pretensão do locador, de imitir-se na posse do imóvel locado” (in Da Locação do Imóvel Urbano, RT, RJ, 1999, pág. 476).

Evidenciado o estado de abandono da coisa, inclusive com pessoas que declararam perante o oficial de justiça não serem empregados do locatário, empregados estes que, por certo, haveriam de ser contratados para cuidar do bem e vigiá-lo, a imissão na posse pela locadora foi medida extremamente correta.

Ademais, depreende-se que a medida foi tomada no início do mês de fevereiro, estando presente nos autos que o imóvel já se encontrava desocupado desde agosto/1992 (fl. 47), situação esta que, por certo, não condiz com pessoa que pretende continuar com suas atividades comerciais, já que, como é sabido, a época de maior circulação e lucros para os comerciantes é o das férias, já que por ser esta cidade eminentemente turística, inclusive sendo os pontos comerciais gastronômicos e dançantes abertos e inaugurados no início da temporada (verão), por certo, acaso pretendesse continuar com suas atividades econômicas, não fecharia o estabelecimen-

to bem na alta temporada, conforme já apontado.

Como acreditar que o locatário pretendia continuar suas atividades se fechou o imóvel justamente na alta temporada, época em que, por certo, estaria auferindo sua maior renda e lucro?

Comentando o mesmo preceito, Mário Baptista de Magalhães observa:

“Refere-se o artigo a hipótese bastante comum, quando, proposta ação de despejo, o locatário e os eventuais subinquilinos abandonam o prédio no curso do feito, o que deve ficar iniludivelmente provado para aplicação do art. 44. Esses casos são mais comuns quando a demanda decorre de falta de pagamento de alugueres e acessórios. A aplicação do artigo depende da positivação do abandono pelo inquilino. Se este retirar todos os móveis e seus demais pertences, a saída do locatário está perfeitamente evidenciada. Mas pode ocorrer que o inquilino incorra no abandono do prédio, neste deixando alguns móveis. Para a caracterização do abandono a lei não exige que o locatário se retire do imóvel, deixando-o vazio, eis que o art. 44 manda se aplique o § 2º do art. 43, para os oficiais, que efetivarem a imissão, recolherem ao depositário judicial os móveis do locatário que eventualmente encontrarem no bem. No segundo exemplo supra, não de valer informações colhidas pelos oficiais de justiça junto aos vizinhos, para estes informarem se a ausência do inquilino réu é passageira ou definitiva. Essa retirada implica na desistência da defesa dos eventuais direitos locativos do inquilino. Denota

total e irreversível renúncia ao direito de locação. Ficando o prédio abandonado, não seria justo que a lei não previsse para o locador uma medida que lhe permitisse reaver de imediato seu bem e dentro desse entendimento se incluiu na lei o disposto no art. 44" (in *Locação de Imóveis — Teoria e Prática*, Freitas Bastos, 1ª ed., pág. 132).

Ora, constata-se, conforme já apontado, que a segunda diligência em que restou acostado o auto de verificação do imóvel de fls. 46/47, em que confirmada a situação de abandono do imóvel, perfectibilizada por dois oficiais de justiça, ambos contando com a evidente fé pública de que o cargo por certo traz, não restou suficientemente refutada pelos depoimentos acostados nos autos.

Acerca do tema, aliás, anota Jorge A. M. Mucillo, fundado em jurisprudência do Tribunal de Alçada da Guanabara:

"Entre o certificado pelo oficial de justiça, encarregado da citação, e as declarações da parte, em depoimento pessoal, contrárias ao firmado pelo serventuário — prevalece o deste último, depositário, de fé pública. Locar imóvel residencial, para conservá-lo vazio, como depósito de móveis, constitui infração legal e abuso de direito" (in *Inquilinato Comentado*, Livraria do Advogado, pág. 129).

Ademais, afirme-se que em nenhum momento de sua peça processual apelatória o recorrente manifestou intenção de retornar ao imóvel, insurgindo-se apenas quanto ao erro na confirmação da imissão antecipada de posse, alegando que constitui flagrante erro judiciário, que deve des-

de já ser reconhecido por esta egrégia Câmara, respondendo o Estado pelas consequências de seus atos.

Ora, se não pretende retornar à posse do imóvel, por que discutir a validade da imissão na posse da locadora?

Lógico que o que pretende é, apenas, a indenização pelas benfeitorias realizadas, além do ponto de comércio, utilizando-se da errônea imissão na posse apenas como argumentação para tal pretensão.

No mesmo sentido converge a afirmação de tentativa de purgação da mora!

Efetivamente, ao manusear sua peça contestatória, externou tanto sua intenção em purgar a mora como ofertou contestação e reconvenção, alegando, aqui, a cobrança de valor a mais do que o devido.

Ocorre, todavia, que impossível a realização de ambas as condutas adotadas, já que reiterada doutrina e jurisprudência apontam a impossibilidade de se purgar a mora e de oferecer contestação, senão vejamos:

Gilberto Caldas assim se manifesta:

"A questão é a seguinte: pode o locatário pleitear a purgação da mora e contestar o pedido concomitantemente?"

"Existe um posicionamento dominante entre os juízes de que o pedido de purgação é uma opção ou alternativa e, portanto, exclui a contestação.

"O locatário (réu) está diante de uma encruzilhada ou dilema: ou paga o aluguel, custas e honorários, sem discutir, ou então contesta, alegando

que já pagou ou que o pedido é exorbitante.

“Cumular as providências, segundo alguns processualistas, é que não será possível” (in *Lei do Inquilinato Comentada*, Ed. Edipraxis Jurídica, 7ª ed., 2000, págs. 274/275).

Igualmente, a lição de Pedro Paulo Filho:

“Os tribunais, porém, não têm admitido que o locatário purgue a mora e, simultaneamente, conteste a ação” (in *As Ações na Locação Imobiliária Urbana*, Ed. de Direito, 2ª ed., 1999, SP, pág. 719).

Assim também a jurisprudência deste Sodalício:

“Agravado de instrumento. Ação de despejo por falta de pagamento. Purgação da mora. Sendo a falta de pagamento o fundamento da ação de despejo, o réu ou purga a mora ou contesta. As duas coisas não são admissíveis ao mesmo tempo. Se quer purgar a mora, pagará os valores reclamados. Se considera tais valores excessivos, contesta a ação e, demonstrado o excesso, o despejo será negado porque fundamentada a recusa do pagamento. Purgando a mora nos valores que considera excessivos, haverá meios processuais para cobrar-se do excesso (solve et repete), considerada ainda a possibilidade de consignar o que entende realmente devido, para evitar a ação de despejo por falta de pagamento” (Agravado de Instrumento n. 4.812, rel. Des. Norberto Ungaretti).

Do corpo do aresto extrai-se o seguinte excerto:

“Na ação de despejo por falta de pagamento, o locatário tem duas

alternativas: ou purga a mora ou contesta a ação. Não se admite a simultaneidade desses procedimentos, uma vez que, como observam Rogério Lauria Tucci e Álvaro Villaça Azevedo, ‘dado o antagonismo que marca tais possíveis proposições do réu, chamado ao processo para contestar ou, no mesmo prazo estabelecido para a apresentação de sua resposta, pleitear seja admitida emenda da mora em que se encontra, inominado absurdo consistiria a aceitação de ambas as atuações contrastantes, a um só tempo’ (‘Tratado da Locação Predial Urbana’, 2º vol., Ed. Saraiva, 1988, pág. 446).

“Em princípio, se o locatário prefere purgar a mora, livrando-se, assim, da decretação do despejo, deve fazê-lo nos valores apresentados pelo locador, ainda que os considere excessivos. Haverá meios legais para, posteriormente, cobrar-se do excesso, se este realmente ocorreu. Ou então, insistindo na demonstração do referido excesso, contesta a ação, que será então julgada no seu mérito”.

No mesmo sentido é a nota n. 11 de Theotônio Negrão ao art. 36 da Lei n. 6.649/79, in verbis:

“No prazo da contestação, o réu pode optar entre requerer a purgação da mora ou defender-se. Não pode, porém, fazer a purgação condicional da mora; se, para forrar-se aos riscos do despejo, quiser efetuar o pagamento da quantia reclamada, embora entenda que ela é indevida ou excessiva, poderá fazê-lo e mover, posteriormente, ação de repetição de indébito (solve et repete)” (Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 22ª ed., pág. 978).

Da mesma forma o seguinte julgado:

“Ou o locatário pede prazo para a purga da mora ou contesta a ação, não sendo admitida pretensão à purgação e à impugnação do valor” (RT 601/153).

Ora, não consta nos autos qualquer manifestação de insurgência acerca da decisão do Togado que deu continuidade ao feito, o que caracteriza, novamente, preclusão temporal, além do que evidente seu desinteresse pelo pedido de purgação da mora, já que apresentou reconvenção, produziu provas em audiência, inclusive apresentou alegações finais, e, somente agora, em apelação, mostra seu inconformismo, caracterizando, assim, preclusão lógica.

Ademais, não há contradição entre a condenação do locatário ao pagamento dos locativos com a modificação da incidência do modo de correção e o julgamento procedente do feito, com a ruptura do vínculo contratual.

Isso porque encontra-se declaradamente em mora desde maio/1992, sendo que a justificou ante o fato de estar cobrando valor excessivo a título de locativo, vez que o índice de correção deveria ter sido o semestral, não o mensal, conforme consignado na sentença a quo.

Ora, irrelevante tal fato para o julgamento procedente do feito, já que cabia à ré-apelante depositar, pelo menos, o valor que entendesse devido e questionar o restante em sede de contestação, o que não foi feito.

Nesse sentido, aliás, a lição de Francisco Carlos Rocha de Barros, que assim aduz:

“Trata-se, enfim, de exigir conduta ética do locatário. Se está devendo, incontroversamente, parte do débito reclamado na inicial, só se deve admitir que oponha resistência ao pedido quando depositar a parte reconhecida como incontroversa. Defender-se do pedido de desfazimento do vínculo, por alegado inadimplemento, só se justificará quando depositar o valor do débito que reconhece” (in Comentários à Lei do Inquilinato, Ed. Saraiva, pág. 362).

No mesmo desiderato, já decidiu a jurisprudência pátria:

“Ação de despejo por infração contratual e falta de pagamento — Aumento abusivo dos alugueres pelo locador — Falta de consignação em juízo dos valores tidos como corretos pelo locatário. 1 — Se o locatário está devendo, incontroversamente, parte do débito reclamado na inicial, só poderá opor resistência ao pedido se depositar em juízo a parte reconhecida como incontroversa. 2 — Não efetuado o depósito, decreta-se a rescisão do contrato locatício. 3 — Recurso conhecido e parcialmente provido, apenas para excluir da condenação o reajuste dos aluguéis pelo IGP-M, devendo a correção ser feita pela URV, na forma do contrato firmado pelas partes” (APC3913396/DF, 5ª Turma Cível, relator Des. Júlio de Oliveira, DJU 17/2/97, pág. 1.698).

Assim, ao contestar o feito, deveria ter depositado em juízo, ao menos, o valor que entendesse ser devido, para, então, discutir acerca dos índices de atualização que erroneamente estavam sendo cobrados pela locadora.

Percebe-se, também, que o Togado apenas adequou o valor pleiteado na ação de cobrança dos locativos atrasados, não afrontando, dessa forma, o julgamento procedente da ação de despejo.

Ademais, saliente-se que o abandono do imóvel por si só já tem como consequência a quebra dos deveres das partes quanto às obrigações legais, eis que violada a regra do art. 23, II, da Lei de Locações, que, conforme art. 9º, II, da mesma lei, causa a rescisão contratual, devendo, como bem apontou o Togado, ser discutido, apenas, o quantum a incidir na ação de cobrança.

Como se não bastasse, o não-pagamento dos encargos da locação igualmente acarretam a rescisão do contrato, conforme estipulado no inciso I do art. 23 da Lei n. 8.245/91, e suficientemente provado nos autos, conforme se verá mais a frente.

Quanto ao pagamento dos encargos da locação:

Afirma a apelante que não pode ser impingida a efetuar o pagamento sobre a área total do terreno em que se encontra o imóvel locado, mas sim apenas a área restrita às dependências da casa, bem como salientou que não pode ser constrangida a pagar a quantia cobrada a título de IPTU, vez que não comprovado o efetivo pagamento da quantia cobrada a título de encargos locativos.

Quanto ao primeiro ponto, o contrato, em sua cláusula primeira, expressamente descreve o objeto e prazo da locação, assim apontando:

“A locadora dá em locação à locatária, em renovação, o imóvel de

sua propriedade localizado à rua Almirante Lamego, n. 310 — B, denominado como Estaleiro Arataca nas proximidades da ponte Hercílio Luz, nesta Capital. No referido imóvel está edificada uma casa mista medindo 321,00m² em dois pavimentos”.

Ora, o contrato é claro, indicando que o objeto da locação seria o imóvel inteiramente situado na Rua Almirante Lamego, n. 310—B, imóvel este denominado Estaleiro Arataca, composto de uma casa edificada com 321,00m², de dois pavimentos.

Ademais, por mera análise das fotos acostadas às fls. 517/519 percebe-se que a área locada não se restringe à construção física sobre o terreno, mas sim vindo desde a rua de cima de dita construção, abrangendo, ainda, área para estacionamento na Av. Beira-Mar Norte.

Saliente-se, ainda, que a afirmativa da locadora de que os comprovantes de entrega de carnê de fl. 24 foram recebidos pela locatária não restou, por esta, refutada, tendo por verdadeiro que os recebeu.

Assim, se o contrato de locação estipulava que a locatária tinha obrigação de pagar o IPTU sobre o total da área, como acima apontado, e esta não refutou que os recebeu para pagamento, deve ser constrangida a efetuar o respectivo pagamento.

Entretanto, saliente-se que não acostados os comprovantes de pagamento de IPTU, não sabendo este Juízo se foram quitados pela locadora ou se ainda se encontram em aberto perante a Prefeitura.

Se ainda estão em aberto, deverá ser apurado o valor devido em liquidação de sentença para que a lo-

catária efetue seu pagamento. Se já foram pagos, deverá a locadora, agora em liquidação de sentença, comprovar sua quitação e cobrá-lo, assim sendo apurado o que efetivamente desembolsou.

Em repetição, ao instruir o feito, a locadora apenas demonstrou que a locatária recebeu os carnês do IPTU, bem como ser de sua responsabilidade os respectivos pagamentos. Entretanto, assim não procedeu, já que confessou que não os recolheu.

Não os recolhendo e sendo sua a obrigação, conforme já declarado, deverá ser impingida a fazê-lo, mas não sobre o valor fixado em sentença pelo douto Togado a quo, já que não se sabe se foi, efetivamente, aquele o valor desembolsado ou a ser desembolsado pela locadora, devendo ser, em liquidação de sentença, apurado o verdadeiro valor do IPTU.

Nesse desiderato, deve ser enviado o feito à liquidação de sentença, para que lá seja apurado o valor devido a título de IPTU nos anos de 1989, 1990, 1991 e 1992, obrigando a locatária a pagar o valor efetivamente devido ou desembolsado pela locadora.

Quanto à indenização pela realização de benfeitorias:

Em peça reconventional, a locatária/reconvinte pleiteia a indenização pela realização de benfeitorias úteis e necessárias, além de reformas que foi obrigada a promover para exercer suas atividades de bar e restaurante, arrolando vários acréscimos que teve de realizar.

Afirmou que as benfeitorias foram realizadas, todas, com concordância tácita ou expressa da locadora, devendo esta indenizá-la pela

realização de toda a construção e reformas, e, caso não seja esse o entendimento, seja-lhe assegurado o direito de retirada e desmonte das acessões por ela construídas, que de forma alguma comprometem a estrutura da casa locada.

Ocorre que, como bem analisou o douto Togado a quo, o contrato de locação de fls. 13/15, último assinado pelas partes, determina, de forma expressa:

“Cláusula quarta — Obras e benfeitorias:

“A locatária se obriga a efetuar todos os reparos e consertos que se fizerem necessários no imóvel locado, podendo ainda fazer benfeitorias quando previamente autorizadas pela locadora, por escrito.

“Parágrafo único:

“As benfeitorias não removíveis, as obras e consertos efetuados, sejam voluptuários, úteis ou necessários, ficarão incorporados ao imóvel locado sem que caiba à locatária qualquer direito à indenização ou retenção pela execução delas”.

O contrato, de forma expressa, exclui qualquer responsabilidade da locadora pela indenização de benfeitorias realizadas, sejam elas úteis, necessárias ou voluptuárias, salvo se expressamente autorizadas pela locadora, autorização esta que deveria ser feita por escrito.

Entretanto, pleiteia indenização por benfeitorias sem sequer apontar que o contrato as prognosticava.

Verdade que, sob a vigência da lei antiga, aferrearam-se discussões acerca da validade da cláusula exonerativa de indenização por benfeitorias,

afirmando, de um lado, sua nulidade, já que colidia de frente com o princípio do não-enriquecimento ilícito.

Outra corrente, oposta, afirmava ser válida, entendendo ser dispositivo o direito do locatário à indenização, por tratar-se, inclusive, de matéria de natureza patrimonial, de interesse privado.

Tal ocorria pelo fato de a lei anterior ser omissa quanto à validade da cláusula exonerativa da indenização.

Atualmente, entretanto, tal discussão encontra-se pacificada, já que, dando fim a essa ferrenha controvérsia, a Lei de Locações, em seu artigo 35, estabelece que as benfeitorias necessárias e úteis, desde que autorizadas, são indenizáveis, senão vejamos:

“Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção”.

O mestre Sylvio Capanema de Souza, comentando o supramencionado artigo, afirma:

“Já se constitui um costume do mercado a inclusão, nos contratos de locação, de uma cláusula expressa, que incorpora ao imóvel toda obra ou benfeitoria realizada pelo locatário, qualquer que seja a sua natureza, sem que tenha ele direito à indenização ou retenção.

“Exonera-se, assim, o locador do dever de indenizar, até mesmo em se tratando de benfeitorias necessá-

“(...) Ocorre que a lei atual enfrentou o tema, espancando, de vez, a controvérsia, ao estabelecer que as benfeitorias necessárias e as úteis, desde que autorizadas, são indenizáveis, ‘salvo expressa disposição em contrário’.

“Logo, validaram-se as cláusulas exonerativas da indenização, desde que expressas.

“Caberia ao locatário, como é óbvio, e em ação própria, de rito ordinário, tentar anular a cláusula, alegando a existência de vício de consentimento, cabendo-lhe o ônus da prova.

“Mas se a cláusula resultou do livre consenso das partes, produzirá o efeito por eles colimado, não mais se justificando a discussão quanto à sua validade, diante da nova redação do art. 35” (in *Da Locação do Imóvel Urbano*, RT, RJ, 1999, págs. 227/228).

Bem como a ensinança de Carlos Celso Orcesi da Costa, que assim observa:

“Tanto o direito de indenização como o de retenção têm sido sistematicamente recusados pelos juízes quando o contrato de locação contém cláusula de renúncia expressa, o que sói acontecer na imensa maioria dos casos” (in *Locação de Imóvel Urbano*. São Paulo: Saraiva, 1992, pág. 183).

O contrato, de forma expressa, autorizava a indenização por benfeitorias úteis e necessárias, conforme se depreende da leitura de sua cláusula quarta, desde que autorizadas pela locadora, autorização esta que necessitava ser por escrito.

Da análise dos autos depreende-se que nenhum dos documentos

que os instruem evidenciam ou comprovam a autorização para construção de benfeitorias ou acessões, nem sequer sendo levantados tais documentos, como argumentação, pela locatária, para ser cabível a indenização por benfeitorias.

Ademais, assim tem-se manifestado a jurisprudência deste Sodalício:

“Não se há de cogitar de retenção por benfeitorias, se o contrato locativo expressamente contém a renúncia do locatário a qualquer reparação, por melhoramento introduzido no imóvel locado” (Ap. Cív. n. 34.893, de Blumenau, rel. Des. Anselmo Cerello).

“É lícita a cláusula contratual que exclui indenização por benfeitorias (Lei n. 8.245/91, art. 35)’ (JB 178/260)” (Ap. Cív. n. 97.008374-2, da Capital, Des. Newton Trisotto).

“Apelação cível. Ação de despejo por falta de pagamento. Shopping center. Cerceamento de defesa incorrente. Indenização do fundo de comércio e direito de retenção por benfeitorias indevidos. Recurso improvido.

“O locatário não tem o direito de ser indenizado pelas benfeitorias que realizou no imóvel, se há expressa disposição contratual neste sentido” (Ap. Cív. n. 52.121 (88.92608-8), de Blumenau, rel. Des. Vanderlei Romer).

“Renunciando expressamente à indenização por benfeitorias, não pode o locatário, na ação de despejo, invocar o direito de retenção para conservar a coisa, nem poderá pretender o seu ressarcimento” (Apelação Cível n. 98.004359-0, de São José, relator Des. Pedro Manoel Abreu).

“A teor do art. 35 da Lei n. 8.245/91, apenas as benfeitorias necessárias e as úteis, estas se autorizadas pelo locador, é que outorgam ao locatário indenização e retenção do imóvel, caso a arguição seja feita na fase de conhecimento. Cuidando-se de construção não se trata de benfeitoria, mas sim de acessão (art. 536, V, do CCB), sendo a hipótese regida pelo CCB (arts. 545 e 546).

“Não tem direito o locatário a indenização ou retenção por acessões se os mesmos foram expressamente excluídos do contrato edificados sem autorização do proprietário (RT 679/136)” (Apelação Cível n. 96.003683-0, de Braço do Norte, rel. Des. Anselmo Cerello).

Quanto à indenização pelo fundo de comércio:

Igualmente no que concerne a seu pleito de indenização pelo fundo de comércio, razão não lhe assiste!

Ocorre que, nos termos do Decreto n. 24.150/34, incorporado pela vigente Lei Inquilinária, só é cabível a proteção ao ponto comercial, por indenização (art. 20), quando, integrados os pressupostos legais, for a ação renovatória aforada em tempo hábil.

Necessário, assim, que estejam preenchidos os requisitos determinados pelo art. 2º deste Decreto, sendo eles:

“Para que as renovações de arrendamento fiquem sujeitas aos dispositivos desta lei, é essencial que os respectivos contratos, além dos requisitos constantes do artigo precedente (1º), preencham mais os seguintes:

“a) a locação do contrato a renovar deve ser por tempo determinado;

“b) o prazo mínimo da locação, do contrato a renovar, deve ser de 5 (cinco) anos;

“c) o arrendatário deve estar em exploração do seu comércio ou indústria, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo, ininterrupto, de 3 (três) anos”.

Bem como em seu artigo 4º, que assim aponta:

“O direito à renovação do contrato de locação, nas condições e modo estabelecidos nesta lei, deve ser exercido pelo locatário, no interregno de 1 (um) ano, no máximo, até 6 (seis) meses, no mínimo, anteriores à data da finalização do contrato a prorrogar”.

Não é, em absoluto, a situação vislumbrada nos autos em pauta, eis que, aqui, além de não estarem preenchidos os requisitos do art. 2º de mencionado decreto, não restou aforada, pelo inquilino, a competente ação renovatória, no prazo de seis meses anteriores à finalização do contrato.

Verifica-se que o contrato que deu base à ação alijatória está agora sob prazo indeterminado, não sendo ajuizada dentro do prazo de seis meses anteriores ao final do tempo estipulado no contrato a ação renovatória.

Não deixou o contrato de locação ficar com prazo indeterminado, estando há mais de dois anos nessa condição, infringindo, assim, a norma do inciso a do artigo 2º do Decreto n. 24.150/34.

Nessas hipóteses, vêm os tribunais pátrios negando, sistematicamente, a indenização pelo fundo de comércio ou ponto comercial.

Da colenda Turma de Recursos de Joinville, convoca-se à baila o seguinte precedente:

“Despejo. Locação comercial. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Retomada para uso próprio que pode ser imotivada, inclusive.

“Não proposta ação renovatória em tempo hábil, descabe indenização pelo fundo de comércio. Existindo cláusula contratual proibitiva, indevida é a retenção ou a indenização por benfeitorias” (Ap. Cív. n. 521/95, rel. Juiz Ricardo José Roesler).

Destaque-se, ainda, deste Sodalício:

“Ação de despejo. Locação comercial. Prazo determinado. Retomada. Denúncia vazia. Contratos sucessivos. Fundo de comércio.

“Na locação comercial, não há que se cogitar de indenização por fundo de comércio.

“Embora com contratos sucessivos o locatário não adquire direito à indenização pelo fundo de comércio se não propuser a ação revisional no prazo previsto na Lei de Luvas” (Ap. Cív. n. 32.670, da Capital, rel. Des. Amaral e Silva).

“Ação de despejo — ‘Denúncia vazia’ — Locação comercial — Prazo indeterminado — Inexistência de direito adquirido à indenização pelo fundo de comércio — Apelo desprovido.

“O Dec. n. 24.150/34, agora incorporado pela Lei n. 8.245/91, objetiva, precipuamente, proteger o fundo

de comércio, assegurando ao seu titular a renovação compulsória do contrato de locação. Constitui exigência legal que o contrato de locação tenha, no mínimo, 5 anos (art. 2º, Dec. n. 24.150/34). Não proposta a ação renovatória 6 meses antes do término da locação comercial ou industrial, ou sendo esta por prazo indeterminado, desassiste ao inquilino a tutela ao fundo de comércio que fora desta condição não se erige em nenhum direito adquirido, a obstaculizar a retomada imotivada pelo locador e sem qualquer reparação pecuniária" (Ap. Cív. n. 39.173, de Itajaí, rel. Des. Anselmo Cerello) (grifo nosso).

"Tratando-se de locação passível de denúncia vazia, incabe a indenização por fundo de comércio" (Ap. Cív. n. 39.185, de Blumenau, rel. Des. Wilson Guarany).

"Locação comercial. Renovatória e despejo. Não comprovação dos pressupostos em lei previstos como basilares à renovação compulsória do pacto locacional. Carência de ação. Contrato por prazo determinado. Desnecessidade de notificação para a retomada. Retenção por benfeitorias e indenização de ponto comercial. Direitos inexistentes. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa inócurrenente. Sentença confirmada. Reclamo recursal desprovido.

"Agregada ao contrato locacional cláusula expressa de renúncia do direito de indenização pelas benfeitorias introduzidas no imóvel locado, pré-excluído está o direito de retenção, descabendo, assim, a sua invocação, pelo locatário, no âmbito da ação de despejo contra si proposta ao

término do prazo contratualmente ajustado.

"Descabida faz-se a pretensão à indenização pelo ponto comercial, quando a locação não está sob o abrigo da Lei de Luvas e quando proclamada judicialmente a decadência do direito do locatário à renovatória de locação" (Ap. Cív. n. 96.009286-2, de Balneário Camboriú, rel. Des. Trindade dos Santos).

E, para finalizar:

"Não proposta a ação renovatória do contrato, prevista no antigo Dec. n. 24.150/34, sujeitava-se a locação comercial ou industrial ao regime instituído na Lei do Inquilinato, Lei n. 6.649/79, ex vi do art. 1º, § 3º, desta lei, sendo portanto inadmissível a pretensão à indenização pela perda do fundo de comércio. Manutenção deste sistema na vigente Lei n. 8.245/91" (REsp n. 15.543 — rel. Min. Athos Carneiro).

Assim, não proposta ação renovatória seis meses antes do término da locação comercial ou industrial, ou sendo esta por prazo indeterminado, desassiste ao inquilino a tutela ao fundo de comércio.

Quanto aos ônus sucumbenciais:

Neste tópico, insurge-se contra a sentença a quo, que a condenou ao pagamento de honorários advocatícios no patamar de 20% sobre o valor da condenação, devidamente corrigido, referentemente à ação principal e, na ação reconvenção, ao pagamento de 10% sobre o valor a ela atribuído.

Apontou que esses não obedecem ao preceito estabelecido no art. 20, § 3º, do CPC, e seus incisos, já que, além de ser revel na ação recon-

vencional, seu trabalho resumiu-se a esta Comarca, além de não apresentar qualquer meio de prova, bem como não combateu a contestação.

Para análise deste tópico, devemos subdividir o presente item, sendo que de um lado analisaremos os honorários devidos na ação de despejo c/c cobrança, e, de outro, na ação reconvenicional.

Dos honorários na ação de despejo c/c cobrança:

O douto Togado julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de honorários advocatícios no patamar de 20% sobre o valor corrigido da condenação, afirmando esta que ele laborou em equívoco, eis que se trata de matéria de simples solução, sendo de pouca monta o trabalho realizado pela patrona da apelada.

O artigo 20, § 3º, do Código Instrumental, assim aponta:

“A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

“§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos:

“a) o grau de zelo do profissional;

“b) o lugar da prestação do serviço;

“c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”.

Ao compulsar os autos, percebe-se que efetivamente razão assiste à apelante!

O local da prestação de serviço restringiu-se à comarca da Capital, não necessitando a advogada de qualquer deslocamento senão os normais à espécie.

Percebe-se, ainda, que a patrona da requerente/apelada não apresentou impugnação à contestação, apesar de devidamente intimada para tanto, oportunidade em que deveria rechaçar todas as preliminares levantadas pelo patrono da requerida, o que não fez.

Nota-se, também, que, apesar de requerer o depoimento de testemunhas (fl. 400), no momento oportuno deixou de arrolá-las, bem como não acostou qualquer documento fotográfico, conforme igualmente pleiteado.

Assim, a fixação em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, na espécie, condenação esta em seu máximo legal, torna-se por demais exacerbada, conforme analisado o zelo profissional da patrona da autora e a natureza e importância da causa, assim como o trabalho realizado e o tempo exigido para o seu serviço, do que deve ser minorada para 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Dos honorários na ação reconvenicional:

Neste tópico igual sorte não socorre à apelante!

Ao compulsar o feito percebe-se que, proposta a ação reconvenicional, a autora/reconvinda restou devidamente intimada, do que deixou transcorrer in albis o prazo para apre-

sentença de contestação, tornando-se, no sentido técnico da palavra, revel.

Percebe-se, todavia, que em alegações finais a parte requerente rechaçou todos os argumentos expostos na peça reconvenção, o que, por certo, não retira os efeitos da revelia, mas, por tratar-se de matéria de direito, amenizou os esforços da ré/apelante em ver seu pedido julgado procedente.

Ademais, a verba honorária somente não é cabível, conforme doutrina e jurisprudência pacíficas, caso haja a revelia clássica, assim considerada a ação em que não houve nomeação de advogado para a defesa do revel.

Esta não é, efetivamente, a hipótese dos autos, já que a parte, mesmo sendo revel, possuía advogado que a representava e, inclusive, compareceu à audiência de instrução e julgamento, formulando perguntas, bem como apresentou alegações finais em que rechaçou o direito invocado pela reconvincente.

Nesse desiderato, aliás, a ensinança do mestre Yussef Said Cahali:

“Como regra, se o réu não se defendeu na demanda e, pois, se não suportou despesas com procurador judicial, não há razão para condenar-se o autor no pagamento de honorários de advogado.

“Ou, como escreve Pajardi, fazendo-se revel a parte vencedora, esta não poderá exigir o reembolso de

despesas a cargo do sucumbente, pelo simples fato de que, permanecendo contumaz, não terá experimentado despesas de qualquer espécie.

“Está implícito, porém, em tais enunciados, que o direito do vencedor revel só se exclui se, afóra a revelia no sentido técnico do art. 324 do CPC, o réu não tenha tido uma intervenção necessária e oportuna no processo, através de advogado constituído” (in Honorários Advocatícios, Ed. RT, 3ª ed., SP, 1997, pág. 222).

Assim, existente nos autos intervenção da reconvincente, em alegações finais, a verba honorária é devida, devendo-se manter a sentença quanto a este tópico.

Ante ao exposto, é de dar-se provimento parcial ao recurso, para determinar que o valor desembolsado ou a ser desembolsado a título de IPTU seja apurado em liquidação de sentença, bem como para baixar-se a verba honorária fixada na ação de despejo c/c cobrança em 20% para o percentual de 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 11 de junho de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.003511-5, DE PONTE SERRADA**Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz**

Ação de indenização — Acidente de trânsito. Preliminar de conexão. Dano moral — Sentença ultra petita — Adequação da sentença e minoração do quantum estabelecido. Ausência de condenação da seguradora nos danos morais suportados pela segurada — Previsão de cobertura dos danos pessoais na apólice — Inclusão daquele neste. Denúnciação à lide — Condenação em verba honorária da denunciada — Pretensão de isenção — Impossibilidade.

— O fim pretendido pela conexão é o de que a parte possa ter a certeza jurídica de que nos processos, ditos conexos, as ações tenham julgamento homogêneo, eis que as decisões proferidas não poderão ser contraditórias, guardando-se, assim, a certeza jurídica exigida pelas partes. Nesse desiderato, caso evidenciada a conexão de processos em primeiro grau de jurisdição e estes não restando julgados de forma simultânea, deve-se, primeiramente, averiguar quanto ao efetivo prejuízo sofrido pela parte, não se declarando, desde logo, a nulidade do ato decisório, ou seja, deve-se averiguar se as sentenças, proferidas nos autos ditos conexos, guardam similitude de uma com a outra, situação esta que, caso evidenciada, ausente o principal fundamento de nulidade por conexão.

— Evidenciando-se o dano moral, fica o responsável sujeito às conseqüências do ato praticado, das quais exsurge, como a principal, no plano do direito civil, o pagamento de uma soma a ser arbitrada, conforme a gravidade do dano e a capacidade financeira do responsável, com a fixação ficando a critério do Poder Judiciário, indenização essa que deverá ser imposta a título de justa reparação do prejuízo sofrido, mas não como fonte de enriquecimento do lesado.

— “Inquestionavelmente, os danos morais subsumem-se na classificação de danos pessoais. Prevista, no contrato de seguro, cobertura para os danos pessoais, os danos morais enquadram-se na responsabilidade de ressarcimento da seguradora, impondo-se, pois, ressarcidos por conta da apólice que rege as relações estabelecidas entre a responsável direta pela reparação advinda do cometimento de ilícito e a companhia de seguros denunciada à lide” (Apelação Cível n. 98.015971-7, de Biguaçu, relator Des. Trindade dos Santos).

— *Sendo a litisdenunciada responsável pelo principal, na litisdenúnciação, incidente ação embutida dentro da principal, o denunciado, na condição de vencido, submete-se aos efeitos da sucumbência, e, como tal, arca, em relação ao denunciante, com os honorários advocatícios.*

— *Em que pese inexistir na processualística civil pátria dispositivo específico a apontar o tratamento que se é de dar aos indícios colhidos na instrução processual, “os artigos 131 e 332 do Código Adjetivo, o primeiro tratando do livre convencimento motivado, decorrente dos ‘fatos e circunstâncias constantes dos autos’, e o segundo dos meios de prova propriamente ditos, levam a concluir que toda a prova, moral e legalmente produzida, é hábil para levar à verdade dos fatos, esta a ser encontrada pelo julgador dentro dos limites de sua consciência, desde que devidamente motivado o seu entendimento. Em sendo assim, os indícios e mesmos as presunções devem ser considerados meios de prova aceitos em nosso ordenamento jurídico, desde que não produzidos em oposição à moral ou à lei” (Edir Josias Silveira Beck, autos n. 99.003511-5, pág. 595).*

— *Evidenciada a disparidade entre a sucumbência despendida entre os litisconsortes passivos, os ônus sucumbenciais deverão ser por eles suportados de forma proporcional, arcando cada qual com a maior ou menor derrota, conforme determina o art. 23 do Código Adjetivo.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.003511-5, da comarca de Ponte Serrada, em que são apelante Bradesco Seguros S.A. e outros, sendo apelados Olímpio João Romani e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos interpostos por Bradesco Seguros S.A. e Olímpio João Páglia, e dar-se provimento parcial ao recurso interposto por Trizotto Comércio e Representações Ltda., vencido neste, em parte, o Exmo. Sr.

Des. Anselmo Cerello, que eleva o dano moral, conforme patamar do pedido na inicial.

Custas na forma da lei.

Sadi João Romani, Gilmar Roberto Romani, Dirce Maria Romani, Lorimar Salette Romani Remor, Paulo Cesar do Nascimento Rocha, João Giraldele e Laércio José Romani ingressaram com ação de reparação de danos causados em acidente de veículo contra Olímpio João Páglia e Trizotto Comércio e Representações Ltda., apontando que no dia 27/7/94, na Rodovia BR 282, ocorreu acidente de

trânsito em que faleceram seus familiares, pleiteando, então, indenização.

Asseveraram que sobre a pista encontrava-se um bovino que restou colhido pelo caminhão de placa IX 1360, conduzido pelo Sr. Avelino Simonetti, jogando-o para o outro lado da pista, por onde passava o veículo Mitsubishi de propriedade do requerente Sr. Laércio José Romani, na oportunidade conduzido por Sadi João Romani, do qual não pode desviar do animal, igualmente atropelando-o, o que ocasionou a capotagem de referido veículo, encontrando-se em seu interior, além do condutor, a esposa deste, o neto e uma acompanhante.

Apontaram que, enquanto pessoas tentavam resgatar as vítimas do interior do veículo, um terceiro caminhão, de propriedade da segunda requerida, conduzido por Osmar Paulino dos Santos que, negligentemente e imprudentemente, atropelou todas as pessoas que se encontravam sobre e dentro do veículo, atirando-as, juntamente com o carro, contra um caminhão estacionado no acostamento, o que ocasionou a morte de 4 (quatro) pessoas e ferimentos graves em 2 (duas).

Afirmaram que tais fatos estão evidenciados pelo boletim de ocorrência acostado, bem como pelas testemunhas, sendo, então, instaurado inquérito criminal, e restando denunciado o condutor deste último caminhão.

Esclareceram quanto à responsabilidade do dono do animal no evento, bem como do proprietário do caminhão causador das mortes, pleiteando, por fim, indenização por danos materiais, fixados em um novo veículo Mitsubishi, no valor de R\$

38.000,00, eis que totalmente destruído; danos morais a ser arbitrado com base em 500 salários mínimos para cada um dos beneficiados e despesas com velório no valor de R\$ 3.000,00.

Devidamente citados, os réus ofereceram contestação, sendo que, Trizotto Comércio e Representações Ltda. apontou, preliminarmente: a) suspensão do feito até o julgamento da respectiva ação penal, b) denúncia à lide da Bradesco Seguros e Olímpio João Páglia. No mérito, afirmou existir culpa do proprietário do animal, devendo ele ser responsabilizado pelo evento danoso.

Salientou, ainda, que não havia sinalização no momento do sinistro, bem como o condutor do veículo não se encontrava bêbado, além de várias situações fáticas que desvirtuariam a culpa de seu preposto, requerendo, por fim, a improcedência do pleito.

Já o réu Olímpio João Páglia afirma, preliminarmente: a) suspensão do processo civil até o julgamento da ação criminal; b) inépcia da inicial. No mérito, impugnou a afirmativa de ser o proprietário do animal causador do acidente, já que suas terras são para cultivo de agricultura, não para pastagem.

Afirmou, ainda, reciprocidade de culpas entre o primeiro caminhão, já que, transcorrido certo tempo, não o sinalizou, o que acabou por causar o terceiro e último desastre.

Após vasta análise das culpas existentes, impugnou o quantum de indenização pleiteada, pugnando pelo julgamento improcedente do feito.

Ofertada impugnação às contestações, restou deferido pedido de denúncia à lide da Bradesco Seguros

ros S.A. e indeferida denúncia contra Olímpio João Páglia.

Citada, a denunciada Bradesco ofertou contestação, oportunidade em que a aceitou, salientando, entretanto, que deverá ser condenada, caso comprovada culpa de seu segurado e, somente até o limite estabelecido na apólice, apontando que não está obrigada a ressarcir danos morais, por não estar prevista na apólice securitária, que cobre, apenas, danos materiais e pessoais.

Realizada audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que se saneou o feito, sendo deferida prova pericial e testemunhal.

Prova pericial acostada às fls. 288/388 e prova testemunhal produzida, restaram acostadas alegações finais das partes, sendo às da requerente às fls. 522/535; às do requerido/denunciante Trizotto Comércio e Representações Ltda. às fls. 542/547; às do requerido Olímpio João Páglia às fls. 550/563, e às do denunciado às fls. 567/576.

Entregando a tutela jurisdicional, o douto Togado monocrático julgou procedente o pedido e, por consequência: a) condenou Olímpio João Páglia a pagar a Laércio José Romani a quantia de R\$ 3.800,00, corrigida monetariamente desde 27 de julho de 1994, com juros de mora de 6% ao ano a contar de sua citação; b) condenar Trizotto Comércio e Representações Ltda. a pagar a Laércio José Romani a quantia de R\$ 34.200,00, monetariamente corrigida desde 27 de julho de 1994, com juros de mora de 6% ao ano a contar da citação; c) condenar Trizotto Comércio e Representações Ltda. a pagar a Sadi Roma-

ni 250 salários mínimos vigentes quando do sinistro, monetariamente corrigidos até o efetivo pagamento, com juros de mora de 6% ao ano a contar da citação; d) condenar Trizotto Comércio e Representações Ltda. a pagar a Gilmar Roberto Romani, Dirce Maria Romani e Lorimar Salete Romani Remor, a quantia de 200 salários mínimos vigentes quando do sinistro, monetariamente corrigida até o efetivo pagamento, com juros de mora de 6% ao ano a contar da citação; e) condenar Trizotto Comércio e Representações Ltda. a pagar a João Giraldo 200 salários mínimos vigentes quando do sinistro, monetariamente corrigidos até o efetivo pagamento, com juros de mora de 6% ao ano a contar da citação; f) condenar Trizotto Comércio e Representações Ltda. a pagar a Paulo Cesar do Nascimento Rocha e Dirce Maria Romani, para cada um, a quantia de 350 salários mínimos vigentes quando do sinistro, monetariamente corrigida até o efetivo pagamento, com juros de mora de 6% ao ano a contar da citação; condenando-a, ainda, ao pagamento de 95% das custas processuais e honorários advocatícios em 15% sobre o valor em que restou condenada.

Julgou procedente, ainda, a denúncia à lide promovida por Trizotto Comércio e Representações Ltda., condenando Bradesco Seguros S.A. a pagar-lhe, regressivamente, os valores indicados no item b do dispositivo acima, condenando-a ao pagamento de honorários advocatícios em favor da denunciante no percentual de 10% sobre o valor em que restou condenada.

Irresignada apelou Bradesco Seguros S.A., apontando que não se insurgiu contra a denúncia à lide,

de que não poderia ser condenada ao pagamento de verba honorária, requerendo, então, sua exclusão, bem como a correção a incidir pelo índice do ITDR.

Igualmente irresignada apelou Trizotto Comércio e Representações Ltda., alegando, preliminarmente, nulidade da sentença, já que não respeitada a conexão no julgamento desta ação e da de n. 051.96.000137-0, não sendo proferida sentença conjuntamente, contrariando a legislação (art. 105 do CPC) e o entendimento jurisprudencial pertinente.

No mérito, combateu a responsabilização de seu preposto no evento, afirmando não existir culpa, bem como impugnou o valor da indenização por danos morais, já que a sentença deferiu-o em patamar superior ao pleiteado na inicial, bem como, mesmo que baixado, reflete valor exacerbado, o que, por certo, efetivará sua quebra, salientando a inexistência de dependência econômica entre a vítima Salete Giraldele e seu pai, ora autor, João Giraldele, situação esta indispensável para que seja deferida a indenização por danos morais e, caso entenda-se por mantê-la, diminuí-la para 50 salários mínimos.

Impugnou, também, a exclusão do direito de regresso quanto aos danos morais ante a denunciada à lide, já que incidente na apólice a cobertura pelos danos pessoais, aí englobados os danos morais, pleiteando, por fim, o julgamento procedente do apelo.

Também irresignado, o réu Olímpio João Páglia interpôs recurso de apelação, afirmando não ser o proprietário do animal causador do

evento, bem como demonstrou sua insurgência quanto à falta de condenação em honorários advocatícios a seu favor.

Apresentadas contra-razões pelas partes, os autos ascenderam a este egrégio Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação em que Bradesco Seguros S.A., Trizotto Comércio e Representações Ltda. e Olímpio João Páglia, inconformados com a decisão proferida pelo douto Togado a quo, foram condenados ao pagamento de indenização em favor dos familiares de Silvana Weis Romani, Salete Giraldele e Felipe Rocha, falecidos em acidente de trânsito.

O acidente ocorreu na BR 282, quando o caminhão dirigido por Avelino Simonetti atropelou um bovino, jogando-o no sentido contrário de direção, local em que, novamente, o bovino foi atingido por uma caminhonete Mitsubishi, conduzida pelo autor Sadi Romani, a qual tombou sobre a estrada de rodagem, local em que acabou por ser atingida pelo caminhão da ré, então dirigido por Osmar Paulino Santos, que desgovernado acabou por atingir outro caminhão, que se encontrava estacionado sobre o acostamento.

Diga-se, desde logo, que se tratam de três recursos de apelação, os quais devemos analisar de forma destacada para que, desta forma, visualize-se melhor cada um deles.

Nesse desiderato, primeiramente analisaremos o recurso interposto por Trizotto Comércio e Representações Ltda., isto porque é o recurso mais abrangente e, por certo, abarcará todas as teses expostas no

primeiro grau de jurisdição, principalmente a responsabilização das partes no evento danoso.

1) Da apelação de Trizotto Comércio e Representações Ltda.

Igualmente, saliente-se, a presente apelação apresenta vários tópicos a ser debatidos, os quais analisaremos de forma destacada.

a) preliminar de nulidade da sentença:

Preliminarmente, aduziu a nulidade do feito por não ter sido respeitada a conexão para o julgamento deste, eis que a presente demanda é conexa com a ação de número 051.96.000137-0, devendo a sentença ser anulada para que sejam proferidos julgamentos simultâneos em ambos os feitos.

Esclareça-se, desde logo, que sua pretensão não poderá ser aceita!

Diga-se, ademais, que há, sem dúvida, conexão entre as ações aforadas pelas vítimas e familiares do mesmo acidente de trânsito. Nessa hipótese, embora prescreva o Código que o juiz pode ordenar a reunião das ações propostas em separado (art. 105), deverá reuni-las porque há risco de serem prolatadas decisões conflitantes. A jurisprudência respalda este entendimento:

“É aconselhável o reconhecimento da conexão quando perante dois juízes distintos são propostas questões que contêm como thema decidendum mesmo objeto jurídico, tendo como litigantes as mesmas partes e é concreta a possibilidade de ocorrer decisões conflitantes e contraditórias.

“Ao contrário do que sustenta a agravante, o Juiz, quando constatar a ocorrência da conexão, tem o dever legal de suscitar a questão da reunião das ações para um julgamento simultaneus processus. Esse dever o magistrado exercerá a requerimento das partes ou mesmo de ofício (art. 105 do CPC)” (AI n. 10.963-5, Des. Oto Luiz Sponholz, Paraná Judiciário 34/36).

“Quando a reunião das ações de consignação e de rescisão do contrato se apresenta oportuna, ensejando-se, na sua ausência, a contradição de julgados ou o prejuízo de teses argüidas com fundamento da defesa de ambas as partes em cada uma das duas ações, ao magistrado não sobra qualquer margem de arbítrio para deixar de reunir os processos. A conexão tem razões de ordem pública, vez que decisões contraditórias criam a insegurança jurídica, com reflexos no prestígio do próprio Judiciário” (AC n. 587.019.076, Des. Jauro D. Gehlen, RJTJRGS 127/407).

Não obstante o acima exposto, só se anularão os processos se da omissão resultar prejuízo às partes.

Há muitos anos, quando remetido o projeto do novo Código de Processo Penal ao Presidente da República, destacou o então Ministro da Justiça Francisco Campos:

“O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espiolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou à defesa”.

O Código de Processo Civil contém o mesmo princípio, inserido nas disposições dos artigos 244 e se-

guintes, consagrado na expressão francesa: *pás de nullité sans grief*.

Acerca do tema, anota Galeno Lacerda:

“No momento em que se descobre a verdadeira hierarquia de interesses tutelados pelos textos de um Código, desvenda-se o sentido profundo e vital do sistema que o anima. Neste sentido, tratando-se de um Código de Processo, o interesse público superior, que o inspira e justifica, é que se preste ele a meio eficaz para definição e realização concreta do direito material. Não há outro interesse público mais alto, para o processo, do que o de cumprir sua destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material.

“Se assim é, como na verdade é, cumpre indagar quais as normas que, dentro de um Código Processual, tutelam sua instrumentalidade, porque nelas reside e habita o interesse público predominante. Fácil encontrá-las no capítulo destinado à disciplina das nulidades. Exatamente porque a preocupação maior consiste em tudo fazer para salvar o instrumento, a fim de que alcance o objetivo, verifica-se que as regras sobre nulidades possuem o necessário e indispensável condão de relativizar a maior parte das normas imperativas processuais e, por conseguinte, as sanções resultantes de sua infração.

“Por este motivo, o capítulo mais importante e fundamental de um Código de Processo moderno se encontra nos preceitos relativizantes das nulidades. Eles é que asseguram ao processo cumprir sua missão sem transformar-se em fim em si mesmo, eles é

que o libertam do contra-senso de desvirtuar-se em estorvo da Justiça.

“Aplicando por analogia ao direito processual um conceito de Zitelmann, difundido entre nós por Pontes de Miranda para definir as normas de direito internacional privado (‘Coments. à Const. de 67’, I/92), diria que as regras sobre nulidades se integram no ‘sobredireito’ processual, porque se sobrepõem às demais, por interesse público eminente, condicionando-lhes, sempre que possível, a imperatividade.

“Sim, porque a nulidade resulta, precisamente, da infração a um preceito cogente e imperativo. Por isto, quando o Código, no art. 244, ordena ao Juiz considere válido o ato, apesar da nulidade, se alcançado o objetivo; quando, no art. 249, § 1º, determina que, apesar de nulo, o ato não será repetido nem suprida a falta, se inexistir prejuízo à parte, estamos em presença, na verdade, de normas processuais superiores que eliminam os efeitos legais da inobservância de dispositivos inferiores, como se o Código, em outras palavras, estabelecesse o seguinte silogismo: embora nulo o ato, porque descumpriu prescrição imperativa imposta pelo artigo número tal, a regra mais alta reguladora das nulidades impede a declaração do vício porque não houve prejuízo; porque, a resguardar a instrumentalidade do processo, o fim foi atingido.

“(…)

“Se determinado dispositivo do Código prescreve que a nulidade não se declare, ele incide evidentemente sobre a norma infringida, cassando-lhe os efeitos, como autêntica regra de sobredireito. No mesmo plano

de superposição se insere o parágrafo único, do art. 250: apesar do erro na forma do processo, ou seja, no rito ou no procedimento, segundo a correta observação de Egas Moniz de Aragão ('Coments.', 4ª ed., II/384), 'dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa'. Pouco importa a infração. A regra violada se torna ineficaz, porque prescrição mais alta do Código assim o quer, porque o interesse público na instrumentalidade do processo assim o exige" (O Código e o formalismo processual, AJURIS 28/12).

Não divergindo desse entendimento, os tribunais acolhem essa doutrina, como se pode averiguar do julgamento dos recursos especiais ns. 1.561 e 7.184, no qual registrou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

"O atual CPC prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis" (REsp n. 1.561, RT 659/183).

"Segundo proclamou o recente IX Congresso Mundial de Direito Processual, é em dispositivo do nosso CPC que se encontra a mais bela regra do atual Direito Processual, a saber, a inculpada no art. 244, onde se proclama que 'quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade'" (REsp n. 7.184, RT 683/183).

Ora, sendo o fim primordial da conexão e, por via oblíqua, do julgamento simultâneo dos feitos, a disparidade dos julgamentos ante as ações conexas, isto porque, como é ló-

gico, eles devem seguir uma similitude, externando apenas um pensamento.

In casu, ocorreu, efetivamente, a simultaneidade dos julgamentos, eis que, por leitura das decisões ora objugadas, percebe-se não só que quem os julgou foi o mesmo togado, mas que ele manteve a mesma linha de pensamento em ambas as sentenças, havendo perfeita sincronia entre as decisões prolatadas e as teorias nelas apontadas, sem existir, dessa forma, qualquer conflito entre as teses nelas lançadas, não havendo qualquer prejuízo para a defesa exigir a incidência da regra de conexão dos julgamentos.

Ademais, percebe-se que a reunião dos processos é possível em sede recursal (Miranda, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, tomo II, 1973, págs. 269/270). Reunidos, ou, pelo menos, julgados simultaneamente os recursos, na mesma sessão, afasta-se o risco de decisões colidentes, como bem aponta o julgado a seguir ementado:

"O julgamento separado das ações conexas no primeiro grau de jurisdição, mas decididas numa só assentada no juízo de apelação, atinge a finalidade da conexão, que é evitar decisões contraditórias" (Des. Eduardo Luz, JC 60/74)" (Apelação Cível n. 96.004038-2, de Itajaí, relator Des. Newton Trisotto).

É o caso dos autos, eis que ambos os feitos (Ap. Cív. n. 99.003511-5 e Ap. Cív. n. 99.006913-3) serão julgados na mesma sessão.

Dessa forma, afastado, pois, a nulidade do processo.

b) incidência de culpa e lapso temporal entre os acidentes:

Depreende-se do boletim de ocorrência de fl. 34 dos autos que o evento danoso ocorreu da seguinte forma:

“Conforme declararam as testemunhas, o veículo 1 atropelou um animal bovino sobre a pista, projetando-o de encontro ao veículo 2 que passou sobre o mesmo e em consequência tombou sobre a pista. O veículo 4, que também atropelou o animal, desgovernado chocou-se com o veículo 2, que encontrava-se tombado sobre a pista, projetando-o contra o veículo 3 que estava parado no acostamento. Ao chocar-se com o veículo 2, o veículo 4 atropelou o condutor do veículo 3 e um usuário, que tentavam socorrer os ocupantes do veículo 2” (fl. 34).

Infere-se do documento de fl. 35 que o veículo 1 trata-se do caminhão conduzido por Avelino Simonetti; o veículo 2, a caminhonete Mitsubishi conduzida pelo autor Sadi João Romani; o veículo 3, igualmente um caminhão, conduzido por Leonir Paulo Cella; e o veículo 4, conduzido por Osmar Paulino dos Santos, preposto da ora ré, Trizotto Comércio e Representações Ltda.

Percebe-se, dessa forma, que o boletim de ocorrência elaborado pela autoridade policial salienta, assim, a seguinte cena fatídica.

Primeiramente, o caminhão conduzido por Avelino Simonetti atingiu uma vaca que se encontrava em sua pista de rolamento, sendo, imediatamente, arremessada à outra mão de direção, local em que transitava a caminhonete Mitsubishi, ocorrendo, en-

tão, o capotamento desta. Em seguimento, o caminhão dirigido por Osmar Paulino dos Santos acabou por colidir com a caminhonete que se encontrava capotada sobre a pista, colidindo, por fim, com o caminhão parado no acostamento, dirigido por Leonir Paulo Cella.

Percebe-se, igualmente, que do acidente envolvendo o caminhão de propriedade da ora ré Trizotto Comércio e Representações Ltda., então dirigido por seu preposto, Osmar Paulino dos Santos, e a caminhonete Mitsubishi, resultou a morte de quatro pessoas, cujos familiares ingressaram com a presente ação de indenização, bem como duas gravemente feridas, da qual uma delas ingressou com ação de indenização ora conexa, de n. 99.006913-3.

Ademais, passo a transcrever trechos da douta sentença prolatada pelo ilustre Juiz Edir Josias Silveira Beck, que brilhantemente apontou:

“Terezinha Maria Ribas, quando de suas declarações, afirmou:

‘...que do barranco percebeu que havia uma camionete tombada e já havia alguns carros parados, entre eles um ‘fusca’ e dois caminhões, além daquele que já havia batido na vaca que estava parado já mais adiante; a declarante de cima do barranco percebeu que duas pessoas de braços levantados sinalizavam para que um caminhão que se aproximava diminuísse a velocidade ou parasse; que esse caminhão vinha em alta velocidade e mesmo diante dos sinais que eram feitos por aquelas pessoas o condutor do caminhão não diminuiu a velocidade; que entre a camionete tombada havia um ‘vão’ por onde o ca-

minhão poderia passar, no entanto acabou atingindo a camionete que estava tombada, arrastando-a por uns cem metros, só parando quando bateu em outro caminhão que estava parado mais adiante (...) pela distância que aquelas duas pessoas, de braços levantados, sinalizavam para o caminhão parar dava perfeitamente para que o caminhão parasse e evitado o acidente...; que uma das pessoas que sinalizava estava há mais de cem metros do local do acidente, em relação ao caminhão, enquanto que a outra pessoa estava uns oitenta metros com relação ao local do acidente...’ (fl. 46 — grifei).

“Pedro Pereira, de seu turno, declarou:

‘...que ao chegar no local viu o veículo Scania que atropelou o animal estacionado no acostamento na sua mão de direção; que não se recorda se o animal estava sobre a pista ou no acostamento quando o depoente chegou no local; porém, através de vestígios deixados na pista depois de verificar onde o animal foi atropelado pela primeira vez na pista de rolamento na mão de direção do veículo Scania; que a camioneta se encontrava tombada sobre a pista de sua mão de direção; que também presenciou um Mercedes-Benz estacionado, parado no acostamento, no sentido Ponte Serrada/Xanxerê; que este veículo apresentou sinais de que havia se chocado com outros veículos e também com o animal; que quando chegou ao local, existiam vários veículos no acostamento, em ambos os lados da rodovia, dando sinalização (...); que o motorista do caminhão que atropelou as vítimas se evadiu do local

sem prestar qualquer socorro...’ (fl. 469 — grifei).

“Avelino Simonetti:

‘...que no dia dos fatos estava conduzindo o caminhão Scania IX 1360, pela BR 282 no sentido de Xaxim para Ponte Serrada, quando de repente um animal, no caso uma vaca, subitamente adentrou a sua pista de rolamento e com esta se chocou e em decorrência da colisão a vaca foi lançada na pista em sentido contrário e o depoente imediatamente após parou seu caminhão; que em seguida assim que a vaca foi lançada na outra pista, em sentido contrário já trafegava uma camionete Mitsubishi que colidiu com a mesma, passando por cima e assim acabou por capotar e ficou atravessada em cima da pista; que nestes instantes seguintes também e devido ao capotamento da camionete, outros caminhoneiros e um automóvel particular, um fusca, pararam ali próximo deste acidente e passaram a socorrer as vítimas que estavam na camionete; que o próprio depoente procurou de imediato fazer a sinalização no local, ou seja, passou a arrancar galhos de árvores, deitando-os sobre a pista, para que servissem de alerta a outros motoristas, pois que ainda na pista se encontrava a camionete tombada, muito embora a vaca tivesse sido arremessada pela camionete para fora da pista; que isto ocorreu por volta das sete horas da noite e já estava por assim dizer escurecendo e se recorda que enquanto estava fazendo a sinalização na pista, o caminhão Mercedes que estava passando no local, e já com sinalização, não diminuiu a sua velocidade e inclusive quando passou pelo depoente que estava no meio da pista fazendo sinal, o mesmo ‘chegou

a dar sinal de luz para o depoente e não segurou', ou seja, não diminuiu a sua velocidade; que além do sinal feito pelo depoente e dos galhos deitados sobre a pista, aí no local dos fatos havia três caminhões estacionados e ainda o fusca, o que servia como uma espécie de alerta de que algo anormal ali tinha ocorrido; que o caminhão Mercedes acabou passando, por assim dizer, por cima da camionete Mitsubishi...' (fl. 472v. — grifei).

"Leonir Paulo Cella:

'que na data dos fatos encontrava-se viajando dirigindo sua carreta Scania Modelo 112 no sentido Chapecó/Ponte Serrada; que próximo à Ponte Serrada aconteceu um acidente; que por volta das 19 horas vindo de Chapecó em direção a Paranaguá passando no trecho de Ponte Serrada por volta de trezentos metros do vilarejo da Sadia tendo chamado atenção do depoente um caminhão com pisca-alerta e paralisou seu caminhão no acostamento onde divisou que sobre a sua pista de mão de direção se achava uma camionete Mitsubishi que estava tombada obstruindo a pista transversalmente, com os faróis voltados para o acostamento da mão de direção e o fundo do carro em direção a mão do depoente; que a mais ou menos vinte metros da camionete tombada achava-se uma vaca morta, que segundo apurou naquele local e naquele instante foi colhida por um caminhão carreta baú, que inclusive foi a que alertou o depoente com o pisca-alerta que já estava estacionada cerca de setenta metros do animal na mão de direção do depoente...' (fl. 477v. — grifei).

"Gilberto Antônio Bauke:

"que por volta das 18h30min/19h, deslocando-se de Chapecó a Paranaguá, com outros dois caminhoneiros, com carreta graneleiro, sendo o último das 3 carretas, divisou caminhão com pisca-alerta, tendo imediatamente reduzido a marcha, que quando desviou para ter visão da pista, ouviu uma grande explosão e fumaça, achando-se a uma distância de cerca de 100 metros; (...) que no sentido contrário, no acostamento, achavam-se também 6 ou 7 veículos também parados com o pisca-alerta ligado, estava escurecendo, não sendo necessária a iluminação, transitando com meia luz...' (fl. 478 — grifei).

"Miguel Martins da Silva:

'que no dia dos fatos se deslocava para Paranaguá com caminhão graneleiro acompanhando outros dois caminhões da mesma empresa que viajavam em comboio; que aproximadamente 6 a 7km de Ponte Serrada o caminhão de Cella parado no acostamento com pisca-alerta ligado, o seu companheiro em outro caminhão que vinha à frente fez com que o depoente e outro companheiro seu parassem no acostamento, pois havia um acidente que teria sido provocado devido a um animal na pista (...); que nisto, quando o Cella já havia retirado um homem e uma criança e quando tentava tirar uma das mulheres ajudada pelo senhor do Fusca que tentava também entrar na camionete (...), surgiu um caminhão truck Mercedes em alta velocidade, com luzes acesas, sentindo da aproximação veloz do veículo que algo de imediato iria acontecer; que o caminhão acabou atingindo em cheio a camionete, atingindo-a no assoalho, com o que foi arrastada com todas aquelas pessoas (...); que o Fusca

que estava ao lado da Pajero, estacionado no acostamento da mão de direção de Ponte Serrada a Chapecó, sentido contrário ao depoente e colegas, estava com os pisca-alertas acionados; que todos os caminhões também estavam; que no mesmo lado do acostamento do depoente se achavam dois caminhões truck Scania também com pisca alerta acionados a uma distância de trezentos metros da Pajero, em posição anterior a Pajero, tendo por tais caminhões passado o Mercedes que provocou o acidente (...); que o tempo estava limpo, sem neblina ou chuva; (...) que soube que aquela vítima foi encontrada muito tempo depois, que inclusive acharam tratar-se do motorista do Mercedes, o qual não foi encontrado pois teria fugido do local (...); que acredita que a velocidade do Mercedes que praticou o fato deveria ser superior a 80km/h, eis que primeiro colidiu com a vaca, que era um animal graúdo no dizer do depoente, tendo sucessivamente colhido a Pajero em grande impacto e arrastamento levado tal veículo até colidir com a carreta de Cella e posteriormente ainda se deslocar em arrastamento cerca de 200m diante do caminhão de Cella...' (fl. 481v. — grifei).

"Sirilo da Silva:

'que sua residência fica do lado direito do asfalto (...); já dentro de sua casa escutou um estouro; que ficou ainda dentro de casa; que depois de uns dez minutos escutou um novo estouro e então saiu para ver o que estava acontecendo e percebeu os veículos que passavam dando sinal de luz (...); que pra cá de sua casa via uma pessoa, que depois disseram tratar-se do Sr. Romani, fazendo sinal para os carros; que o senhor jogava galhos de

árvores no asfalto e fazia sinal com as mãos; que em seguida um caminhão, fazendo o sentido Ponte Serrada/Xanxerê, bateu na camionete tombada; que este caminhão passou pelo homem que fazia sinais sobre a pista...' (fl. 497).

"Idi Evangelista:

'...que antes do local do acidente havia sinalização do ocorrido com galhos de árvore sobre a pista, pisca-alerta ligado e demais sinalizações de praxe em acidentes, sendo que já estava escuro mas a visibilidade era boa sendo que não chovia e não havia nevoeiro...' (fl. 516).

"Dos depoimentos colhidos, e do que não divergem as partes, conclui-se que a causa primeira do triste evento foi a presença de uma vaca sobre a via de rolamento. Aquele animal teria sido primeiramente atingido por um caminhão que o projetou sobre a pista de rolamento contrária, onde acabou colhido pela caminhonete dirigida pelo autor Sadi Romani. A controvérsia começa aqui.

"Como dito reiteradamente pelas testemunhas dos fatos, após o primeiro acidente (isto é, aquele envolvendo o animal e os veículos dirigidos por Sadi Romani e Avelino Simonetti), o palco do sinistro foi sobejamente sinalizado, eis que vários veículos lá pararam, em ambos os acostamentos, com seus faróis ou pisca-piscas ligados. Além de tais sinais, duas pessoas sinalizavam sobre a pista, quer acenando com os braços, quer colocando galhos de árvores sobre a mesma.

"Tanto é que o local estava sinalizado, como afirmado pelas pessoas inquiridas em Juízo (cujas declarações foram inicialmente transcritas),

que vários foram os automóveis que pararam ao largo da estrada após o choque entre a caminhonete e o bovino. Em sendo assim, necessário se mostra indagar porque o motorista do caminhão de propriedade da ré, Osmar Paulino dos Santos, não parou o veículo que conduzia, evitando assim o trágico sinistro.

“A testemunha Jorge Nestor Margarida tem a resposta:

‘...que na noite dos fatos (...) o declarante percorria pela BR 282 conduzindo seu veículo (...), quando na comarca de Ponte Serrada, próximo à localidade de Santa Terezinha, deparou-se com um acidente recém ocorrido naquela rodovia, estando as vítimas todas ainda no local, sendo socorridas, assim como ainda permanecia no local o acusado Osmar Paulino dos Santos, condutor de um caminhão; que o depoente constatou que Osmar Paulino dos Santos, que se encontrava em visível estado de embriaguez, exalando odor etílico, era o motorista de um caminhão Mercedes-Benz que havia se chocado contra as vítimas (...); que o depoente chegou próximo ao acusado Osmar e observou que o mesmo estava visivelmente embriagado e exalando odor etílico afirmando: ‘mas bah! Mas bah! Eu não vi nada!’; que o declarante constatou também que quando a polícia chegou no local para fazer o levantamento dos fatos, o acusado Osmar ainda ali se encontrava e o próprio declarante orientou aos policiais que ali compareceram para que providenciassem um exame de dosagem alcóolica no referido denunciado, vez que o mesmo estava ‘duro’, isto é, no sentido de que estava bastante embriagado...’ (fl. 490 — grifei).

“Quanto à imputada embriaguez de seu preposto, limita-se a empresa ré a afirmar que ‘Osmar Paulino dos Santos é pessoa religiosa e a religião que professa abomina o álcool e proíbe severamente que seus adeptos ingiram bebidas alcóolicas’. Ao que parece, entretantes, Osmar não é devoto dos mais entusiasmados para com seus juramentos religiosos. Não é outra constatação que se pode tirar do depoimento de Arcioni José de Marco:

‘...por volta da meia-noite, no momento em que se dirigia para a funerária, resolveu chegar no bar ao lado do banco Meridional desta cidade para comprar cigarro. Logo que entrou avistou o acusado Osmar Paulino dos Santos, que estava no balcão bebendo cerveja (...) O depoente indagou-lhe porque estava no bar bebendo após todo o ocorrido (...) Osmar parecia estar embriagado...’ (fl. 457v. — grifei).

“Certo que não foi realizado o exame de dosagem alcóolica em Osmar, quer pela inapetência profissional da polícia rodoviária federal (ou eventualmente falta de equipamento), quer porque o acusado deixou o palco do acontecimento momentos após a chegada dos patrulheiros. A ausência daquele exame, contudo, é suficientemente suprida pelas declarações de Nestor Margarida, já transcritas, as quais fazem certa a ebriedade em que se encontrava o referido motorista.

“O estado etílico de Osmar já era, de mais a mais, visível anteriormente aos fatos. Ivone Camillo Morás, que também chegou ao local do sinistro após o mesmo, inquirida em Juízo afirmou:

'...a depoente começou a conversar com uma senhora que dizia ser da cidade de Vacaria—RS. Tal senhora dizia que vinha com o marido e uma filha logo atrás do caminhão conduzido pelo acusado Osmar. Disse ainda dita senhora que o acusado Osmar 'fazia malabarismo' na pista, já a algum tempo antes do acidente, ora ocupando as duas faixas e não permitindo ultrapassagem, tanto que teria dito ao marido para não ultrapassar, pois ficou atemorizada, razão pela qual deram distância, permitindo que outros veículos passassem...' (fl. 458).

"A narrativa apresentada por tal pessoa não restou só no conhecimento da testemunha Ivone Camillo Morás, eis que o já mencionado Jorge Nestor Margarida declarou:

'...que conforme o depoente tomou conhecimento no local dos fatos, uma senhora conduzindo um veículo pequeno, antecedia o caminhão conduzido por Osmar, observou a sinalização providenciada pelos populares e diminuiu a velocidade de seu veículo, quando foi ultrapassada pelo caminhão conduzido por Osmar, que em alta velocidade passou com 'a mão na buzina', ultrapassando quem quer que seja, sem as mínimas cautelas...' (fl. 490).

"Osmar Paulino dos Santos, quando de suas declarações em Juízo, afirmou que quando do ocorrido 'já era escuro e vinha com os faróis acionados, tendo tempo bom e pista seca, sendo que imprimia a velocidade de 70km/h, aproximadamente; que ao chegar numa reta depois da cidade de Ponte Serrada, percebeu uma luz sobre a pista, de uma carreta meio atra-

vessada entre a pista e o acostamento da mão contrária; que dita carreta estava com os faróis altos acionados e por isso não viu muito coisa; que deu luz baixa e prosseguiu normalmente, não tendo visto qualquer pessoa sinalizando e nem mesmo a caminhonete tombada sobre a pista, sendo que apenas sentiu o choque e arrastou dita caminhonete por uns sessenta metros aproximadamente' (fl. 428v.).

"Entretanto, como já visto, a sinalização era tanta que só mesmo a embriaguez de Osmar Paulino faz entender porque não a viu, bem como porque não divisou aqueles que sinalizavam com gestos o acidente, dentre os quais Avelino Simonetti, o qual testificou que 'enquanto estava fazendo a sinalização na pista, o caminhão Mercedes que estava passando no local, já com sinalização, não diminuiu a sua velocidade e inclusive quando passou pelo depoente que estava no meio da pista fazendo sinal, o mesmo 'chegou a dar sinal de luz para o depoente e não segurou', ou seja, não diminuiu a sua velocidade...' (fl. 472).

"Miguel Martins da Silva (que é motorista de caminhão), afirmou que quando do sinistro Osmar Paulino trafegava 'em alta velocidade' (fl. 481v.).

"A mesma informação é dada por Terezinha Maria Ribas, eis que testificou que o 'caminhão vinha em alta velocidade e mesmo diante dos sinais que eram feitos por aquelas pessoas o condutor do caminhão não diminuiu a velocidade (...); que entre a caminhonete tombada havia um 'vão' por onde o caminhão poderia passar, no entanto, acabou atingindo a caminhonete que estava tombada, arrastando-a por uns cem metros, só pa-

rando quando bateu em outro caminhão que estava parado mais adiante' (fl. 463).

"Cabe concluir, portanto, ao contrário do que afirma a empresa ré e seu preposto, que este não conduzia o caminhão 'em velocidade compatível para com o local', mas sim em velocidade elevada, tanto é que chegou a arrastar a caminhonete que, como sabido, trata-se de um veículo pesado, 'por cerca de sessenta metros', segundo as próprias palavras de Osmar, ou, mais críveis, 'arrastando-a por uns cem metros, só parando quando bateu em outro caminhão que estava parado mais adiante', como afirmado por Terezinha Maria Ribas. Vale lembrar toda a sinalização que existia no local do evento, isto para afirmar que não se estava a exigir de Osmar Paulino 'uma parada abrupta', como indicado pela empresa ré.

"Já não fosse bastante a prova até aqui analisada para consolidar a culpa do preposto da ré pelo fatídico acidente, no mesmo rumo aponta a esmerada perícia promovida pelo senhor Jacir Ilário Corato (muito embora às vezes se exceda em afirmações subjetivas), encontrada à fl. 288 usque 388.

"Assim, ao apresentar suas conclusões o expert, afirmou:

'Só então que, em um segundo evento, o caminhão Mercedes-Benz, imprudentemente conduzido, na ocasião do fato, por Osmar Paulino dos Santos, apesar do amplo espaço de visibilidade que dispunha (mais do que setecentos metros) e apesar dos outros veículos que, estacionados antes do local do fato, sinalizavam para que todos os demais condutores se

acautelassem diante daquela situação, evidentemente, sem sobrepassar o animal atropelado pelo Scania Pegoraro, sem frear até, colidiu a sua região frontal contra a infra-estrutura da camionete tombada sobre a pista, arrastando este veículo contra o caminhão Scania Gral que fora estacionado por seu condutor para dar auxílio às vítimas da camioneta sinistrada (...) Apesar de todo o ocorrido, o condutor do caminhão Mercedes-Benz só conseguiu deter o seu veículo a aproximadamente 120m do local onde se encontrava tombada anteriormente a camioneta por ele atingida, e a aproximadamente 220m do local onde se posicionara finalmente o bovino atingido pelo caminhão Scania Pegoraro, o que efetivamente comprova a alta velocidade que era empreendida por seu condutor àquele caminhão Mercedes-Benz' (fls. 342 e 343).

"Vale atentar para as fotos de fls. 368 e 369, as quais mostram a longa distância de visibilidade que teve Osmar Paulino dos Santos do local do sinistro.

"Em sendo assim, não há como afastar a culpa pelo acidente por parte de Osmar Paulino dos Santos, o qual embriagado, mesmo tendo divisado o local do acidente a uma distância de cerca de setecentos metros, seguiu sua rota em velocidade elevada, desconsiderando os sinais luminosos e gestuais que indicavam o sinistro anterior, acabando por colidir contra a caminhonete já referida e levando a óbito as pessoas indicadas na inicial.

"Consoante determina o artigo 1.521, III, do Código Civil pátrio, 'são também responsáveis pela reparação civil o patrão, amo ou comitente, por

seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele’.

“Em sendo Osmar Paulino, quando dos fatos, empregado da empresa Trizotto Comércio e Representações Ltda., bem como estando a serviço da mesma ao dirigir o veículo caminhão causador do triste evento, deve esta responder pelo resultado danoso em razão da culpa in eligendo, que aqui se presume.

“A propósito os julgados:

‘Ressarcimento de danos — Carga altamente perecível — Sub-rogação das seguradoras no direito do segurado — Possibilidade — Incidência dos artigos 985, inciso III, CC; 728 do C. Com. e Súmula 188 do STF — Obrigação de indenizar — Culpa do preposto demonstrada — Responsabilidade do patrão.

‘Provado o dano e estabelecido o nexo causal entre este e o acidente e a culpa do preposto da ré, não ilidida por prova contrária, a indenização é devida.

‘Ademais, não constitui caso fortuito ou força maior, face a previsibilidade, a existência de poça d’água em rodovia mal conservada logo após precipitação pluviométrica. Nessa circunstância exige-se redobrada cautela do motorista ao tentar desviar do obstáculo, denotando manifesta imperícia o descontrole do veículo.

‘O empregador é presumivelmente responsável pela reparação do dano causado por seu preposto’ (Apelação Cível n. 96.006968-2, de Blumenau, relator Des. Carlos Prudêncio).

‘Presume-se a culpa do patrão quando ocorra ato culposo do empregado ou preposto’ (RT 456/88).

‘Estando assentada a culpa do empregado, em face do art. 1.521, III, do CC, e até prova em contrário, responsável pela reparação do dano é o empregador. Há presunção de culpa do patrão ou comitente por ato culposo do empregado ou preposto, em favor do prejudicado’ (RT 577/158, in Rui Stoco, Responsabilidade Civil e sua interpretação Jurisprudencial, Ed. RT, 1994, págs. 575/576).

“A matéria, em verdade, restou sumulada pelo Supremo Tribunal Federal:

‘É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto’ (Súmula 341) (fls. 582/592).

Ora, evidente a culpa do preposto da empresa Trizotto, sendo suficiente para caracterização de sua culpa, além dos fundamentos esposados, toda a sinalização presente na estrada, sinalização esta que, conforme vasta comprovação, tanto testemunhal quanto pericial, visível à longa distância.

Como bem salientado pelo douto Togado a quo, o evento fatídico ocorreu sim por culpa do preposto da ré que inadvertidamente, e com velocidade excessiva ante as sinalizações e luzes constantes nas margens da estrada, acabou produzindo o sinistro, justificável, apenas, pela embriaguez de seu preposto.

Evidenciada a culpa do preposto da ré Trizotto na perpetração do segundo acidente, resta analisarmos, agora, sua tentativa de imputar somente ao réu Olímpio a culpa exclusiva pelo evento, já que afirma, como

proprietário da vaca causadora do primeiro evento, que foi, igualmente, responsável pelas conseqüências daí advindas, imputando este segundo acidente como se fato de terceiro ocorresse, assim equiparável a caso fortuito ou força maior.

Entretanto suas pretensões não poderão ser aceitas, servindo como lição, novamente, as transcrições do douto Togado a quo, que em suas brilhantes palavras assim anotou na sentença prolatada:

“Não há que se olvidar, portanto, no nexo causal entre o primeiro e segundo acidentes, eis que o caminhão noticiado não teria colidido com a caminhonete se esta não estivesse tombada sobre a pista asfáltica, isto em razão de sua anterior colisão com o referido animal.

“Certa a culpa do preposto da ré pelo segundo acidente, isto é, aquele que levou a óbito as pessoas indicadas pelos autores, bem como perceptível nos autos que o animal causador do primeiro acidente era de propriedade do réu Olímpio Páglia, cabe fixar o quantum da indenização pelos mesmos devida.

“Consoante determina o artigo 1.518 do Código Civil, ao tratar das obrigações por ato ilícito, ‘se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação’. Num primeiro momento, portanto, seria de se dizer que os réus haveriam de responder solidariamente pelos prejuízos causados.

“Na privilegiada visão de Ulpiano, as normas poderiam resumir-se a três preceitos: viver honestamente (honest vivere), não lesar a terceiro (alterum non laedere) e atribuir a cada

um o que é seu (suum cuique tribuere).

“Atribuir a cada um o que é seu não se trata de princípio a ser aplicado tão-somente quando da distribuição de bônus, mas também quando se revela necessária a repartição do ônus. No caso vertente, portanto, há que se atribuir o encargo decorrente da culpa pelo evento danoso a cada um dos réus na justa medida de suas ações ou omissões e das conseqüências delas. Cuida-se, pois, de exercício de eqüidade, a qual está intimamente relacionada com a incessante busca pelo justo. Como afirmavam os jurisconsultos romanos, jus ars boni et aequi.

“Cabe aqui um parênteses para recordar o pleito apresentado pelos autores, onde requerem sejam os réus condenados ao pagamento de verbas que indicam ‘de acordo com a parcela de culpa que cada um possuiu no acidente’ (fl. 20).

“Oportuno, neste momento, transcrever o ensinamento de Aristóteles, citado no Dicionário Jurídico Acquaviva (verbete ‘eqüidade’, Jurídica Brasileira, 9ª edição):

“Há certos casos sobre os quais não se pode estatuir convenientemente por meio de disposições genéricas. E assim, em todas as questões a respeito das quais é absolutamente inevitável decidir de maneira puramente geral, sem que seja possível fazê-lo corretamente, a lei se restringe aos caos mais ordinários, sem que dissimulem as lacunas que deixa. A lei não deixa de ser, por isto, menos boa, pois a falta não está nela, nem no legislador que a dita; está na própria natureza das coisas, porque esta é, precisa-

mente, a condição de todas as coisas práticas.

‘Portanto, quando a lei dispõe de maneira genérica, e nos casos particulares já algo excepcional, então, vendo que o legislador não se manifesta ou tenha se enganado por ter falado em termos genéricos, é indispensável corrigi-la e suprir seu silêncio, falar em seu lugar, como ele mesmo o faria se estivesse presente, isto é, fazendo a lei como ele faria, se tivesse podido conhecer os caos particulares de que se trata. A característica da equidade é, precisamente, restabelecer a lei nos pontos em que esta se estagnou, em virtude da fórmula geral de que se serviu. Tratando-se de coisas indeterminadas, a lei deve permanecer indeterminada como elas, como a régua de chumbo de que se utilizam os arquitetos de Lesbos, a qual se amolda à forma da pedra que mede’.

“Segundo a análise do senhor perito judicial, ‘o lapso de tempo que decorreu entre o acidente da camioneta Mitsubishi pode ser estimado por este perito na ordem de pelo menos 5min. É o tempo mínimo estimado para que o Sr. Dario deixasse sua refeição e se dirigisse ao local do acidente, o qual estava aproximadamente 160m de sua residência; para que o condutor do Scania Pegoraro estacionasse seu caminhão, abaixasse as luzes de seu conduzido e ligasse o pisca-alerta, descendo do veículo para colher ramos de vegetação e permanecer na pista sinalizando, como menciona em seu depoimento. É o tempo mínimo para que o condutor do Scania Gral, Leonir Paulo Cella, também estacionasse seu caminhão, descesse do mesmo e acorresse ao local onde estava a camioneta tombada. É o

tempo necessário para que o condutor da camioneta se desvencilhasse da forma como ficara preso entre o banco e a lataria do veículo tombado. É o tempo para que Dario e Cella subissem no veículo tombado e auxiliassem este motorista a sair do veículo. É o tempo para que outros veículos parassem no local, como é farta a menção nos depoimentos trazidos aos autos. Essas assertivas colocam o perito a mais uma conclusão: Supondo que o caminhão Mercedes-Benz estivesse transitando a uma velocidade de 80km/h (velocidade máxima permitida para o trecho), o que não é verdade como já se viu, quando da ocorrência deste primeiro acidente, este caminhão achava-se ele a mais do que 6km do local do fato”.

“De se concluir, pois, que os dois acidentes ocorrem em momentos bastante diversos, não tautócronos. Muito embora tal conclusão não afaste o nexo causal entre os sinistros, obriga a visão diferenciada do ocorrido daquela que se teria, v.g., se o caminhão trafegasse logo atrás da camionete e viesse a colidir com esta segundos após a mesma chocar-se com o bovino, ou seja, houvesse simultaneidade entre os acidentes.

“Colocados os dois sinistros diante dos eventos danosos, resta afirmar que o segundo, em relação ao primeiro, cuida-se de concausa daqueles (danos), que, na definição de Julio Fabbrini Mirabete, ‘é outra causa, que, ligada à primeira, concorre com o resultado’ (in Manual de Direito Penal, Atlas, 9ª edição, vol. I, pág. 109). Por se tratar de causa não simultânea, é se ter tida por concausa superveniente.

“Não há como analisar o ocorrido sem se buscar subsídios no Direito Penal. Determina o artigo 13 do Código Penal que ‘o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido’. Dispõe mais aquele dispositivo que ‘a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou’.

“Ainda no uso do magistério de Mirabete, oportuna sua lição a respeito da concausa superveniente relativamente independente:

‘Causa superveniente relativamente independente é a que sobrevém à ação ou omissão, mas que, pela sua intervenção, faz com que esse determinado evento ocorra em circunstância de tempo, ou de lugar, ou, ainda, de outras modalidades diversas das que teriam ocorrido se a série causal antecedente prosseguisse na sua atuação normal. Já a expressão por si só não quer dizer que a segunda causa seja independente da primeira (no mundo fático é decorrente daquela), mas que o evento ocorreu de maneira independente do fato do primeiro agente. Trunca-se, para os efeitos legais, a cadeia de causalidade quando a conduta anterior, embora criminosa de per si, não esteja na linha necessária do desdobramento objetivo causal.

‘Segundo a doutrina, resolvem-se as dúvidas quanto à responsabilidade do agente nas hipóteses previstas pelo parágrafo citado quan-

do 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 não é punido pelo resultado; se estiver ela dentro desse desdobramento necessário, o agente é responsável pelo evento. O exemplo já lembrado quanto à primeira hipótese é o da vítima de tentativa de homicídio que morre em decorrência do incêndio do hospital para onde foi levada. Na jurisprudência, colhem-se os seguintes exemplos: a morte da vítima que, em resultado do choque do ônibus com um poste de iluminação, sai ileso do veículo e recebe a descarga elétrica que lhe causa a morte; a morte da vítima em decorrência de cirurgia facial, que não tinha por objetivo afastar perigo de vida provocado pela lesão, mas tão-só corrigir defeito por esta causado; a morte da vítima ao descer do veículo em movimento, embora tivesse o motorista aberto a porta do mesmo antes do ponto de desembarque. Nesses exemplos, embora haja dependência da segunda causa com a primeira, aquela ‘por si só’ é condição do resultado, estando esta fora do desdobramento natural dos fatos. Nessas hipóteses, o agente da primeira causa responde pelos fatos anteriores (tentativa de homicídio, lesões corporais etc.)’ (ob. cit., pág. 111).

“De se concluir, portanto, que causa superveniente relativamente independente é aquela que posterior à ação do agente, muito embora com esta esteja interligada, daí decorrendo o nexos causal (dizer relativamente independente é afirmar, também, de-

pendência relativa), por si só produz o evento danoso e, portanto, impõe ao seu autor o ônus de repará-lo, restando ao primeiro agente a reparação do dano que efetivamente causou.

“A propósito da mesma valem transcritos os seguintes julgados, alguns já referidos por Mirabete (grifei):

‘Em tema de lesão corporal culposa, sobrevindo novo processo causal, que substitui o primitivo, e acarretando, por sua exclusiva eficácia, o resultado danoso, não há responsabilizar o agente da causa original, ainda que, de certa forma, dependa a causa superveniente da primeira. Assim, não há responsabilizar o motorista que descuidadamente abre as portas de seu veículo, interceptando a passagem de ciclista, lançando-o ao solo sem qualquer lesão, por dano físico causado por automotor que, logo após, vem a passar pelo local do sinistro, atingindo o mesmo ciclista’ (TACrimSP, AC, rel. Lauro Alves, JUTACrim 36/340).

‘Nos acidentes de trânsito, fora das hipóteses de co-autoria culposa, quando são duas as ações em tese concorrentes, e estas aparecerem uma após a outra, sucessivas no tempo, no espaço, no modo, na natureza, se a conduta através da qual o segundo agente, ao produzir, de forma material e direta, o resultado típico, assinala modalidade de culpa que não pode ser havida como determinada pela conduta original, nega-se o nexos de causalidade em relação a esta’ (TACrimSP, AC, rel. Raul Motta — JUTACrim 92/281).

‘A causa superveniente, que por si só produz o resultado, é a que forma novo processo causal, que se

substitui ao primeiro, não estando em ‘posição de homogeneidade’ com o comportamento do agente’ (TACrimSP, AC, rel. Álvaro Cury. JUTACrim 64/295).

‘Para interromper ou excluir o vínculo causal do evento lesivo, basta que sobrevenha à ação ou omissão uma causa relativamente independente que se encarregue, por si só, de produzir o resultado. Assim, embora constitua falta do motorista de coletivo o abrir a porta de automotor antes do ponto de desembarque, não há responsabilizá-lo pela atitude de passageiro que, voluntária e espontaneamente, salta do veículo em movimento’ (TACrimSP, AC, rel. Sabino Neto, JUTACrim 23/353).

‘Se a morte sobreveio porque um ônibus surgindo inesperadamente atropelou a vítima, por ela não responde quem havia apenas provocado um susto no ofendido, que correu em direção à pista em que seria atropelado’ (TACrimSP, AC, rel. Souza Rego, JUTACrim 84/407).

“Por fim:

‘Concurso de pessoas. Homicídio culposo — Queda de veículo em movimento — Dono de empresa que obriga funcionário sem habilitação a executar o transporte de seus colegas — Subordinado que com o veículo lotado admite, no meio do caminho, mais uma pessoa para sentar-se perto da porta traseira, a qual sabia estar com fechadura danificada — Concausa superveniente que instaurou curso causal imprevisível — Absolvição quanto ao dono da empresa — ‘Concausa superveniente e relativamente independente, que instaura curso causal novo e imprevisível, afasta a co-autoria em

crime culposo' (TACrimSP, AC, rel. Ricardo Andreucci, RJD 4/59).

"Retornando novamente ao caso sub judice e recordando a prova já dissecada, possível afirmar que o impacto do veículo conduzido por Sadi Romani com o animal de propriedade de Olímpio Páglia fez com que o automóvel tombasse sobre a pista de rolamento, não havendo notícias de que os ocupantes da caminhonete tivessem restado com lesões mais sérias. Ocorrido aquele sinistro, vários foram os carros que pararam em ambos os acostamentos da rodovia, ligando seus sinais de alerta, bem como passou-se a sinalizar sobre a estrada objetivando alertar para o ocorrido (tal alerta se mostrou eficiente pela parada, já lembrada, de vários automóveis). Entretanto, cerca de cinco minutos após aquele impacto (segundo os cálculos do senhor experto), o veículo de propriedade da empresa ré, dirigido por empregado seu que, como já afirmado, 'embriagado, mesmo tendo dividido o local do acidente a uma distância de cerca de setecentos metros, seguiu sua rota em velocidade elevada, desconsiderando os sinais luminosos e gestuais que indicavam o sinistro anterior, acabando por colidir contra a caminhonete já referida e levando a óbito as pessoas indicadas na inicial'.

"Assim, enquanto o choque com o bovino produziu apenas danos parciais no automotor noticiado, a colisão com o caminhão tratou de inutilizar aquele veículo e matar as pessoas referidas na peça vestibular.

"Muito embora a culpa in vigilando do réu Olímpio João Páglia, descurando-se da guarda de seu animal, a ação culposa que efetivamente

pôs termo às vidas daqueles noticiados na peça exordial foi perpetrada pelo motorista do veículo caminhão, empregado da empresa ré, respondendo esta por culpa in eligendo diante da evidente má escolha de seu preposto.

"Retornando as lucubrações quanto à equidade promovidas, não se mostraria justo entender, na forma do artigo 1.518 do Código Civil, que os réus deveriam responder solidariamente pela reparação da totalidade dos danos causados. Se preceito da Justiça é dar a cada um o que é seu, concentradas todas as análises já procedidas, cabe concluir que cada réu deverá responder pelos resultados que efetiva e diretamente provocou. Destarte, o réu Olímpio Páglia haverá de indenizar os prejuízos que efetivamente causou, quais sejam, os decorrentes da primeira colisão, ficando os restantes ao encargo da empresa ré" (fls. 601/607).

Verdade que o segundo acidente não teria ocorrido caso o primeiro não tivesse sido perpetrado, este por suposta culpa do réu Olímpio (já que a vaca seria de sua propriedade), entretanto, igualmente verdade que a catástrofe proposta pelo segundo sinistro não teria ocorrido caso o condutor do preposto da ré estivesse atento às cautelas devidas à espécie.

Ademais, depreende-se que, por ser causa superveniente relativamente independente, o desdobramento completamente distinto do causado pelo primeiro acidente, por certo, acarreta ao causador deste acidente sua responsabilização, lógico que, na medida de sua responsabilidade, devendo ela responder pela morte e le-

sões que foi responsável, além dos danos materiais proporcionais na caminhonete, e o proprietário da vaca, pelos danos materiais proporcionais sofridos pelo mesmo veículo.

Nesse tópico, diga-se, imprópria sua tentativa em desconstituir a perícia efetuada por Jacir Ilário Corato ante sua afirmativa de que “evidente desiderato em beneficiar o único culpado de todo o evento”, uma vez que ausenta-se qualquer comprovação de que o douto perito estivesse sendo influenciado quando da elaboração do laudo pericial, não sendo suficiente, para comprovação do rompimento de seu compromisso, o simples fato de, na elaboração do laudo, ter colocado ilações pessoais sobre o acontecido.

O douto Togado bem falou sobre o tema ao apontar que estas ilações simplesmente não poderiam ser utilizadas, já que o perito deveria restringir-se à elaboração de laudo técnico, sem manifestar-se acerca de pensamentos pessoais sobre o caso, assim, sendo utilizada, apenas, a perícia técnica por ele efetivada.

c) valor dos danos morais:

Nesse tópico, insurge-se contra a elevada fixação dos danos morais, bem como apresenta-se, a sentença, ultra petita, uma vez que concedida mais indenização do que pleiteada na inicial.

Percebe-se do pedido formulado na peça proemial que os requerentes postularam indenização nos seguintes patamares:

“4.3.2. Em referência aos danos morais, para amenizar a dor e sofrimento passados pelos familiares:

“a) 500 salários mínimos para os filhos e esposo da sra. Silvana Weis Romani;

“b) 500 salários mínimos para os pais do menor Felipe Rocha; e,

“c) 500 salários mínimos para o pai da sra. Salette Girdello” (fl. 20).

Já a sentença formulada pelo douto Togado a quo fixou os danos morais na seguinte proporção:

“Sadi Romani — 250 salários mínimos;

“Gilmar Roberto Romani, Dirce Maria Romani e Lorimar Salette Romani Remor — 200 salários mínimos para cada um;

“João Girdello — 200 salários mínimos;

“Paulo Cesar do Nascimento Rocha e Dirce Maria Romani — 350 salários mínimos para cada um”.

Percebe-se, dessa forma, que a condenação referente a Sadi Romani (marido de Silvana Weis Romani), Gilmar Roberto Romani, Dirce Maria Romani e Lorimar Salette Romani Remor (filhos de Silvana Weis Romani), referem-se ao pedido contido na letra a do item 4.3.2, do que, somando-se, chega-se à quantia equivalente a 850 salários mínimos, quantia esta superior ao formulado no pedido inicial (500 salários mínimos).

O mesmo ocorre com a condenação referente a Paulo Cesar do Nascimento Rocha e Dirce Maria Romani, em que restou condenada, a ora ré, ao pagamento de 350 salários mínimos para cada um dos requerentes, totalizando a quantia equivalente a 700 salários mínimos para um pedido de 500 salários mínimos.

Ora, evidente que a sentença, nessa parte, encontra-se ultra petita, já que o valor em que restou condenado o requerido, por certo, é maior que o formulado no pleito inaugural.

Acerca do tema, aliás, os ensinamentos de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, que assim se manifesta:

“O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentença acima (ultra), fora (extra) ou abaixo (citra ou infra) do pedido. Caso o faça, a sentença estará eivada de vício, corrigível por meio de recurso. A sentença citra ou infra petita pode ser corrigida por meio de embargos de declaração, cabendo ao juiz suprir a omissão; a sentença ultra ou extra petita não pode ser corrigida por embargos de declaração, mas só por apelação. Cumpra ao tribunal, ao julgar o recurso, reduzi-la aos limites do pedido” (in Código de Processo Civil Comentado, RT, 4ª ed., SP, pág. 907).

Nesse desiderato, aliás, já se pronunciou este egrégio Sodalício:

“Julgamento ultra petita — Excesso — Correção – possibilidade.

“A sentença ultra petita não é nula se houver possibilidade de adequá-la aos limites do pedido” (Apelação Cível n. 97.009254-7, da Capital, relator Des. Eder Graf).

Assim, corrigível o quantum fixado a título de danos morais, eis que a sentença se demonstra ultra petita, conforme já apontado.

Nesse desiderato, a quantia fixada a título de danos morais se en-

contra exacerbada, devendo, então, este egrégio Órgão Fracionário adequá-la ao efetivamente pedido no pleito inicial.

Saliente-se que, em grau de apelação, a ré Trizotto não nega sua obrigação ou mesmo seu dever em pagar indenização por danos morais, insurgindo-se, também, contra sua alta fixação, bem como não tem observado sua limitada capacidade econômica, ou seja, deveremos reanalisar a quantificação determinada pelo douto Togado.

Assim, diga-se desde logo, a alteração do patamar fixado pelo Togado monocrático, a título de danos morais, deve ser feita em parte, já que a dificuldade de quantificar, materialmente, o dano moral em casos como o presente, certamente não pode servir de empecilho à condenação. A reparação do dano moral, com efeito, jamais tem por parâmetro uma eventual equivalência entre a lesão moral e a quantia em dinheiro. Tal equivalência não pode existir, pois não se pode quantificar materialmente a dor do espírito, nem a tristeza, nem a viuvez, nem a orfandade.

Ademais, acresça-se que:

“A reparação do dano moral deve ter um caráter punitivo, e também compensatório. Assim o seu arbitramento deve recair no arbitrium boni viri do juiz” (COAD 58.876).

Os critérios de fixação dos danos morais são por demais subjetivos, ficando ao arbítrio do juiz sua quantificação e fixação.

Assim, José Rafaelli Santini, ao citar Hermenegildo de Barros, citado por Pontes de Miranda:

“Embora o dano moral seja um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, para o qual se não encontra estimacão perfeitamente adequada, não é isso razão para que se lhe recuse em absoluto uma compensacão qualquer. Essa será estabelecida, como e quando possível, por meio de uma soma, que não importando uma exata reparacão, todavia representará a única salvacão cabível nos limites das forças humanas. O dinheiro não os extinguirá de todo; mas pelas vantagens que o seu valor permutativo poderá proporcionar, compensando, indiretamente e parcialmente embora, o suplício moral que os vitimados experimentaram (in RTJ 57, págs. 789/790, voto do Ministro Thompson Flores)” (in Dano Moral, Ed. de Direito, 1997, SP, págs. 43/44).

Afirme-se que não indenizar o dano moral é deixar sem sancão um direito, ou uma série deles. A indenizacão, por menor e mais insuficiente que seja, é a única sancão para os casos em que se perdem ou se têm lesados a honra, a liberdade, a amizade, a afeicão, e outros bens morais mais valiosos do que os próprios valores econômicos.

Ressalte-se que:

“Na avaliacaão do dano moral se deve levar em conta a posicão social e cultural do ofensor e do ofendido; a maior ou menor culpa para a producaão do evento.

“A reparacão do dano moral para a vítima não passa de compensacão, satisfacaão simbólica; para o ofensor uma pena para que sinta o mal praticado” (Ap. Cív. n. 35.339, Des. Amaral e Silva).

“Na hipótese de dano moral, sendo prudencial a estimacão do quantitativo indenizatório, a pagar pecuniária há que representar, para o ofendido, uma satisfacaão que, psicologicamente, possa neutralizar ou, ao menos, anestesiar parcialmente os efeitos dos dissabores impingidos. A eficácia da contraprestacão a ser fornecida residirá, com exatidão, na sua aptidão para proporcionar tal satisfacaão, de modo que, sem que configure um enriquecimento sem causa para o ofendido, imponha ao causador do dano um impacto suficiente, desestimulando-o a cometer novos atentados similares contra outras pessoas” (Ap. Cív. n. 49.415, Des. Trindade dos Santos).

Conforme aludido, a lei não estabelece critérios objetivos para determinacão da indenizacão por dano moral.

Porém, segundo Carlos Alberto Bittar:

“diante da esquematizacão atual da teoria em debate, são conferidos amplos poderes ao juiz para definicão da forma e da extensão da reparacão cabível, em consonância, aliás, com a própria natureza das funçoes que exerce no processo civil (CPC, arts. 125 e 126). Com efeito, como julgador e dirigente do processo, pode o magistrado ter conhecimento direto das partes, dos fatos e das respectivas circunstâncias, habilitando-as, assim, à luz do direito aplicável, a definir, de modo mais adequado, a reparacão devida no caso concreto” (Reparacão Civil por Danos Morais, 1994, São Paulo, Editora RT, págs. 205 e 206).

Destaca, ainda, o renomado jurista que:

"(...) a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante" (pág. 220).

Sob o mesmo prisma destaca Humberto Theodoro Júnior:

"Resta, para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários".

E acrescenta:

"O problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível socioeconômico dos litigantes e da menor ou maior gravidade da lesão" (Alguns Aspectos da Nova Ordem Constitucional sobre o Direito Civil, RT 662/717).

Pondere-se que a prestação de indenização, em casos como o dos autos, não pode ser reduzida apenas a um padrão monetário, ante a perda de um ente querido em circunstâncias tão trágicas, porquanto imoral seria concluir-se que os sentimentos de dor mais íntimos estariam contornados por uma mera indenização pecuniária.

A indenização a ser prestada nesses casos jamais compensará ou fará desaparecer a dor do ofendido, posto que essa dor não poderá, em hipótese alguma, ser avaliada em dinheiro.

Não é esse, em absoluto, o fundamento da indenização do dano moral, que tem respaldo, essencialmente, na tutela de um direito violado, com as perdas e danos advindas dessa violação, assumindo, em seu âmago, o caráter de reparação repressiva.

Inexiste e nem poderia existir equivalência entre o dano sofrido e a importância a ser paga. A indenização fica, na sua quantificação, afeta ao poder discricionário, ao prudente arbítrio, do magistrado que a estabelece, posto que o mero fato de não se poder estabelecer a equivalência não deve nem pode ser motivo para que se deixe o direito sem sanção e, pois, sem uma efetiva tutela.

Evidenciando-se o dano moral, fica o responsável sujeito às consequências do ato praticado, das quais exsurge como a principal, no plano do direito civil, o pagamento de uma soma a ser arbitrada, conforme a gravidade do dano e a capacidade financeira do responsável, com a fixação ficando a critério do Poder Judiciário, indenização essa que deverá ser imposta a título de justa reparação do prejuízo sofrido, mas não como fonte de enriquecimento do lesado.

Irrecusável, destarte, a obrigação da apelante à prestação, aos autores e apelados, da indenização por danos morais, consoante com total propriedade reconhecido no duto decismum vergastado.

A morte da esposa/mãe/filho/filha dos requerentes é fato, por si só, indenizável, ante a evidente dor psicológica sofrida por estes.

Entretanto, a condenação submetida pelo Togado a quo demonstra-se por demais exacerbada.

Verdade que a perda sofrida é, sem dúvidas, muito grande, mas igualmente verdade que a condenação não poderá proporcionar, além de enriquecimento sem causa ao acidentado, um empobrecimento desvaireado por parte do causador do acidente.

Percebe-se, nesse sentido, que a documentação de fls. 132/133 aponta, de forma textual, que o capital social da empresa é no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), isto nos idos de 1994.

Ora, verdade que esse capital, por certo, encontra-se desatualizado, bem como a assertiva de que o capital social declarado por certo não reflete o verdadeiro patrimônio da empresa ora apelante.

Assim, tendo-se em vista a perda emocional sofrida, mostram-se suficientes e justos para, ao menos, tentar reparar a dor e o sofrimento a que estão passando, salientando-se que 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 podendo servir de enriquecimento, bem como, levando-se em conta a capacidade econômica da empresa apelante, modifica-se a condenação em danos morais para os seguintes patamares:

Pela morte de Silvana Weis Romani, é de ser indenizado Sadi João Romani na quantia equivalente a 150

salários mínimos, "sendo de se considerar casados haviam quase trinta e cinco de sua morte (fl. 30)" (fl. 615).

Ainda, pela morte de Silvana Weis Romani, mãe dos autores Gilmar Roberto Romani, Dirce Maria Romani e Lorimar Salette Romani Remor, deve ser indenizado cada um à quantia equivalente à 100 (cem) salários mínimos.

Pela morte de Salette Giraldele, é de ser indenizado seu pai, João Giraldele, à quantia equivalente a 100 (cem) salários mínimos, "sendo de se considerar que a mesma, segundo consta, não mais residia com seu pai e à época contava com quarenta e cinco anos de idade" (fl. 615).

Por fim, pela morte de Felipe Rocha, devem seus pais, Paulo Cesar do Nascimento Rocha e Dirce Maria Romani, ser indenizados, cada um, na quantia equivalente a 150 (cento e cinquenta) salários mínimos, "sendo de se considerar que quando de sua morte contava o pequeno infante com tão-somente três anos de idade, restando evidente, em razão dos cuidados e atenção que um petiz exige dos pais, os estreitos laços de afetividade" (fl. 615).

Em todas as condenações é de se levar em consideração o salário mínimo vigente na data da prolação deste acórdão, devendo ser atualizado monetariamente até a data do efetivo pagamento.

Quanto aos juros moratórios, em que pesem ser devidos desde o evento danoso, por tratar-se de ato ilícito, conforme determina as Súmulas 562 do STF e 43 e 54 do STJ, o duto Togado a quo as fixou desde a citação inicial, situação esta que não poderá

ser alterada ante a falta de expressa apelação pela parte interessada.

Nesse desiderato, aliás:

“Acidente de trânsito — Juros moratórios — Termo inicial.

“Compreendendo a expressão ‘delito’ constante do artigo 962 do Código Civil, o ato ilícito em geral, os juros de mora fluem a partir do evento que constituiu a fonte da obrigação de indenizar” (Apelação Cível n. 47.751, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

“Tratando-se de ato ilícito, a correção monetária e os juros de mora incidirão desde a data do evento danoso, na forma estabelecida pelas Súmulas 562 do STF e 43 e 54 do STJ” (Apelação Cível n. 00.001765-5, da Capital, relator Des. Solon d’Eça Neves).

Afirme-se, desde logo, que a pretensão da ora apelante de ser eximida da condenação em danos morais no concernente ao pai de Salete Giral-dello (João Giral-dello), ante a afirmativa de que a falecida já era pessoa maior e, por certo, não demonstrada ou mesmo evidenciada qualquer dependência econômica deste para com sua filha, não poderá prosperar!

Isso porque o “fato gerador” do dano moral não é a dependência econômica entre o postulante e a falecida, mas sim, conforme já apontado, a dor íntima sofrida pela perda de um ente querido.

Assim, afirme-se que a dependência econômica é “fato gerador” para o deferimento de pensão mensal, que tem como pressuposto a perda de capacidade econômica ou de manutenção de seus meios de subsistência anteriormente arcados pelo falecido,

não podendo ser confundida, por lógico, com indenização por danos morais.

Por certo indenizável, moralmente, o pai da falecida Salete Giral-dello.

Ademais, aponte-se que inexistente qualquer insurgência recursal quanto aos critérios adotados pelo douto Togado a quo, no concernente à repartição dos danos materiais sofridos por Laércio José Romani, que deverão ser mantidos.

d) condenação da seguradora em danos morais:

Pretende a recorrente Trizotto Comércio e Representações Ltda. a inclusão na condenação de Bradesco Seguros S.A. dos danos morais, por entender que estes são espécies de danos pessoais, danos estes cobertos pela apólice de seguro.

Efetivamente, conforme já tivemos oportunidade de pronunciar anteriormente, entendemos que os danos morais são espécies do dano pessoal.

Comentando acerca da classificação dos danos morais anota o culto Fernando Noronha:

“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 pudesse 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 independentes, 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 va-

lor 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 de Responsabilidade Civil, Capítulo 8, Dano e Nexa de Causalidade, págs. 337/338).

Reiteradas decisões vêm entendendo que os danos morais são espécies do gênero danos pessoais, sendo por isso indenizáveis.

In casu, latente a indenização pelos danos morais, já que o contrato estipulava a reparabilidade dos danos pessoais, dano este que é gênero da espécie dano moral.

Assim, conclui-se que no contrato de seguro em que estipulada a reparabilidade dos danos pessoais,

por certo, compreendida estará a reparabilidade pelos danos morais.

Nesse sentido, ademais, tem-se manifestado a jurisprudência:

“Responsabilidade civil. Filho menor. Indenização. Seguro. Dano moral e 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 sobrevivência, 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).

“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).

Demonstre-se, assim, que a jurisprudência é taxativa ao afirmar, consoante acórdãos a seguir transcritos, que no seguro para a cobertura de danos pessoais, inseridos estão os danos morais:

“O dano moral é espécie do gênero dano pessoal, sendo responsável regressivamente a seguradora, mormente quando não comprovada

expressamente a exclusão dessa responsabilidade no contrato” (TARGS, AC n. 195000799, rel. Juiz Arno Werlang).

“Dano moral é uma espécie de dano pessoal, pelo que, se este último encontra-se previsto no contrato de seguro, deve a Seguradora ressarcir o segurado, mesmo porque, tratando-se aquele contrato tipicamente de adesão, deve ser interpretado de maneira mais favorável ao aderente” (TJPR, AC n. 0096569-5, rel. Des. Ruy Cunha Sobrinho).

“Considerando que os danos morais estão subsumidos nos pessoais deve a seguradora responder por eles até o limite do capital segurado, e tratando-se de indenização os juros de mora incidente desde o evento danoso” (TARGS, AC n. 196197883, rel. Juiz Cesar Tasso Gomes).

E deste Sodalício:

“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" (Apelação Cível n. 99.015728-8, de Ponte Serrada, relator Des. Alcides Aguiar).

"Inquestionavelmente, os danos morais subsomem-se na classificação de danos pessoais. Prevista, no contrato de seguro, cobertura para os danos pessoais, os danos morais enquadram-se na responsabilidade de ressarcimento da seguradora, impondo-se, pois, ressarcidos por conta da apólice que rege as relações estabelecidas entre a responsável direta pela reparação advinda do cometimento de ilícito e a companhia de seguros denunciada à lide" (Apelação Cível n. 98.015971-7, de Biguaçu, relator Des. Trindade dos Santos).

Assim, a apólice de seguro, determinando a reparabilidade dos danos pessoais, por certo estarão inseridos nestes a reparabilidade dos danos morais sofridos, mostrando-se procedente o pleito exposto pela ora recorrente, observando-se, ainda, que o valor a ser pago no referente à condenação imposta a Bradesco Seguros S.A. estará, inexoravelmente, limitado ao valor máximo estipulado na apólice securitária.

2) Apelação Bradesco Seguros S.A.:

Aponta que indevida sua condenação em verba honorária, uma vez que aceitou a denunciação, não existindo lide a ser sanada entre denunciante e denunciado.

Entretanto, resta vermos, razão não lhe assiste!

Acerca do tema, assim se manifesta o preclaro Yussef Said Cahali:

"Julgadas procedentes a ação e a denunciação 'a ré arcará com os

honorários do patrono do autor, arbitrados em 15% do valor da condenação e com o pagamento das custas processuais. Declara-se o seu direito de exigir da denunciada pagamento regressivo, com acréscimo de honorários advocatícios de 15% sobre a quantia a ser paga pela denunciada e das custas da denunciação'.

"Nem se argumente que esta solução é gravosa ou iníqua para o denunciado, que acaba respondendo, ainda que indiretamente, por uma dupla cominação em honorários advocatícios: aquela estatuída a benefício do autor-vitorioso, e outra em decorrência do acolhimento da denunciação da lide, em benefício do denunciante.

"Com efeito, são diversas as qualificações das duas verbas: enquanto os honorários advocatícios da sucumbência (na lide principal) pagos pelo réu-vencido compõem o montante do prejuízo por este sofrido, e passível de reembolso por via de regresso, os honorários advocatícios da lide secundária decorrem da sucumbência na denunciação da lide, instaurada entre o réu e denunciado" (Honorários Advocatícios, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, pág. 199).

Igualmente, de todo oportuno é transcrever-se a lição seguinte, da lavra do brilhante Celso Agrícola Barbi:

"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” (Comentários ao Código de Processo Civil, I vol., tomo II, Forense, Rio, 1ª ed., 1975, pág. 357).

Ainda, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery:

“Na sentença o juiz deverá fixar duas verbas derivadas da sucumbência, já que decidirá duas lides: a principal e a denunciação. Se o denunciante perder a ação principal, mas ganhar a de denunciação, deverá ser condenado nos honorários daquela e ser o beneficiário dos honorários na lide secundária, que deverão ser pagos pelo denunciado. Os honorários pagos pelo denunciante na ação principal podem ser incluídos na condenação a que esteja obrigado a indenizá-lo em regresso o denunciado. Assim, o pedido que o denunciante pode fazer, ao ajuizar a ação secundária de denunciação da lide, pode incluir o principal (a indenização propriamente dita) e as despesas dela decorrentes, incluídas aqui as processuais e os honorários de advogado” (Código de Processo Civil Comentado 2ª ed., RT, 1996, pág. 456, nota 7).

Sendo julgada procedente a lide secundária, a litisdenunciada, vencida, pagará as despesas judiciais e os honorários do advogado do denunciante.

Assim, como a litisdenunciada é responsável pelo principal, na litisdenunciação, incidente ação embutida dentro da principal, o denunciado, na condição de vencido, submete-se aos efeitos da sucumbência, e, como tal, arca, em relação ao denunciante, com os honorários advocatícios.

Nesse sentido, ainda:

“Denunciação da lide. Julgamento procedente. Condenação da denunciada no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do denunciante. Reclamo desprovido” (Apelação Cível n. 49.633 (88.084472-3), de Concórdia, relator Des. Vanderlei Romer).

“Acolhida a denunciação à lide formulada pela empresa demandada, a litisdenunciada sujeita-se, igualmente, em relação à lide secundária, aos efeitos da sucumbência, arcando, inclusive, com os honorários advocatícios do patrono da denunciante. A verba honorária, em tal hipótese, não tem como base de incidência o valor total da condenação, mas sim o valor atualizado do limite da cobertura securitária ajustada” (Apelação Cível n. 99.002571-3, de Orleans, relator Des. Trindade dos Santos).

“Vencido o denunciante, arca com as despesas processuais e honorários advocatícios do vitorioso, suportando o denunciado, quando procedente a denunciação da lide, aquele ônus em favor de quem o atraiu para os autos” (Ap. Cív. n. 46.923, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Nesse desiderato, improcede seu pleito recursal, devendo ser mantida sua condenação em honorários advocatícios no patamar estabelecido pelo douto Togado a quo.

3) Apelação de Olímpio João Páglia:

Primeiramente, aponta o recorrente não ser o proprietário da vaca que se encontrava na pista de rolamento e, portanto, causadora primária do sinistro que se sucedeu.

Novamente, e com grande maestria, devemos nos curvar à bem-lançada decisão monocrática, que com precisão e tenacidade analisou e impingiu a propriedade do animal vacum ao ora recorrente, senão vejamos:

“Certa a culpa da empresa ré, resta analisada aquela que é atribuída a Olímpio José Páglia, eis que dizem os autores tratar-se do proprietário do vacum causador do primeiro acidente.

“O senhor Delegado de Polícia responsável pelo inquérito policial que tratou dos fatos em exame, José Luiz Alves, ao apresentar o respectivo relatório asseverou:

‘Exa., já nas investigações iniciais, constatou-se que tudo começou com o atropelamento de uma vaca que transitava sobre a pista asfáltica. Já na manhã seguinte, enquanto se aguardava o Boletim da Polícia Rodoviária Federal, procedemos minuciosa investigação, pela qual percebemos que o animal é de propriedade de Olímpio João Páglia. A fala testemunhal veio a corroborar com a investigação, entretanto Olímpio em seu depoimento, nega a propriedade do animal causador do acidente, alegando não faltar nenhum em seu rebanho. Exa., a investigação não deixa dúvida, senão vejamos:

‘a) a foto de n. 1, bem como a de n. 2, foram apresentadas às testemunhas que reconheceram como sendo a vaca de Olímpio que muitas vezes fora vista saindo de sua propriedade, indo transitar sobre a pista asfáltica. Já a foto de n. 3 é de outro animal pertencente ao mencionado Olímpio, onde se vê o sinal em ambas as orelhas, em forma de ‘meia lua’,

idêntico ao encontrado no animal causador do acidente. Idêntico brinco também possuía, embora alguém tenha o mesmo retirado, entretanto deixou o colchete próximo ao animal morto como se vê na foto n. 2. Embora já se tendo a certeza quanto à propriedade do animal, fizemos o perímetro da propriedade e encontramos as pegadas deste, seguimos até o local onde o mesmo, valendo-se de um lance de cerca quebrado, por ali entrava e saía constantemente, segundo testemunhas, fazendo o trajeto indicado no croqui de fl. 9. Ainda, as fotos de ns. 4 a 6, fl. 22, confirmam a versão das testemunhas. Olímpio não soube explicar sobre a cerca quebrada, mas declarou não ter ninguém morando no local e responsáveis por seus animais. Declarou que não usa marca a ferro, pois é exatamente o que constatamos no animal morto que não possui marca a ferro e tão-somente sinais nas orelhas idênticos aos dos demais de seu rebanho.

‘b) a pastagem de onde saía o animal é de péssima qualidade, aliás confirmada pelo próprio Olímpio, o que certamente fazia com que seu gado saísse à procura de alimentação na faixa dos 40 metros, contíguos à BR’ (fls. 91 e 92).

“A fotografia de fl. 377 (retirada pela autoridade policial) está a indicar pegadas de um animal advindas detrás da igreja parcialmente fotografada à fl. 365. A foto de fl. 363, de seu turno, indica a posição da dita capela em relação à BR 282.

“As fotografias de fls. 375 e 376 mostram o local da cerca danificado, apontado como aquele por onde passava a mencionada vaca pertencente

ao rebanho do réu Olímpio José Páglia.

“O croqui de fl. 49, desenhado pela autoridade inquisitorial no dia do sinistro, indica a existência de ‘pegadas de gado’ entre a parte da cerca danificada e a estrada vicinal que conduz à BR 282, num percurso total de quatrocentos metros até o local onde o bovino restou morto.

“Com vista das fotos de fls. 375 e 376, afirmou o senhor perito judicial da ‘impossibilidade deste bovino entrar e sair daquela propriedade’. Aquelas fotografias, entretanto, estão a denunciar que aquele local servia à constante passagem de algo, eis que ali formado verdadeiro ‘trilho’ ou uma pequena ‘picada’ (para se utilizar termos próprios da região), bastando ver ao largo a vegetação rasteira ali existente, enquanto que naquela passagem o chão mostra-se ‘batido’.

“Ademais, é do conhecimento de qualquer ‘caboclo’ o desforço que é capaz de empreender o gado quando faminto. Diz-se que qualquer flanco de cerca é suficiente para a passagem de um boi à busca de alimento. É de se indagar, ainda, quem ou o quê teria promovido o estrago na cerca, ou mesmo com que objetivo. Em que se pesem, pois, as conclusões do senhor expert (Jacir Ilário, que chegou a afirmar ‘hilarante’ tal possibilidade), considerada pois a pertinácia exagerada não rara nos bovinos, no local fotografado às folhas 375 e 376, é, sim, possível a passagem de uma vaca.

“A propósito do ‘palanque quebrado pela base e dependurado, que ainda mantinha presos os fios de arame farpado’, indicado pelo senhor perito (fl. 335) como impeditivo de pas-

sagem do animal, cabe transcrição de parte do depoimento de Devanir Terezinha Telles, quando testifica que ‘o local por onde saía o animal causador do acidente é exatamente o que mostra as fotos que são apresentadas à declarante pela autoridade; que localiza-se atrás da Igreja; que aquele arame que está ali colocado foi providência do falecido Dario Ribas, que veio a morrer no acidente; que tentou fazer o reparo já cansado de tantos avisos ao proprietário do animal para que o prendesse’ (fl. 65).

“Na verdade, ao tratar da ‘investigação da propriedade do animal atropelado’, passou a exceder-se o senhor expert, de forma que a leitura da fl. 333 até a 340 dá a impressão de que se está diante da contestação de Olímpio José Páglia, inclusive com a análise de prova testemunhal!

“Afirmou o senhor Jacir Ilário, ao responder o décimo quinto quesito formulado pela denunciada à lide (fl. 350), que ‘constatou um bovino de propriedade do Sr. Olímpio Páglia, cujo brinco acha-se afixado na orelha esquerda. Acontece que a fotografia sob n. 23, que mostra o animal morto pôr (sic) atropelamento, observa-se na orelha direita o orifício de brinco. Tal observação leva ao (sic) Perito a admitir que os animais são de propriedades diferentes’. Todavia, é assim contraditório o senhor expert quando antes afirma (fl. 339) que ‘conforme afirmou o próprio Sr. Olímpio a este Perito, alguns dos animais de sua propriedade, assim como dos demais criadores de bovinos da região, são adquiridos em leilões e feiras, vindos, para todos, com as marcas mais diversas. Portanto, o animal acidentado poderia perfeitamente pertencer a qualquer

dos proprietários de terras das imediações do local do fato' (sic). Ora, se admite que os animais de um mesmo proprietário possam ter marcas diversas, como pode afirmar que a vaca morta, primeira causadora do sinistro, não era de propriedade de Olímpio José Páglia, tão-somente porque o brinco estaria posto na orelha direita e não na esquerda?

"Inexiste, na processualística civil pátria, dispositivo específico a indicar o tratamento que se é de dar aos indícios. Entretanto, os artigos 131 e 332 do Código de Processo Civil, o primeiro tratando do livre convencimento motivado, decorrente dos 'fatos e circunstâncias constantes dos autos', e o segundo dos meios de prova propriamente ditos, levam a concluir que toda a prova, moral e legalmente produzida, é hábil para levar à verdade dos fatos, esta a ser encontrada pelo julgador dentro dos limites de sua consciência, desde que devidamente motivado o seu entendimento. Em sendo assim, os indícios e mesmos as presunções devem ser considerados meios de prova aceitos em nosso ordenamento jurídico, desde que não produzidos em oposição à moral ou à lei.

"A propósito serve o escólio do Professor Vicente Greco Filho:

'O grau de certeza quanto ao fato não depende de ter sido ele demonstrado por prova direta ou se a ele se chegou mediante a prova de indícios e a aplicação de regras legais ou da experiência técnica ou comum. Depende da credibilidade do meio, primeiramente, e, depois, da credibilidade da regra, de modo que é muito comum chegar-se à convicção mais

segura por intermédio de prova decorrente de indícios do que pela prova direta, isso se a regra aplicada tiver alto grau de segurança. Assim, o juiz pode estar mais seguro quanto à ocorrência de um incêndio e suas causas em virtude da análise técnica de seus vestígios (indícios) do que em virtude da prova testemunhal direta ou da confissão. É falsa, portanto, a idéia de que a prova a partir de indícios seja perigosa ou duvidosa por sua natureza. Será duvidosa ou perigosa se a regra que se aplicar não for segura, não for consistente, ou então se for preconceituosa, porque desapojada da realidade das coisas, do que ordinariamente acontece e da psicologia humana' (in *A Culpa e sua Prova nos Acidentes de Trânsito*, pág. 70, Sarai-va).

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

"No tocante à discordância parcial deste magistrado com as conclusões da perícia, vale aqui transcrita a lição de Humberto Theodoro Júnior (in *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, Forense, pág. 522):

‘O perito é apenas um auxiliar da Justiça e não um substituto do juiz na apreciação do evento probando. ‘Deve apenas apurar a existência de fatos cuja certificação dependa de conhecimento técnico’. Seu parecer não é uma sentença, mas apenas fonte de informação para o juiz, que não fica adstrito ao laudo e pode formar sua convicção de modo contrário à base de outros elementos ou fatos provados no processo (art. 436).

‘E, realmente, deve ser assim, pois do contrário, o laudo pericial deixaria de ser simples meio de prova para assumir o feitio de decisão arbitral, e o perito se colocaria numa posição superior à do próprio juiz, tornando dispensável até mesmo o pronunciamento jurisdicional’.

“Cabe concluir, portanto, que não deve este magistrado, no caso sub examine, limitar-se às conclusões do senhor expert, mas debruçar-se no restante das provas coletadas, considerando mesmo os indícios e as presunções que não refugirem à lógica ou à razão, com salvaguarda no princípio da persuasão racional.

“Feitas estas considerações, é de se retornar ao exame do conjunto probante.

“Ivanir Alves Guinzeli, inquirida pela autoridade policial, afirmou:

‘que há aproximadamente dois meses Olímpio Páglia colocou gado em suas terras próximas à casa da declarante; que por quinze dias aproximadamente a declarante viu a vaca de Olímpio Páglia que provocou o acidente no dia 27 do corrente, digo, 27 de julho do corrente ano; que a mesma saía do terreno de Olímpio e caminhava pela BR e ia pastar na faixa de

quarenta metros próxima à casa da declarante (...); que antes dos fatos, por volta de 17 horas, a declarante tendo ido buscar o filho na escola viu o animal naquele local; que no dia seguinte aos fatos, pela manhã, a declarante viu o animal morto na pista e reconheceu como sendo o mesmo que costumava diariamente ir pastar no local, sendo este de propriedade de Olímpio Páglia’ (fl. 64).

“Devanir Terezinha Telles, por sua vez, declarou:

‘que mora na terra da comunidade, que faz divisa com as terras de Olímpio Páglia; que via diariamente, nos oito dias que antecederam o acidente, que a vaca cuja foto lhe é mostrada pela autoridade saía dos pastos de propriedade de Olímpio Páglia e transitava pelo asfalto; que tem conhecimento que Dario Ribas, que veio a ser vítima fatal do acidente provocado pelo animal, por várias vezes já havia avisado Olímpio Páglia; que a declarante reside no local a cinco meses; que o gado não estava ali quando a declarante chegou; que foi colocado ali há pouco tempo, no máximo dois meses atrás; que após ter ocorrido este acidente, ou seja, no sábado seguinte, outro animal saiu e foi recolhido pela declarante para a invernoada de Olímpio Páglia; que a declarante avisou o filho de Olímpio, de alcunha ‘Kiki’, de que os animais continuavam a sair em direção ao asfalto; que após essa providência os Páglia retiraram os animais daquele local, colocando-os em outra invernoada; que a partir de então a declarante não viu mais animais soltos na pista; que o local por onde saía o animal causador do acidente é exatamente o que mostra as fotos que são apresentadas

à declarante pela autoridade; que localiza-se atrás da Igreja; que aquele arame que está ali colocado foi providência do falecido Dario Ribas, que veio a morrer no acidente; que tentou fazer o reparo já cansado de tantos avisos ao proprietário do animal para que o prendesse; (...) que viu o animal morto e reconheceu como sendo de propriedade de Olímpio Páglia e a mesma que costumava diariamente fugir e fazer aquele trajeto pela BR...' (fl. 65).

"Luiz Carlos Páglia, por sua vez, afirmou:

'que confirma ter estado na venda de Dario Ribas, quando estava anoitecendo, tendo este lhe comunicado que uma vaca teria subido pela pista asfáltica e que a cerca estava quebrada, não indicando em que local; que Dario Ribas não afirmou que o animal pertencesse a Olímpio Páglia; que, entretanto, o declarante ficou de tomar providências no outro dia; (...) que o declarante não pode afirmar que o animal pertença a Olímpio Páglia, porque eles é que são os donos e quem cuida é Olímpio e o filho e eventualmente o declarante; que também não pode afirmar quanto à quantidade de animais ali existente, ou se falta algum, pois não é o declarante que faz esse controle; que o declarante comunicou a 'Kiki', filho de Olímpio, sobre a tal cerca quebrada, não sabendo informar se foi a mesma consertada ou não após os fatos' (fl. 82).

"Quando de sua inquirição em Juízo, Luiz Carlos Páglia declarou:

'que naquela tarde do acidente o depoente foi até a bodega de Dario Ribas, sendo informado por este de

que havia uma vaca pastando nas proximidades da pista asfáltica, isto é, dentro dos quarenta metros da BR; o depoente na época ajudava a tratar o gado de Olímpio e sabia quantas cabeças Olímpio possuía naquele pasto; que Dario se limitou a dizer que havia uma rês pastando, não afirmou que seria de propriedade de Olímpio Páglia; que o depoente, diante dessa solicitação, foi até a internada contou o gado, oportunidade em que constatou que o número estava correto, eis que havia trinta e cinco cabeças e as trinta e cinco ali estavam; que o depoimento que o depoente prestou na fase policial é verdadeiro; que o depoente ratifica que o que realmente é verdade foi o que declarou por ocasião de seu depoimento na polícia, ou seja, que realmente naquele dia estava na bodega de Dario Ribas e este lhe comunicou de que havia o estrago na cerca; que o total de gado de propriedade de Olímpio Páglia o depoente não sabia, apenas sabia o total de gado que havia naquela internada; que o depoente somente tomou conhecimento da cerca danificada, na propriedade de Olímpio, naquele dia 'de tardezinha'; que o depoente não sabe quem era o proprietário da vaca que provocou o acidente' (fl. 465).

"Fáceis de se constatar as contradições de Luiz Carlos Páglia (valendo lembrar tratar-se de sobrinho de Olímpio João Páglia, conforme declarações deste — fl. 83v.). Primeiro, por exemplo, afirma que não sabia o número de cabeças de gado e depois, já em Juízo, assegura não ter faltado qualquer animal do rebanho. Certo é, contudo, que Dario Ribas (que acabou morto no acidente), pediu ao mesmo que tomasse providências quanto à

cerca danificada. Ora, porque teria Dario se dirigido a Luiz Carlos, então empregado do réu Olímpio, se não fosse a cerca que permitia a passagem do gado aquela que circundava a propriedade de Olímpio Páglia? A resposta é simples: o animal que as pessoas viam pastar junto a BR 282 era de propriedade de Olímpio Páglia, o que foi reconhecido por Dario, daí por que solicitou a Luiz Carlos as necessárias providências no sentido de consertar a dita cerca.

“Devanir Terezinha Telles, cujo depoimento prestado perante a autoridade policial já foi em parte transcrito, ouvida em Juízo testemunhou:

‘que o acusado Olímpio cria gado nas suas terras e as terras de Olímpio fazem divisa com a BR; que a vaca que provocou o acidente sempre saía de trás da igreja, do sentido das terras do acusado Olímpio; que as terras atrás da igreja são do acusado Olímpio; que além das terras do acusado Olímpio atrás da igreja existe também as terras de Darci Sete; que Darci também é criador de gado; que as cercas das terras da propriedade do acusado Olímpio, nos fundos da igreja, estavam ‘desarrumadas’, isto é, havia uma passagem de gado; que no dia do acidente, na parte da tarde, a vítima Dario, que era compadre da depoente, foi até ‘minha casa levar um pote de melado’ e contou à depoente que havia ‘tocado a vaca do Olímpio que estava sobre o campo de futebol, para dentro da propriedade de Olímpio, pelo buraco da cerca que havia de trás da igreja; a vaca que a depoente viu perambular pelo campo de futebol e que pastava nas proximidades da BR é reconhecida neste momento como sendo a mesma que está

morta nas fotos de fls. 26; que o buraco que havia na cerca de propriedade de Olímpio Páglia também é o que demonstra a fotografia ns. 5 e 6 de fls. 27; que esta vaca que pastava nas proximidades da igreja foi a que provocou o acidente...’ (fl. 464 — grifei).

“Juntados e colacionados todos os elementos probatórios dos autos, já analisados, cabe concluir que o *vacuum* com o qual colidiu o veículo conduzido pelo autor Sadi João Romani, levando o mesmo a tombar e ser posteriormente colhido pelo caminhão da empresa ré, era de propriedade do réu Olímpio João Páglia” (fls. 592/600).

Ademais, insurge-se o ora recorrente contra sua condenação nas verbas sucumbenciais, por entender que do pedido genérico contra ele formulado restou vencedor dos danos materiais e morais, já que imputados de responsabilidade da ré Trizotto.

Assim, pretende a inversão dos ônus sucumbenciais.

Entretanto, melhor sorte não lhe socorre!

Isso porque o autor, na inicial, pleiteou a condenação dos réus, na proporção de suas culpabilidades, proporção esta que restou analisada e atendida pelo douto Togado a quo, sendo este o motivo pelo qual o ora réu restou condenado em apenas 5% do pagamento das custas processuais e 15% de honorários advocatícios incidente sobre sua parte na condenação.

Perfeita a condenação incidente, isso porque respeitado o princípio da proporcionalidade, princípio este ditado pelo art. 23 do Códex Processual.

Ora, havendo litisconsórcio passivo como é o caso dos autos, cada litisconsorte deverá responder proporcionalmente por seu interesse manifestado na causa e ao reconhecimento da responsabilidade de cada um na sentença, como bem o fez o douto Togado.

Nesse desiderato, aliás, os ensinamentos de Yussef Said Cahali:

“No processo em que há pluralidade de partes, observa-se, desde logo, que a regra da sucumbência não apresenta dificuldade maior na hipótese de litisconsórcio ativo ou passivo: Desde que duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, nas condições estatuídas nos arts. 46 e seguintes do Código, a própria lei cuida da proporcionalidade dos encargos; concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem pelas despesas e honorários em proporção, segundo o art. 23” (in Honorários Advocatícios, RT, 3ª ed., pág. 302).

No mesmo sentido, aliás, os ensinamentos de Theotônio Negrão, que assim aponta:

“Os honorários devem ser repartidos ‘na proporção do interesse de cada um na causa e da gravidade da lesão ocasionada’ ao vencedor, podendo, portanto, ser desigual a cota de cada vencido (RTFR 139/151)” (in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 31ª ed., Saraiva, SP, 2000, pág. 132).

E, da jurisprudência:

“A condenação dos litisconsortes vencidos em proporção pode ensejar desigualdade na cota de cada

um deles, bem como na cota dos vencedores” (RSTJ 48/396).

Evidenciada a disparidade entre a sucumbência despendida entre os litisconsortes passivos, os ônus sucumbenciais deverão ser por eles suportados de forma proporcional, arcando cada qual com a maior ou menor derrota.

Assim, mantém-se a decisão objurgada no tópico ora em alinhamento.

Nesses termos, é de afastar-se a preliminar suscitada por Trizotto Comércio e Representações Ltda. e, no mérito, dar-se provimento parcial ao recurso para minorar a condenação a título de danos morais ao equivalente a: a) 150 salários mínimos ao apelado Sadi Romani; b) 100 salários mínimos para cada um dos filhos de Silvana Weis Romani, a saber, Gilmar Roberto Romani, Dirce Maria Romani e Lormar Salette Romani Remor; c) 100 salários mínimos a João Giraldele, pai de Salette Giraldele e d) 150 salários mínimos para cada um dos pais de Felipe Rocha, a saber Paulo Cesar do Nascimento Rocha e Dirce Maria Romani, bem como condenar-se Bradesco Seguros S.A. ao pagamento destes danos morais, regressivamente, a Trizotto Comércio e Representações Ltda., até o limite estipulado na apólice securitária, vencido em parte o Exmo. Des. Anselmo Cerello que eleva o dano moral, conforme patamar do pedido da inicial.

No mesmo desiderato, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso interposto por Bradesco Seguros S.A. e Olímpio João Páglia, mantendo-se, no mais, a bem-lançada decisão incólume.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 3 de maio de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.013609-9, DE CRICIÚMA

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Embargos de terceiro — Penhora que recaiu sobre imóvel dos embargantes em razão de sua própria desídia — Formalidades necessárias para conferir publicidade à aquisição do bem não observadas — Impossibilidade de imposição dos ônus sucumbenciais ao embargado — Aplicação do princípio da causalidade — Sentença reformada — Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.013609-9, da comarca de Criciúma, em que é apelante Nelson Ubaldo Filho, sendo apelados Edison Soares Franco e Eolita Popinhak:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas de lei.

I — Relatório

Na comarca de Criciúma, Edison Soares Franco e Eolita Popinhak ajuizaram embargos de terceiro contra Nelson Ubaldo Filho, a fim de livrar de constrição judicial um apartamento de sua propriedade, o qual acabou sendo alvo de penhora em processo de execução movido pelo embargado em face de Frontal Engenharia e Comércio Ltda.

A posse do bem e a qualidade de terceiro dos embargantes restaram sobejamente comprovadas nos autos, razão pela qual foi deferido liminarmente o levantamento da penhora.

Regularmente citado, manifestou-se o embargado, reconhecendo a procedência do pedido formulado nos embargos. Todavia, assinalou que o bem pertencente aos embargantes restou constrictado porque eles foram extremamente negligentes ao deixar de levar a registro o contrato de compromisso de compra e venda que celebraram com a empresa executada.

Afirmando não ter sido o culpado pela penhora equivocada do bem, arrematou pleiteando que cada parte arcasse com os honorários de seu advogado, ficando os embargantes responsáveis pelas custas processuais da demanda.

Impugnada a peça contestatória, o Magistrado a quo julgou procedentes os embargos ajuizados, com

fulcro no art. 269, inciso II, do CPC, condenando o embargado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no importe de 10% sobre o valor da causa.

Insatisfeito com a prestação jurisdicional entregue, o embargado interpôs, a tempo e modo, recurso de apelação, objetivando excluir a condenação das custas processuais e honorários advocatícios que lhe foi imposta.

Rebatido o apelo, ascenderam os autos a esta Superior Instância.

II — Voto

O apelo interposto merece prosperar.

O Magistrado, ao determinar a responsabilidade pelas despesas do processo, não pode aplicar o princípio da sucumbência (art. 20, caput, do CPC) de forma cega, atendo-se apenas a verificar qual dos contendores saiu como “vencedor” na demanda. Deve, sim, proceder a uma indagação mais criteriosa e penetrante das razões dos litigantes, investigando qual deles foi o verdadeiro causador da movimentação da máquina judiciária, pois, agindo dessa forma, estará observando um princípio maior, qual seja, o princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo ou ao incidente processual deve arcar com as despesas daí decorrentes.

In casu, não é preciso muito esforço para perceber que os próprios apelados foram os verdadeiros causadores da indevida constrição judicial

que desencadeou os embargos em foco.

Consoante se infere do conjunto probatório, em 1989, os recorridos celebraram contrato de compromisso de compra e venda com a empresa Frontal Engenharia e Comércio Ltda., objetivando adquirir o apartamento C-01, de cobertura, localizado no Edifício Mar das Antilhas, em Laguna, imóvel este que, na época, encontrava-se livre de qualquer ônus. Contudo, deixaram de levar a registro o aludido pacto.

Todas as prestações referentes ao preço do imóvel foram pagas pontualmente, o que conferiu aos recorridos o direito de requerer a escrituração da compra e venda efetuada.

Mostrando total descaso quanto às formalidades necessárias para conferir publicidade à aquisição do imóvel, os apelados não se preocuparam em providenciar o registro do compromisso de compra e venda, e formalizar a transferência da propriedade do bem.

Em data de 24 de abril de 1995, então, o imóvel acabou sendo alvo de penhora, nos autos da ação de execução movida pelo apelante em face da empresa Frontal Engenharia e Comércio Ltda.

Ora, se a escritura pública tivesse sido lavrada e registrada em cartório, fazendo constar o nome dos apelados como legítimos proprietários do imóvel, certamente a penhora não teria sido efetuada. Todavia, como tal providência não foi tomada, a empresa Frontal Engenharia e Comércio Ltda. continuou figurando na matrícula do imóvel como sendo proprietária, o

que abriu espaço para toda confusão retratada nos autos.

Por mais que os apelados tentem justificar sua inércia, alegando que a escrituração não foi levada a efeito pelo fato de estarem enfrentando um processo de divórcio, tal circunstância não tem o condão de isentá-los de culpa. Ora, a pendência de um processo de dissolução do vínculo matrimonial nunca constituiu óbice para a lavratura de uma escritura de compra e venda. Ao que tudo indica, os apelados procuraram atrasar ao máximo o registro da transação efetuada a fim de esperar a homologação da partilha dos bens do casal. Assim, evitariam repetir os gastos com os emolumentos e encargos que são cobrados pelos tabelionatos e cartórios de registro de imóveis.

Considerando, então, que a constrição ocorreu exclusivamente pela desídia dos apelados, os quais não providenciaram o registro da alienação, não se justifica a condenação do credor recorrente nos ônus da sucumbência referente aos embargos ajuizados.

Na hipótese vertente, o bom senso determina que o princípio da sucumbência ceda espaço para o princípio da causalidade, de modo que o apelante não tenha de arcar com as despesas processuais de um litígio que não causou.

Esta é a opinião de Yussef Said Cahali:

“A regra da sucumbência tem sido, por vezes, aqui levada às suas conseqüências extremas, no pressuposto natural de que o embargado é que terá dado causa aos embargos, arcando assim com os honorários ad-

vocatícios do embargante vencedor, em termos de responsabilidade objetiva, sem qualquer indagação da culpa ou equívoco.

“Mas, não se pode desconhecer que os encargos do processo, na sistemática do direito brasileiro, são informados pelo princípio da causalidade, da qual a regra da sucumbência representa mera aplicação prática (...)

“(...) sobrepondo-se o princípio da causalidade à regra da sucumbência, permite-se, sem necessidade de apelo a postulados metajurídicos, e sem embargo de respeitáveis opiniões contrárias, isentar o embargado dos encargos advocatícios, se evidenciado que a constrição do bem reconhecido como sendo de terceiro deveu-se a fato não imputável ao credor exequente.

(...)

“Na realidade, o princípio da causalidade, e sua adequada aplicação em sede de embargos de terceiro, assume particular relevância na hipótese de embargos de terceiro oferecidos pelo compromissário comprador de imóvel, com título não registrado, e que tenha sido penhorado na execução contra o alienante.

“(...) se a penhora somente ocorreu porque o compromissário comprador não procedeu ao respectivo registro imobiliário, fazendo com que o exequente fosse levado a equívoco ao requerê-la com base no registro imobiliário ainda em nome do devedor executado, nada justifica seja o embargante beneficiado com honorários em razão de uma lide a que ele próprio deu causa” (Honorários Advocatícios, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, págs. 983 e seguintes).

Prestigiando o escólio do Professor Yussef Said Cahali, o Superior Tribunal de Justiça assim já se manifestou:

“Processo civil. Embargos de terceiro. Sucumbência. Princípio da causalidade. Ausência de culpa do credor na penhora. Verba honorária indevida. Precedentes. Doutrina. Recurso provido.

“I — Sem embargo do princípio da sucumbência, adotado pelo Código de Processo Civil vigente, é de atentar-se para outro princípio, o da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo, ou ao incidente processual, deve arcar com os encargos daí decorrentes.

“II — Tratando-se de embargos de terceiro, imprescindível que se averigüe, na fixação dos honorários, quem deu causa à constrição indevida.

“III — O credor não pode ser responsabilizado pelos ônus sucumbenciais por ter indicado à penhora imóvel registrado no Cartório de Imóveis em nome dos devedores mas prometidos à venda aos terceiros-embargantes. A inércia dos embargantes compradores, em não providenciar o registro de compromisso de compra e venda, deu causa à penhora indevida” (STJ — 4ª T. — REsp n. 264.930/PR — rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — publicado no DJU de 16/10/2000).

No mesmo sentido:

“Embargos de terceiro. Sucumbência.

“Se os lotes indicados a penhora achavam-se inscritos no registro de imóveis em nome da empresa executada, não dando o embargado, pois, causa de modo objetivamente injurídico aos embargos, devendo-se antes a constrição a desídia do embargante, que não diligenciou a transcrição dos títulos, não lhe podem ser impostos os ônus sucumbenciais. A justificativa do princípio da sucumbência está na causalidade” (STJ — 3ª T. — REsp n. 70.401/RS — rel. Min. Costa Leite — in RSTJ 76/300).

Seguindo essa linha de entendimento é de se concluir que o reclamo recursal deve ser acolhido, para que a condenação imposta ao apelante, em custas processuais e honorários advocatícios, seja excluída.

III — Decisão

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso de apelação interposto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos.

Florianópolis, 5 de abril de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente com voto;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.016631-7, DE CRICIÚMA**Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta**

Execução. Embargos. Contrato de confissão de dívida garantida por penhor mercantil. Inocorrência de novação. Confirmação da obrigação primitiva representada por contrato de abertura de crédito em conta corrente. Falta de título executivo. Nulidade da execução.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.016631-7, da comarca de Criciúma, em que são apelantes Feltrin Indústria e Comércio de Tecidos e Confeções Ltda., Sérgio Feltrin e Antônio Natalício Cristóvão Lima, e apelado Banco Itaú S.A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas de lei.

I — Relatório

Feltrin Indústria e Comércio de Tecidos e Confeções Ltda., Sérgio Feltrin e Antônio Natalício Cristóvão Lima, irredignados com a sentença que inacolheu os embargos opostos à execução deflagrada por Banco Itaú S.A., interpuseram recurso de apelação sustentando que a discussão da dívida deve partir do início do Contrato de Abertura de Crédito em Conta Corrente — Girocomp A —, a fim de se apurar a legalidade do valor exequendo, pois teria havido um encadeamento de obrigações, sem ânimo de novar, conforme expresso no contrato exequendo. Sustentam que devem ser excluídas dos cálculos as taxas de juros acima de 12% ao ano, a capitali-

zação ilegal de juros, a TR e a TBF, aplicando-se como indexador o INPC, invertido o ônus da sucumbência.

Contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos a esta Corte.

II — Voto

A execução está embasada em “Contrato de Confissão de Dívida Garantida por Penhor Mercantil”, de cujo pacto exsurge, expressamente (cláusula 4), não se tratar de novação do débito, originário de saldo devedor em conta corrente, representando, assim, tão-somente a confirmação da obrigação primitiva, com alterações quanto ao prazo de pagamento e garantias.

Washington de Barros Monteiro, comentando o instituto da novação, ensina:

“...não há novação, quando à obrigação apenas se adicionam novas garantias, quando se concede moratória ao devedor, ou quando se lhe defere abatimento do preço, maiores facilidades de pagamento ou reforma do título”.

E prossegue:

“Em resumo: intenção de novar não se presume. Deve ser expressamente declarada pelas partes, ou resultar, de modo inequívoco, da natureza das obrigações inconciliáveis entre

si. Não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira (art. 1.000)" (Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, Saraiva, 1984, 4º vol., pág. 297).

Na mesma senda a lição de J.M. Carvalho Santos:

"O animus novandi é erigido em elemento decisivo para a novação. Não se presumindo, necessário se faz que seja expreso, ou pelo menos tácito, resultando dos termos da convenção, ou das circunstâncias de modo a tornar destacada a segunda obrigação da primeira" (Código Civil Brasileiro Interpretado, 6ª ed., Livraria Freitas Bastos, 1955, pág. 178).

Na hipótese em exame o ânimo de novar é expressamente excluído pelas partes, e, por conseguinte, a nova obrigação há que ser entendida como meramente confirmatória da anterior.

Daí a relevância do contrato originário na discussão da liquidez, certeza e exigibilidade do crédito que se busca satisfazer.

Assim, diante da ausência, e mais, da ineficácia executiva do contrato primitivo, de crédito rotativo em conta corrente, proclamada na Súmula 233 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula 14 desta Corte, impõe-se a extinção da execução.

A propósito o posicionamento harmônico dos eminentes desembargadores integrantes desta egrégia Quarta Câmara Civil:

"Embargos à execução. Execução fundada em confissão de dívidas de cédula de crédito comercial e contrato de abertura de crédito rotativo.

Ratificação expressa das cláusulas das obrigações precedentes. Inocorrência de novação. Confirmação das obrigações anteriores. Artigo 1.000 do Código Civil. Perda da autonomia da confissão de dívida. Impossibilidade de se executar contrato de crédito rotativo. Falta de título executivo. Extinção do processo. Litigância de má-fé afastada.

"Não há novação estribada em confissão de dívida que se limita a re-pactuar contrato anterior, mantendo ou ratificando cláusulas convencionadas originalmente.

"Ante a presença de cláusula contratual que ratifica as obrigações precedentes à confissão, sem que se vislumbre a intenção de extinguir aquelas, afasta-se por completo a ocorrência de novação. Por isso, a confissão há de ser entendida como confirmação das obrigações anteriores, à luz do artigo 1.000 do Código Civil, mantido intacto o liame obrigacional primitivo.

"Certificada a inexistência de novação, perece a autonomia da confissão de dívida fundada em contrato de crédito rotativo, ressurgindo a obrigação confessada. Não sendo ela representada por título executivo, nula é a execução, impondo-se a extinção do processo.

"Em todos os ordenamentos jurídicos tem-se consagrado o entendimento segundo o qual 'a situação emergente da ilicitude originária não desaparece com o reconhecimento da dívida'"(Pierangelo Catalano).

"Na análise da ocorrência de litigância de má-fé importa considerar que, em princípio, quem contende em juízo fá-lo de boa-fé. A praesumptio

juris tantum derrui unicamente quando indisfarçável o intuito obstativo ao regular desenvolvimento do processo” (Ap. Cív. n. 98.012653-3, de Sombrio, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 20/11/2000).

“Embargos à execução lastreada em ‘instrumento particular de contrato de abertura de crédito com reconhecimento e quitação de dívidas e outras avenças’ — Julgamento antecipado da lide — Cerceamento de defesa não demonstrado — Sentença bastante fundamentada — Nulidade afastada.

“Novação objetiva tácita — Inocorrência — Reconhecimento de débito e sua renegociação com o prolongamento do prazo para o pagamento — Obrigação originária que não se alterou na substância, na forma, ou no objeto — Imprescindibilidade para a instrução do feito da juntada dos documentos que deram origem à dívida.

“Ausência do contrato consolidado na confissão de dívida — Liquidez não evidenciada — Nota promissória que não goza de autonomia — Extinção do processo sem o julgamento do mérito — Inteligência do inc. I do art. 618 do CPC — Recurso desprovido.

“Em não havendo novação, torna-se imprescindível à instrução do feito a juntada dos documentos que originaram o débito, de modo a caracterizar a liquidez, a certeza e exigibilidade do quantum debeatur.

“Destarte, ausente o contrato consolidado na confissão de dívida, inviável se apresenta a execução diante da inegável falta de liquidez e certeza do título executado, visto que mister se faz a análise dos créditos re-

conhecidos para que não prevaleçam vícios desconhecidos” (Apelação Cível n. 98.015113-9, de Santa Cecília, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 21/12/2000).

“Execução — Cédula de crédito comercial — Embargos rejeitados — Renegociação, entretanto, de saldo devedor de contrato da mesma natureza — Novação não configurada — Configuração de renegociação objetivando o prolongamento do prazo antecedentemente convencionado, com a imposição de novos encargos — Imprescindibilidade da juntada dos contratos repactuados — Ausência dessa providência — Ilíquidez do título exequendo — Nulidade da executória — Proclamação — Apelo provido.

“Emitida a cédula de crédito exequenda para a finalidade exclusiva de liquidação de débitos pendentes e acessórios, novação não se configura, posto que estabelecida, apenas, a repactuação da dívida preexistente, com a dilargação do prazo de pagamento primitivamente avençado, mediante a imposição de novos acessórios sobre um saldo devedor que já traz computados os mesmos acessórios. Excluída a novação do débito, imprescindível ao êxito da execucional é a juntada dos documentos originários e dos quais decorrem o saldo devedor renegociado, vez que esses documentos é que caracterizarão a liquidez, a certeza e a exigibilidade do quantum debeatur.

“Ausente o contrato originário, inviabilizada resta a execucional, pela impossibilidade de exame dos créditos repactuados, exame esse essencial para que não preponderem os vícios desconhecidos e cláusulas abusivas e

ilegais que, acaso erradicados, refletiriam na expressão econômica da dívida, reduzindo-lhe o valor" (Ap. Cív. n. 98.006318-3, de Chapecó, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 22/3/2001).

E mais:

"Embargos do devedor. Instrumento particular de contrato de abertura de crédito, com reconhecimento e quitação de dívidas e outras avenças e nota promissória. Inocorrência de novação. Contrato que deu origem à dívida não apresentado pelo credor com a inicial da execução. Demonstrativo que não reflete a evolução do débito. Nulidade da execução. CPC, arts. 267, inc. IV, e 618, inc. I, do CPC. Recurso desprovido" (Ap. Cív. n. 99.022781-2, de Seara, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 19/4/2001).

Colhe-se do corpo do citado acórdão da lavra do Des. Pedro Manoel Abreu:

"...as instituições financeiras, sabedoras da impossibilidade da utilização da via executiva quanto aos contratos de crédito rotativo, passaram a garanti-los com títulos cambiais, tais como notas promissórias. Daí para frente surgiram execuções aparelhadas com o contrato e sua garantia, buscando revesti-lo com a liquidez e certeza de que reconhecidamente careciam.

"Os tribunais, atentos a essa manobra, proclamaram a perda da autonomia da nota promissória enlaçada ao contrato em estudo, consagrando que, se este for ilíquido, aquela também o será. Nesse passo:

'Perde a autonomia a nota promissória emitida como garantia do cumprimento da obrigação contida no contrato de abertura de crédito em conta

corrente, e se este não possui liquidez, aquela segue o mesmo destino'(TJSC, Ap. Cív. n. 99.000972-6, de Criciúma, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 15/6/1999).

"Agora, tem-se observado a execução de confissões de dívida provenientes de contratos de crédito rotativo, visando mais uma vez conferir-lhes liquidez e certeza de que não dispõem.

"Com maestria, Pierangelo Catalana esclarece que 'em todos os ordenamentos de Direito Civil a situação emergente da ilicitude originária não desaparece com o 'reconhecimento da dívida'. No ordenamento jurídico argentino o artigo 723 do Código Civil dispõe: 'Si el acto del reconocimiento agrava la prestación original, o la modifica en perjuicio del deudor, debe estarse simplemente al título primordial, si no hubiese una nueva y lícita causa de deber' (Princípios Gerais do Direito, Direito à Vida e Dívida Externa. Cidadania e Justiça. Rio de Janeiro, 1º semestre/2000).

"Como aponta o doutrinador supercitado, não se pode afastar da confissão os vícios presentes nos créditos reconhecidos, de modo que a carência de liquidez e certeza que repousavam sobre o contrato de crédito rotativo subsistem na escritura de confissão, o que a desqualifica como título executivo extrajudicial.

"O raciocínio que induz a esse entendimento é análogo ao que vem levando à retirada da autonomia das notas promissórias vinculadas a contratos de crédito rotativo".

Anote-se, outrossim, que in casu a nota promissória acostada foi emitida como garantia acessória do

cumprimento do contrato, não tendo, pois, autonomia.

Diante do exposto, impõe-se o provimento do recurso, e a extinção da execução, por nulidade ante a ausência de título executivo, nos termos do art. 618 do Código de Processo Civil.

Arca o exequente com as custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00, na forma do art. 20, § 4º, do CPC, observados os critérios do parágrafo precedente.

III — Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, a Câmara decide conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 7 de junho de 2001.

Trindade dos Santos,

Presidente com voto;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,

Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.024474-0, DE BLUMENAU

Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Contrato de arrendamento mercantil. Indexação vinculada à variação cambial do dólar. Alta significativa da moeda estrangeira ante o real. Onerosidade excessiva. Revisão autorizada pelo art. 6º do Código de Defesa do Consumidor. Substituição do critério de reajuste das prestações. Aplicação do INPC. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.024474-0, da comarca de Blumenau, em que é apelante Jair Cipriani e apelada BCN Leasing Arrendamento Mercantil S.A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, à unanimidade, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Jair Cipriani, irressignado com a sentença que deu pela improce-

dência da ação revisional de contrato deflagrada contra BCN Leasing Arrendamento Mercantil S.A., interpôs recurso de apelação sustentando a incidência da teoria da onerosidade excessiva, agasalhada pelo Código de Defesa do Consumidor, em contratos de leasing com previsão de reajuste das prestações pela variação do dólar, em face da elevação súbita da moeda estrangeira, ocorrida em janeiro de 1999. Persegue a reforma do julgado para ver substituída a indexação pelo INPC, e, não sendo acolhida a tese invocada, requer a redução da condenação imposta a título de honorários advocatícios.

Contra-arrazoado o recurso ascenderam os autos a esta Instância.

II — Voto

O apelo merece prosperar.

Várias teorias, dentre elas a da imprevisão e a do rompimento da base do negócio jurídico, vêm dando suporte à revisão dos contratos, mitigando o princípio do *pacta sunt servanda*, incessantemente invocado pelas instituições financeiras.

Com o advento do Código Consumerista, aplicável à espécie, restou apontada dentre os direitos básicos do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais, ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Vê-se, pois, que a norma exige apenas a ocorrência de fato superveniente a acarretar excessiva onerosidade ao consumidor, prescindindo que seja imprevisível.

Na hipótese em exame o autor celebrou com a requerida contrato de arrendamento mercantil, tendo como índice de reajuste a variação do câmbio do dólar. Todavia, a inesperada e significativa alta de referida moeda ante o Real, havida em janeiro de 1999, constituiu fato superveniente, que tornou, de forma irrefutável, extremamente onerosa a cláusula contratual que estabelece o valor da contraprestação.

Discorrendo com proficiência sobre a questão, o Dr. Leonardo Roscoe Bessa, Promotor de Justiça do Distrito Federal, anotou:

“A mudança repentina na economia atingiu diretamente os consumidores que celebraram contratos de execução diferida com cláusula de reajuste vinculada à variação cambial do dólar norte-americano. Os advogados das instituições financeiras e, também, o senso comum proclamam: o contrato é lei entre as partes; o que foi pactuado deve ser cumprido. Não é bem assim. Aliás, historicamente, nunca foi.

“O Código de Hamurabi, de aproximadamente 2000 anos antes de Cristo, previa no artigo 48: ‘Se alguém tem um débito a juros e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de água não cresce o trigo no campo, ele não deverá, nesse ano, dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros esse ano’.

“Em Roma, nos seus treze séculos de história, existia previsão de alteração do conteúdo dos contratos, caso houvesse modificação das condições iniciais que estimularam o acordo.

“Na Idade Média houve uma intensa preocupação com a denominada lesão nos contratos, especialmente com a usura.

“Somente após a Revolução Francesa, que exaltou o individualismo e a liberdade quase absoluta, foi que a possibilidade de revisão contratual foi deixada de lado por alguns anos. O homem, sendo livre e igual, poderia, manifestando sua vontade, contrair obrigações perante terceiros. Por algum tempo não se falou mais na cláusula *rebus sic stantibus*. O Código Civil francês de 1804 explicitou: ‘O contrato é lei entre as partes’.

“O *pacta sunt servanda* tornou-se verdadeiro dogma. Mas nem mesmo no século XIX acreditava-se piamente que o contrato tinha uma força cogente e absoluta. Se o acordo fosse celebrado sob algum vício de consentimento, poderia ser invalidado. Também negavam-se efeitos ao contrato com objeto ilícito, violador de norma de ordem pública. Mas, especialmente após as duas grandes guerras deste século, os juristas e legisladores voltam a atenção ao conteúdo do contrato. Percebe-se que a igualdade entre os homens, declarada pela Revolução Francesa, era apenas formal. A desigualdade econômica, cada vez mais contundente, permitia abusos contratuais. Havia, de regra, imposição das cláusulas que privilegiavam uma das partes. Novas técnicas de contratação surgiram, onde a vontade passa a mero elemento formal. Destaca-se, no contexto, o contrato de adesão: uma das partes — economicamente mais forte — elabora o contrato, cabendo à outra simplesmente aderir ou não às disposições preestabelecidas, sem qualquer possibilidade de discussão do seu conteúdo.

“Renasce, no início do século, a possibilidade de revisão dos contratos. Diversos países europeus promulgam leis com referência expressa à ‘teoria da imprevisão’. A resolução ou revisão dos contratos passaria a ser prevista em caso de agravamento imprevisto e exagerado para uma das partes.

“No âmbito desse movimento de dirigismo contratual, atenção diferenciada foi conferida aos contratos em que uma das partes é naturalmen-

te vulnerável, como o empregado, nas relações trabalhistas, e o consumidor, nas relações de consumo.

“Especialmente na década de 70, vários países do mundo ocidental, preocupados com a vulnerabilidade do consumidor, promulgam leis visando à sua proteção contratual: Suécia (1971), Dinamarca e Venezuela (1974), Alemanha e México (1976), Inglaterra (1977), França (1978), Áustria (1979), Irlanda (1980), Luxemburgo (1984), Espanha (1984) e Portugal (1985).

“O Brasil, na mesma linha, edita, em 1990, a Lei n. 8.078 que, em seu art. 6º, V, expressamente prevê, como direito básico do consumidor, a possibilidade de revisão do conteúdo dos contratos em razão de fatos supervenientes que os tornem excessivamente onerosos. Ressalte-se que não é requisito para a revisão contratual a imprevisibilidade do fato novo, ensejador da vantagem exagerada. Basta que haja uma onerosidade excessiva para o consumidor.

“Os contratos de leasing de veículos com reajuste da prestação vinculado ao dólar constituem-se, atualmente, situação que ilustra fielmente a onerosidade excessiva do contrato. Em janeiro, o dólar valorizou-se em aproximadamente 70% (setenta por cento) frente ao real, enquanto ainda se convive com inflação mensal próxima de zero.

“No Brasil inteiro, o Judiciário tem concedido, em ações individuais e coletivas, liminares impondo a substituição do reajuste pelo dólar por índice que reflita a taxa inflacionária.

“Entre as discussões que o tema tem gerado, além da afirmação

simplista e apressada de que o reajuste pelo dólar estava previsto contratualmente e, portanto, deve ser seguido, ouve-se outro argumento falho. As empresas captaram recursos no exterior para aquisição dos veículos arrendados. Possuem, portanto, obrigações em dólar, sendo injusto impor-lhes o ônus decorrente da desvalorização do real.

“Ora, a instituição que realmente contraiu empréstimo no exterior fez por conta e risco próprios, intencionando pagar juros próprios do que obteria no país. Com assessorias jurídicas muito bem estruturadas conheciam, ou deveriam conhecer, o art. 6º, V, da Lei n. 8.078/90, que consagra a possibilidade de revisão do contrato em favor do consumidor, caso este se torne excessivamente oneroso. Se, mesmo conhecendo esta circunstância específica da lei de proteção do consumidor, o empresário optou pelo dólar, eventual prejuízo será resultado do risco da atividade empresarial.

“Antes de assumir o empréstimo, a empresa já sabia desta opção do legislador em proteger a parte mais fraca no contrato. A lógica jurídica é clara. O consumidor é destinatário final do produto. Adquire o bem por necessidade. A empresa fez a opção pelo dólar como estratégia empresarial para aumentar seus lucros. Ao contrário do dito popular, juridicamente, ‘a corda deve arrebentar do lado do mais forte’ (Os Contratos em Dólar e a sua Revisão, in site .neofito.com.br.).

Ademais, a alta do dólar nem sequer era esperada. A propalada “âncora cambial” era considerada essencial à estabilidade do Plano Real,

sustentáculo da campanha de reeleição do Presidente da República.

E, ainda, há que se atentar à boa-fé que devem as partes guardar quando da celebração do ajuste. Em se tratando de contratos de adesão, como o de arrendamento mercantil, em que o aderente não pode modificar o seu conteúdo, ao menos substancialmente, torna-se relevante a boa-fé para limitação dos abusos exercidos pela parte economicamente mais forte.

Renato Ventura Ribeiro, tratando do princípio da boa-fé e dos vícios de consentimento nos contratos de leasing com indexação das prestações pela variação cambial, admite a ocorrência de erro, e até mesmo dolo das arrendadoras, visto que não apenas deveriam ter conhecimento do problema cambial, como também sabiam da falta de conhecimento do assunto pelos arrendatários (in Crise Cambial e Revisão Judicial dos Contratos de Leasing Indexados em Moeda Estrangeira: Breve Contribuição ao Debate, pub. in RT 766/29-63).

O Des. César Abreu, em despacho proferido nos autos do AI n. 99.002422-9, observou:

“Na verdade o aumento abrupto do valor do dólar norte-americano, em proporções inusitadas, revela, se não imperícia das autoridades monetárias, ao menos caprichosa disposição de manter uma estabilidade monetária inconsistente que, induzindo em erro o povo, comprometeu-lhe, por notória desinformação, a capacidade de bem avaliar as circunstâncias de fato por que passa o País, levando-o à assunção de obrigações extremamente ruins, cuja eficácia pode e deve ser examinada à luz dos princípios que in-

formam os vícios de vontade (Código Civil, arts. 86 e 87).

“Afinal o Banco, que contratou com o cliente, em razão de ofício tinha tudo para conhecer a situação do País. E se não conhecia tinha tudo para descobrir se agisse com normal diligência, razão por que não pode assistir-lhe a proteção do ordenamento jurídico. É isso que ensina Silvío Rodrigues (Enciclopédia Saraiva, 32/474, in Erro Conhecido ou Reconhecível pelo outro Contratante).

“A mídia, aliás, orientada pela política governamental, não proclamava aos ‘quatro ventos’ a estabilidade do real? Vê-se, agora, examinada a legislação que passou a admitir, implicitamente, a possível perda do poder aquisitivo da moeda (Lei n. 8.880/94, MP n. 1750-47/99), que o Governo, inseguro, senão informado mesmo, manteve o povo em erro, indiferente — e insensível — aos efeitos desastrosos nos atos da vida do homem comum.

“É certo, por outro lado, que partes na relação contratual da natureza questionada (banco x cliente), por princípio, não se equivalem. Enquanto o primeiro dispõe de todas as informações capazes de influir no contrato, o outro, a este aderindo, pouco ou nada sabe. A equação financeira, portanto, fica comprometida, devendo o direito, para ser igualitário, tratar desigualmente as partes”.

Outrossim há que se ter em mente o que dispõe o art. 6º da Lei n. 8.880/94, in verbis:

“É nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e

nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no país, com base em captação de recursos provenientes do exterior”.

Assim, a validade dos reajustes atrelados à variação cambial condiciona-se à prova da existência de captação de recursos provenientes do exterior, esta a cargo da arrendante.

No nosso egrégio Tribunal diversos são os precedentes admitindo a incidência da teoria da onerosidade excessiva em casos como o dos autos, e a substituição do índice de correção, da variação cambial para o INPC.

Da lavra do Des. Pedro Manoel Abreu:

“Arrendamento mercantil. Contrato em dólar. Teoria da base do negócio jurídico. Ruptura do equilíbrio contratual. Direito ao reajuste das prestações pelo INPC. Exegese do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

“Segundo a teoria da base do negócio jurídico, se a discrepância entre as condições existentes quando da contratação e a situação no momento da execução for grande o suficiente para romper o equilíbrio contratual quebrada estará a base do negócio jurídico, a justificar a adequação do contrato à nova realidade.

“É secundária a discussão em torno da previsibilidade da flutuação cambial, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor expressamente estabelece o direito à revisão da avença atingida por eventos supervenientes que tenham rompido a comutatividade, não exigindo fossem imprevisíveis,

tampouco extraordinários (art. 6º, CDC).

“A validade da cláusula dólar é condicionada à prova, a cargo do arrendante, da captação de recursos no exterior; da utilização destes recursos para a aquisição do bem arrendado; e da não-quitação do débito junto ao credor estrangeiro” (AI n. 99.003257-4, de Abelardo Luz, pub. in DJ de 27/11/2000).

Na mesma senda o acórdão do Des. Silveira Lenzi:

“Ação revisional de contrato bancário. A revisão judicial dos contratos decorre da política de proteção ao consumidor, que relativizou a autonomia da vontade e o princípio do *pacta sunt servanda*, objetivando assegurar a supremacia da ordem pública, preservar o equilíbrio contratual e a realização do bem comum.

“Arrendamento mercantil. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Possibilidade. Banco. Fornecedor. Prestação de serviços de natureza bancária, financeira e creditícia. Inteligência do art. 3º, caput, e § 2º, da Lei n. 8.078/90.

“As atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras incluem-se no conceito legal de serviços, previsto no Código de Defesa do Consumidor, sendo-lhes aplicável a legislação pertinente.

“O contrato de leasing, regulado como arrendamento mercantil, está sendo utilizado como contrato de consumo simples de pessoas físicas, especialmente no caso do leasing de computadores, leasing de eletrodomésticos e, especialmente, leasing de automóveis” (Cláudia Lima Marques).

“Contrato atrelado à variação cambial. Brusca alteração da política econômica. Fato superveniente. Modificação de cláusula onerosamente excessiva. Substituição do critério de reajuste das prestações. Aplicação do INPC.

“A desvalorização do Real, em relação ao Dólar norte-americano, decorrente da drástica mudança da política cambial, onerou excessivamente as contraprestações dos contratos de arrendamento contendo cláusulas vinculadas a essa moeda, caracterizando-se como fato superveniente, implicando num desequilíbrio manifesto das relações contratuais.

“Recurso desprovido” (Ap. Cív. n. 99.021900-3, da Capital, j. 28/3/2000).

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso para substituir, no contrato de leasing celebrado entre as partes, a partir de dezembro de 1998, a correção das prestações, previstas pela variação cambial do dólar, para o índice do INPC, invertidos os ônus sucumbenciais.

III — Decisão

Ante o exposto, à unanimidade, dá-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos.

Florianópolis, 19 de abril de 2001.

Pedro Manoel Abreu,

Presidente com voto;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,

Relatora.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.003180-2, DE BLUMENAU

Relator: Des. João Martins

Agravo de instrumento — Ação civil pública — Arrendamento mercantil — Contratos de adesão — Direitos individuais homogêneos — Ministério Público — Legitimidade ativa ad causam.

A prática comercial determinou a celebração dos contratos de arrendamento mercantil mediante contratos de adesão. Com o advento do Plano Real, o valor da moeda nacional praticamente equiparou-se ao valor do dólar, atravessando um longo período sem oscilações. Tal fato contribuiu para a difusão, em larga escala, de contratos de leasing nos quais se ajustava como fator de correção o valor da moeda norte-americana. A súbita desvalorização do real acabou por afetar uma infinidade de contratos celebrados, atingindo uma série de direitos individuais, que na linguagem do art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor, recebem a denominação de homogêneos, porquanto decorrentes de origem comum. Por essa razão, está o órgão do Ministério Público legitimado a propor ação civil pública para a defesa de tais interesses coletivos.

Prestações — Reajustamento de acordo com a variação do dólar americano — Legalidade — Teoria da imprevisão — Inaplicabilidade — Recurso provido.

“Não se reveste da indispensável verossimilhança pedido de revisão de contrato de leasing calcado no fato da desvalorização do

real em relação ao dólar, não só porque era previsível, mas também porque inexistente prova de ter resultado em injusta vantagem ao arrendador” (AI n. 99.009539-8, rel. Des. Newton Trisotto).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.003180-2, da comarca de Blumenau, em que é agravante Volkswagen Serviços S.A., e agravado o representante do Ministério Público:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Volkswagen Serviços S.A., qualificada nos autos, contra decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Blumenau que, nos autos de ação civil pública movida pelo representante do Ministério Público contra a agravante e outros, concedeu liminar para autorizar os consumidores daquela comarca, que firmaram contratos de arrendamento mercantil corrigidos em dólar, a adotar como base o valor da prestação vencida em dezembro de 1998 no pagamento das prestações com vencimento a partir de janeiro de 1999, tudo corrigido monetariamente pelo INPC. Determinou ainda às instituições requeridas que assim recebessem os pagamentos até o julgamento final da demanda, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Alegou a agravante que não realiza operações de leasing; que não se enquadra no conceito de fornecedora

expresso no art. 3º do CDC; que não houve e não há a contratação e o fornecimento de qualquer serviço pela Volkswagen Serviços àqueles que adquiriram veículos; que deve ser afastada, de plano, a incidência de qualquer disposição do CDC ao caso vertente; que a cláusula de variação cambial não é vedada por lei, no caso em espécie; que a variação cambial, nos contratos em tela, é adotada porque se trata de um repasse financeiro de recursos obtidos no exterior, que foram contratados pela concessionária em dólar, assumidos pelos compradores, e por estes deverão ser pagos com base na mesma moeda; que a opção pela celebração de contrato com cláusula de variação cambial é do comprador e não da concessionária; que não estão presentes quaisquer dos pressupostos de incidência da cláusula rebus sic stantibus; que não há mínima plausibilidade do direito invocado pelo agravado, muito menos prova inequívoca a fundamentar o convencimento do Juízo a quo quanto à verossimilhança do pedido; que contrariamente ao que pretende fazer crer o agravado, efetivamente não há qualquer possibilidade de dano irreparável, nem de que eventual direito postulado nessa ação não venha a realizar-se quando do provimento final de mérito, se favorável; que, prevalecendo a decisão, a Volkswagen Serviços suportará incontáveis prejuízos de difícil e incerta reparação; que é necessária a concessão de efeito suspensivo ao presente agravo, nos termos do disposto pelo art. 527, inciso

II, do CPC, para que sejam obstados os efeitos da decisão agravada até que decidida a questão por este egrégio Tribunal.

O pedido de efeito suspensivo postulado foi negado (fl. 162).

Apresentada resposta, foi aberta vista à Procuradoria-Geral de Justiça, que em parecer da lavra do Procurador de Justiça Rui Arno Richter opinou pelo não provimento do recurso.

II — Voto

1. A ação civil pública originária do presente reclamo foi ajuizada contra outras 31 (trinta e uma) instituições financeiras, objetivando proteger os interesses difusos e coletivos dos consumidores que firmaram contratos de arrendamento mercantil, na modalidade de leasing, em que foi estipulado como fator de correção das prestações o dólar norte-americano, em face da repentina valorização daquela moeda em relação ao real, ante a liberação do câmbio pelo Governo Federal.

Da decisão interlocutória prolatada naqueles autos, foram interpostos 22 (vinte e dois) agravos de instrumento pelas diversas partes que compõem a ação civil pública.

Em consulta à base de acórdãos desta Corte, constata-se que em pelo menos 12 (doze) daqueles recursos a Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, reconheceu a ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público para a propositura da ação civil, sob o fundamento de que o feito originário versa sobre direitos individuais disponíveis, não estando presente qualquer interesse coletivo que

pudesse legitimar a intervenção do órgão ministerial.

Com efeito, aqueles agravos, da relatoria do eminente Des. Torres Marques, estão assim ementados:

“Agravo de instrumento — Arrendamento mercantil — Leasing — Ação civil pública — Ministério Público — Ilegitimidade ativa — Direitos individuais disponíveis — Interesse coletivo inexistente — Extinção do processo.

‘1. Se a ‘defesa de um interesse, ainda que apenas coletivo ou individual homogêneo, convier direta ou indiretamente à coletividade como um todo, não se há de recusar o Ministério Público de assumir sua tutela. Quando, porém, se tratar da defesa dos interesses coletivos ou individuais homogêneos, de pequenos grupos, sem características de indisponibilidade nem suficiente abrangência social, pode não se justificar a iniciativa do Ministério Público. Por fim, na defesa de interesses estritamente individuais, de consumidores, raramente se justificará a iniciativa da instituição’ (Hugo N. Mazzilli). Outra conclusão equivaleria a ‘transformar o Ministério Público em defensor de interesses individuais disponíveis, quando sua atribuição institucional é mais relevante’ (Kazuo Watanabe).

‘Não interessa à ‘coletividade como um todo’ a demanda aforada em defesa dos que celebraram contrato de arrendamento mercantil com cláusula de reajuste das prestações de acordo com a variação do dólar.

‘2. ‘Não tem o Ministério Público legitimidade ativa para propor ação civil pública para defesa de interesses individuais plúrimos, que não se confundem com interesses coletivos’

(REsp n. 59.164, Min. César Asfor Rocha), definidos, no Código de Defesa do Consumidor, como 'os transindividuais de natureza indivisível' (art. 81, II) (Agravo de Instrumento n. 99.002426-1, da Capital, relator Des. Newton Trisotto)" (Agravos de Instrumento ns. 99.001999-3, 99.002638-8, 99.002687-6, 99.002913-1, 99.003059-8, 99.003282-5, 99.003286-8...).

Com a devida vênia, divirjo desse entendimento.

A modernização dos sistemas de produção e distribuição dos bens de consumo, hoje praticados em altíssima escala, contribuiu para a difusão dos chamados contratos de adesão, espécie de contrato padrão em que o fornecedor de produtos ou serviços estabelece, de forma unilateral, as condições do contrato, sem que haja qualquer discussão com o outro contratante em torno das cláusulas inseridas no instrumento.

A prática comercial determinou a celebração dos contratos de arrendamento mercantil pela espécie contratual acima referida. Com o advento do Plano Real, o valor da moeda nacional praticamente equiparou-se ao valor da moeda norte-americana, atravessando um longo período sem oscilações. Tal fato contribuiu para a difusão, em larga escala, dos contratos de leasing nos quais se ajustava como fator de correção o valor da moeda norte-americana. A súbita desvalorização do real acabou por atingir uma infinidade de compromissos celebrados.

Assim, no caso presente, está-se lidando com interesses individuais homogêneos, que na linguagem

do art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor, devem ser entendidos como os decorrentes de origem comum, que, no caso em apreço, advêm da celebração de contratos de arrendamento mercantil com cláusulas de reajuste em dólar. Por essa razão, está o órgão do Ministério Público legitimado a propor ação civil pública para a defesa de tais interesses coletivos.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

"Como já assinalado anteriormente (REsp n. 34.155—MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

"Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica.

"Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo" (REsp 105215/DF, DJU 18/8/1997, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

"O Ministério Público possui legitimidade para promover ação civil pública tendo por objeto cláusulas de

contratos bancários de adesão” (REsp 175645/RS, DJU 30/4/2001, Min. Ruy Rosado de Aguiar).

2. Alegou a agravante que “as transações sob exame não foram realizadas pela Volkswagen Serviços, mas sim entre concessionárias autorizadas da mesma marca ‘Volkswagen’ e seus clientes. A Volkswagen figura no contrato como interveniente, na qualidade de agente cobradora e garantidora, das concessionárias, do pagamento das prestações da dívida diretamente à instituição financeira repassadora de empréstimo externo”.

Improcedente essa alegação, haja vista que na cláusula 8 do contrato ficou estabelecido que “perante a vendedora, a interveniente (Volkswagen Serviços S.A.) obriga-se, em caráter irrevogável e irretratável, a pagar cada uma das prestações da dívida diretamente à instituição financeira repassadora do empréstimo externo, ainda que o comprador não o faça. Desse modo, fica a interveniente (Volkswagen Serviços S.A.) sub-rogada em todos os direitos e garantias do contrato”.

Dispõe o art. 988 do Código Civil que a sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

Doutrina Sílvio Rodrigues:

“Como o pagamento puro e simples, extinguindo a dívida, extingue os acessórios, a sub-rogação representa enorme vantagem, pois transfere ao sub-rogado esses mesmos acessórios, sem haver mister de constituí-lo de novo, pois é a própria relação jurídica original, em sua inte-

gralidade, que lhe é transmitida” (Direito Civil, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1976, pág. 190, vol. 2).

Ora, ao sub-rogar-se aos direitos e garantias do contrato, a agravante passou a figurar como principal credora ante os consumidores, razão pela qual é parte legítima a figurar no pólo passivo da relação processual.

3. Também não há afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no caso em tela, pois a Volkswagen Serviços S.A. enquadra-se perfeitamente no conceito de fornecedora contido no art. 3º do referido diploma legal, porquanto aquele dispositivo abrange expressamente a atividade de prestação de serviços no conceito de fornecedor, máxime a ocorrência de sub-rogação relativamente aos créditos contratuais.

Ademais, no que tange ao instrumento contratual, o Superior Tribunal de Justiça já assentou que “o Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos contratos de arrendamento mercantil” (REsp n. 248424/RS, DJU 5/2/2001, Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

4. Quanto à possibilidade de contratação em moeda estrangeira, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça vem admitindo essa modalidade, desde que o pagamento seja realizado pela conversão em moeda nacional. Aquele sodalício adverte, no entanto, que a Lei n. 8.880/94, art. 6º, comanda a nulidade de pleno direito da contratação de reajuste vinculado à variação cambial, salvo quando expressamente autorizado por lei federal e no arrendamento mercantil celebrado entre pessoas residentes e domiciliadas no país, com base em captação de recursos provenientes do exterior

(REsp n. 194629/SP, DJU 22/5/2000, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

Por sua vez, a Quarta Turma daquela corte, em posição diametralmente oposta, não admite a estipulação de cláusula de reajuste do débito pela paridade com o dólar norte-americano, porquanto o art. 38 da Resolução n. 980/84 do Banco Central extravasa o permissivo do inciso V do art. 2º do Decreto-Lei n. 857/69, contrariando, assim, o disposto no art. 1º do aludido decreto-lei, que veda a estipulação, em contratos exequíveis no Brasil, de pagamento em moeda estrangeira, a tanto equivalendo calcular a dívida com indexação ao dólar, e não ao índice oficial previsto na Lei n. 6.423/77 (REsp n. 1641/RJ, DJU 22/4/1991, Min. Athos Carneiro).

Este relator filia-se à primeira corrente (AI n. 00.008754-8, de Tubarão), sendo que a verificação da captação de recursos no exterior deve ser realizada no transcorrer da ação civil.

O ponto fundamental da lide reside na aplicação ou não da teoria de imprevisão ao caso em apreço.

Orlando Gomes, citando Caio Mário da Silva Pereira, enfatiza:

“Admitindo-se que os contratantes, ao celebrarem a avença, tiveram em vista o ambiente econômico contemporâneo, e previram razoavelmente para o futuro, o contrato tem de ser cumprido, ainda que não proporcione às partes o benefício esperado. Mas, se tiver ocorrido modificação profunda nas condições objetivas coetâneas da execução, em relação às envolventes da celebração, imprevisíveis em tal momento, e geradoras de onerosidade excessiva para um dos

contratantes, ao mesmo passo que para o outro proporciona lucro desarrazoado, cabe ao prejudicado insurgir-se e recusar a prestação. Não o justifica uma apreciação subjetiva do desequilíbrio das prestações, porém a ocorrência de um acontecimento extraordinário, que tenha operado a mutação do ambiente objetivo, em tais termos que o cumprimento do contrato implique em si mesmo e por si só no enriquecimento de um e empobrecimento de outro. Para que se possa, sob fundamento na teoria da imprevisão, corrigir o contrato, é necessário ocorram requisitos de apuração certa: a) a vigência de um contrato de execução diferida ou sucessiva; b) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo no da celebração; c) onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para outro; d) imprevisibilidade daquela modificação” (Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pág. 41).

Ora, era perfeitamente previsível, em um país como o Brasil, repleto de políticas econômicas desastrosas nas últimas décadas, que o real pudesse sofrer desvalorização em relação ao dólar. Até porque a “crise cambial”, que obrigou diversos países a desvalorizar sua moeda, mostrava-se patente em nações equiparadas ao “grau de desenvolvimento” do Brasil, tal como ocorreu no México no final do ano de 1994, período em que o “Plano Real” dava seus primeiros passos.

Assim, não se deve acolher a tese da teoria da imprevisão nos casos como o em apreço.

Nesse sentido, colhem-se precedentes desta Corte:

“Agravado de instrumento — Arrendamento mercantil — Ação cautelar inominada — Reajuste das parcelas segundo a variação cambial do dólar americano — Pedido de liminar para efetuar o depósito reajustando as prestações com base no INPC — Indeferimento — Ausência dos requisitos essenciais autorizadores da aplicação da teoria da imprevisão — Contrato que vinculou o reajuste das parcelas à variação da moeda estrangeira — Validade” (Agravado de Instrumento n. 99.002422-9, da Capital, rel. Des. Torres Marques).

Ainda:

“Não se reveste da indispensável verossimilhança pedido de revisão de contrato de leasing calcado no fato da desvalorização do real em relação ao dólar, não só porque era previsível, mas também porque inexistente prova de ter resultado em injusta vantagem ao arrendador” (Agravado de Instrumento n. 99.009539-8, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto).

O Des. Trindade dos Santos, nos autos do AI n. 99.003941-2, de Rio do Sul, assim fundamentou:

“II — Teoria da Imprevisão

“Convocou-se aos autos, outrossim como forma de obtenção e também de concessão da tutela antecipatória combatida, a denominada ‘teoria da imprevisão’, justificando-a, no caso vertente, pela abrupta alta do dólar americano tida no limiar do ano em curso.

“Os tribunais pátrios, assim como a doutrina, registre-se, têm admitido a revisão dos contratos apenas

quando lhes sobrevêm fatores normalmente imprevisíveis.

“Entretanto, num país como o nosso, em que a política econômica dos governos sempre tem-se revelado desastrosa, somente revelando efeitos benéficos para a população no plano do abstrato, do conto de fadas, das histórias da carochinha e das manobras politiquieiras e eleitoreiras, a elevação do índice inflacionário ou, mesmo, a desvalorização da moeda pátria diante do dólar americano, não podem ser consideradas causas imprevisíveis a justificar a revisão do contrato.

(...)

“Mesmo porque, concedesse o Judiciário a aplicação da teoria da imprevisão em qualquer hipótese de crise financeira, liberando os devedores do cumprimento dos contratos que assumiram nos moldes em que foram estabelecidas as negociações, em situações como a destes autos, equivaleria a deixar-se os credores, sempre, à mercê das administrações governamentais que, ao balanço de seus desmandos econômicos e às más gestões financeiras, estariam justificando a todo momento as revisões contratuais, com reflexos negativos nas relações negociais livremente pactuadas.

(...)

“In specie, sobreleva notar que o devedor optou pela celebração do contrato de arrendamento mercantil com cláusula de reajustamento pela variação cambial, submetendo-se pois, por livre e espontânea vontade, ao risco de oscilação do valor da moeda norte-americana, risco esse inerente ao próprio contrato.

"Poder-se-á ponderar, lógico está, que a variação excepcional e abrupta do valor do dólar configura fato superveniente e que torna excessivamente onerosas as prestações ajustadas.

"Mas a equivalência de prestações nessa moeda acarreta riscos também ao credor e não apenas e exclusivamente ao devedor, que, enquanto não houve variação, auferiu substancial vantagem.

"Havida a variação para mais, ambas as partes estão sujeitas ao compromisso de pagar o equivalente na moeda estrangeira, sendo que, se essa variação fosse para menor, a credora estaria com o risco de, isoladamente, pagar as diferenças constatadas.

"Se a oscilação do valor do dólar americano, ainda que abrupta, acarretou ou não impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo devedor, é fato que somente pode ser verificado no decorrer da ação, quando se terá condições de apurar a real capacidade financeira da agravada e o comprometimento dessa capacidade em razão do contrato questionado, o que arreda, de pronto, a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão já no intróito da ação revisional aforada.

"Adicione-se a tudo o que foi dito que não há como se tachar de imprevisível um evento que já se encontrava concretamente previsto no próprio contrato celebrado, de cujos termos resulta que eventual aumento na cotação do dólar incidiria automaticamente no valor das prestações.

"E o devedor, ao firmar o pacto questionado, ficou ciente da respon-

sabilidade que estava contraindo, em se tratando de contrato comutativo e de execução continuada.

"Demais disso, durante todo o período decorrido da data da celebração contratual até aquela em que ocorreu a abrupta variação da cotação do dólar americano, jamais pôde ser possível afirmar-se que a moeda em questão permaneceria estável ou não; pelo menos, a credora não deu essa garantia à parte devedora, o que, de pronto, exclui a imprevisibilidade da ocorrência que, segundo a recorrida, ensejou a onerosidade do contrato.

"Ainda porque, acrescente-se, a alegada majoração excessiva das parcelas devidas pelo agravado, em razão do critério de correção contratualmente previsto, não dispensa a produção de prova inequívoca do enriquecimento indevido da parte credora, o que, no caso em epígrafe, inorcorreu.

"Não há, então, como se fazer incidir, na hipótese in judicio, a teoria da imprevisão, a fim de justificar a revisão de cláusulas pretendida pelo agravado e, mormente, para autorizar a tutela cautelar aqui combatida!"

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao presente recurso, suspendendo-se os efeitos da decisão recorrida.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Volnei Carlin. Pela douta Procurado-

ria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Rui Arno Richter.

Florianópolis, 7 de junho de 2001.

João Martins,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.000399-9, DA CAPITAL

Relator: Des. João Martins

Agravo de instrumento — Ação popular — Ato administrativo potencialmente danoso à sociedade de economia mista — Possibilidade de dano ao erário público — Concessão de liminar inaudita altera pars — Pressupostos satisfeitos — Recurso não provido.

“Se o Juiz, com base na prova documental que lhe foi apresentada, firma a convicção da existência do fumus boni juris e do periculum in mora e, com base em tais pressupostos, concede medida liminar em ação civil pública, deve ser prestigiada a sua posição, salvo se ficar demonstrada a existência de direito com características de liquidez e certeza para ilidi-la” (Juiz José Delgado — JSTJ e TRF — LEX 15/419).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.000399-9, da comarca da Capital, em que é agravante José Affonso da Silva Jardim e agravados Hélio Romito de Almeida e outros:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por José Affonso da Silva Jardim contra decisão prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital que, nos autos de ação popular movi-

da por Hélio Romito de Almeida e outros contra o agravante, deferiu a liminar para suspender os efeitos da Deliberação da Diretoria da Celesc n. 13/95, com o imediato retorno dos beneficiários daquele ato ao patamar salarial condizente com os seus cargos efetivos, conforme previsão no Plano de Cargos e Salários da Celesc.

Alegou, em preliminar, que não poderia o Dr. Juiz conceder a liminar sem antes conhecer a versão da parte contrária e que os agravantes estão sendo vítimas de perseguição política. No mérito, aduzem a inexistência do periculum in mora e do fumus boni juris para a concessão da liminar.

Indeferido o efeito suspensivo postulado (fls. 271/272), e ouvido o Estado de Santa Catarina, abriu-se vista dos autos à douta Procurado-

ria-Geral de Justiça, que, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, opinou pelo conhecimento e não provimento do reclamo.

É o relatório.

II — Voto

1. Primeiramente, esclareça-se, não há óbice à concessão de medida liminar em sede de ação popular, desde que verificada a presença dos requisitos necessários ao seu deferimento.

Nesse sentido, a Terceira Câmara Civil já decidiu:

“Ação popular. Concessão de liminar. Pressupostos satisfeitos. Decisão a quo mantida”.

Do corpo do aresto extrai-se:

“Ressalte-se que ‘Originariamente, a Lei n. 4.717/65 não previu a possibilidade de tutela liminar. Todavia, nos parece que sempre houve espaço para tal medida no processo da Ação Popular, já que no CPC de 1939, vigente ao tempo em que fora promulgada aquela lei, estavam previstas ‘as medidas preventivas’ hábeis a acautelar o interesse das partes’, quando v.g., ‘antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, permitida a concessão inaudita altera parte, quando, provável que realizada tal audiência, a medida se torne ineficaz’ (arts. 675 e inciso II e 683). E a própria Lei n. 4.717/65, em seu art. 22, manda aplicar subsidiariamente as regras do CPC, ‘naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação’ (Rodolfo de

Camargo Mancuso. Ação Popular. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., pág. 165)’.

“E ‘como todas as liminares, a supressão do ato lesivo impugnado possui nítido caráter cautelar’ (Galeno Lacerda. Comentários ao CPC, vol. VIII, t. I, Rio de Janeiro: Forense, pág. 71), cumprindo verificar se presentes o periculum in mora e o fumus boni juris, requisitos estes que entendeu o Dr. Juiz de Direito estarem satisfeitos.

“Não se desconhece que em sede de liminar, a cognição é provisória, incompleta. Portanto, o Magistrado atém-se a uma análise superficial, não se aprofundando exaustivamente na matéria, o que vai ocorrer na fase própria, quando do julgamento da ação popular” (AI n. 97.012617-4, de Cunha Porã, rel. Des. Vanderlei Romer).

Rejeita-se, por isso, esta preliminar.

2. Também alegaram os agravantes que estão sendo vítimas de perseguição política, uma vez que não foram eles os únicos beneficiários da Deliberação n. 13/95.

Tal arguição, no entanto, não tem qualquer relevância para o caso em apreço, a não ser o fato de servir de subsídio para a verificação da existência ou não de discrepância entre a vontade declarada nos atos atacados em sede de ação popular e da vontade real dos administradores públicos.

A discussão sobre a validade da Deliberação n. 13/95 não se encontra substancialmente afastada pelo debate político apresentado pelos agravantes, haja vista que, uma vez verificada a ilegalidade da medida, não é o reconhecimento de eventual

atitude premeditada dos autores no direcionamento passivo da ação que pode convalidar o ato a ponto de julgar prejudicada a lide.

Todavia, ante o disposto no art. 6º, caput, da Lei Federal n. 4.717/65, houve unanimidade durante o julgamento que, ao menos em tese, todos os beneficiários da agregação deveriam ser atingidos pela liminar concedida pelo Juiz a quo, razão pela qual caberá ao Magistrado de primeiro grau examinar a questão, sob o ponto de vista da extensão dos efeitos da liminar.

3. Dispõe o art. 1º da Lei n. 4.717/65, norma recepcionada pela CF/88 (art. 5º, LXXIII), que qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio de sociedades de economia mista.

Possui a Deliberação n. 13/95 o seguinte teor:

“A Diretoria Colegiada resolveu tornar sem efeito, imediatamente, o item 4 da Deliberação n. 86/94, de 30/3/94, exarado nestes termos: ‘4 — Estabelecer para os empregados que vierem a assumir cargo de Diretor, vantagem pecuniária, em rubrica à parte, sob a forma de adicional ‘vantagem Diretor empregado’ no valor equivalente a diferença entre seu salário fixo como empregado e o maior salário fixo de tabela praticado, respeitadas as situações hoje existentes. Como decorrência, volta a vigorar, em toda a sua plenitude, a Deliberação n. 220/82, no que respeita ao tratamento salarial dispensado aos empregados que galgam o cargo de Diretor da Celesc. Responsáveis: todos os Diretores”.

Por sua vez, a Deliberação n. 220/82 está assim redigida:

“1 — A Diretoria, atendendo proposição do Senhor Presidente, considerando a prática adotada na Empresa, de maneira crescente, relativamente à ascensão de empregados à condição de Diretor e, tendo presente ser indispensável à Celesc, em caráter contínuo, o princípio da isonomia salarial, resolveu: 1.1 — Assegurar aos empregados eleitos Diretores, que optarem por receber a respectiva remuneração, nos termos do parágrafo 3º, artigo 30, dos Estatutos Sociais, a terem seus méritos funcionais reconhecidos em grau máximo, passando a ser sempre posicionados na mais alta referência salarial, de modo que sua posição seja permanentemente compatibilizada com o mais alto nível na hierarquia dos salários existentes na empresa, assegurando, também, direito ao cômputo na remuneração da maior função gratificada exercida pela Empresa, quando no exercício de cargo de Diretoria. 1.2 — Estabelecer que, quando por força da opção prevista no item 1 desta Deliberação, os empregados Diretores passarem a ter vencimentos superiores aos fixados para a Diretoria, fica assegurado aos Diretores não empregados o direito de serem automaticamente nivelados. 1.3 — Estender aos ex-Diretores os procedimentos previstos nesta Deliberação, desde que atendidos os requisitos de: 3.1 — Terem sido eleitos Diretores, quando empregados da Empresa; 3.2 — Pertencerem, atualmente, ao quadro de funcionários da Celesc”.

Ora, numa análise perfunctória, infere-se que a Deliberação n. 13/95 ofende, no mínimo, o princípio da mo-

ralidade pública insculpido no art. 37, caput, da CF, porque, além de ter sido editada pelos próprios diretores beneficiários de seus efeitos, abre ensanchas a que um empregado da Celesc, galgado ao cargo de Diretor, incorpore definitivamente aos seus vencimentos a remuneração correspondente à nova função, ainda que tenha exercido a direção por meras 24 horas.

Nesse sentido já se pronunciou o egrégio Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina:

“A prática de majoração salarial ou de agregação, como queiram, adotada pela Celesc não tem amparo legal e contraria uma série de dispositivos legais e até mesmo constitucionais.

“(…)

“No caso da Celesc, o funcionário que se torna diretor passa imediatamente a perceber a remuneração mais elevada da companhia — superior aos honorários de diretor estabelecido pelo CPFS — ficando neste nível permanentemente, ainda que tenha exercido a direção por meras 24 horas, ou menos.

“Em relação ao exercício de 1995 descumpre a Celesc o estabelecido no art. 38, III e IV, e parágrafo único, da Lei Estadual n. 9.831/95, e que versa sobre as competências do CPFS, durante o exercício auditado, desconsideradas pela direção da companhia estadual.

“Como não há base legal a Celesc descumpre ainda o previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal, no que se refere à infringência do princípio da legalidade, podendo ainda ser enquadrado o ato da estatal como imoral.

“Por outro lado, infringe a Celesc o estabelecido no art. 52, § 3º, da Lei Estadual n. 9.831, de 17/2/95, além do art. 154, caput, e § 2º, alínea a, da Lei Federal n. 6.404, de 15/12/76.

“Por fim, ressalte-se que, a princípio, deve a diretoria da empresa suspender imediatamente os pagamentos elencados na seqüência, além de cancelar futuros benefícios correlatos” (AOR 0250306/68, ofício Tribunal de Contas/DCE n. 11.925/96).

Trata-se de ato, em princípio, potencialmente lesivo à entidade paraestatal e repriminador de prática vetusta incompatível com os modernos ditames do interesse público e social.

Ademais, os agravantes não demonstraram que a Deliberação n. 13 de 3/2/95 estava em consonância com a orientação do Conselho de Política Financeira regulado pela Lei n. 8.245/91, diploma vigente à época da deliberação questionada.

Naquele diploma, estabelecia o art. 30, III e IV:

“Art. 30 — Ao Conselho de Política Financeira, integrado pelos Secretários de Estado de Planejamento e Fazenda, seu Presidente, da Justiça e Administração, da Casa Civil e pelo Procurador-Geral do Estado, compete assessorar o Governador do Estado:

“(…)

“III — na fixação de normas e diretrizes destinadas a compatibilizar a questão administrativa, financeira, orçamentária, salarial e patrimonial das entidades da administração indireta com as políticas, planos e programas governamentais;

“IV — na definição da política salarial a ser observada pelas empre-

sas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias ou contratadas”.

Também não se olvide que o art. 152 da Lei das S.A. confere à assembléia-geral, e não à diretoria, a competência para fixar “o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação”.

Ora, há mais de uma década que o instituto da agregação foi abolido pela administração pública do Estado de Santa Catarina, sendo seu revigoreamento incompatível com as modernas políticas governamentais.

Apenas a título de ilustração, a Lei Complementar Estadual n. 36 de 18/4/91 — que não coincidentemente foi aprovada na mesma data que a mencionada Lei Estadual n. 8.245/91 — revogou o art. 90 da Lei Estadual n. 6.745/85, que dispunha sobre o instituto da agregação aos servidores públicos da administração direta do Estado de Santa Catarina. Desde então a matéria não voltou a ser deliberada legislativamente.

Assim, deveria o agravante ter demonstrado que a Deliberação n. 13/95 estava de acordo com os ditames do novel Conselho de Política Financeira do Estado, tal como determinado pelo art. 30, III e IV, da então vigente Lei Estadual n. 8.245/91, hoje revogada pela Lei Estadual n. 9.831/95, cujo art. 38, III e IV, contém dispositivo semelhante.

Pelo exposto, tem-se presente o *fumus boni juris*.

4. A presença do *periculum in mora*, está na dificuldade de a Celesc

reaver os valores pagos, se forem considerados indevidos, ou seja, na hipótese de ser julgada procedente a ação popular. Por outro lado, se ao final for esta julgada improcedente, possui a agravada patrimônio suficiente para responder pelos prejuízos sofridos pelos agravantes.

Ademais, em se tratando de liminar, o magistrado realiza apenas uma cognição sumária do objeto da ação, não se aprofundando exaustivamente na matéria, o que vai ocorrer somente quando do julgamento do mérito da ação popular. Da mesma forma, “a cassação de decisão concessiva de liminar só é admissível se efetivamente demonstrada a existência de direito hábil a elidi-la. Do contrário, impõe-se sua manutenção até a solução final do litígio” (AI n. 97.012617-4, de Cunha Porã, rel. Des. Vanderlei Romer).

Ante o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu e Sérgio Baasch Luz. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 24 de maio de 2001.

João Martins,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.002625-5, DA CAPITAL**Relator: Des. João Martins**

Agravo de instrumento — Liminar concedida em mandado de segurança — Impossibilidade.

“A feição do mandado de segurança, como remédio constitucional pronto e de efeito imediato, repele a utilização de recursos de configuração ordinária (a exemplo do agravo de instrumento), incompatíveis com seu curso célere e de eficácia instantânea” (REsp n. 195622/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.002625-5, da comarca da Capital, em que é agravante o Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Secretaria de Estado da Saúde e agravado o Laboratório de Pesquisas Clínicas e Bromatológicas Ltda.:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Secretaria de Estado da Saúde interpôs agravo de instrumento contra decisão da Juíza de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 2º Cartório da comarca da Capital, que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Laboratório de Pesquisas Clínicas e Bromatológicas Ltda., deferiu a liminar pleiteada a fim de suspender o processo licitatório instaurado para selecionar empresas especializadas na presta-

ção de serviços de exames de patologia.

Não houve pedido de efeito suspensivo.

A agravada apresentou contra-razões, seguindo-se parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

II — Voto

A jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça, em julgados recentes, entende não ser cabível o recurso de agravo de instrumento contra decisões proferidas em mandado de segurança, concedendo ou denegando a liminar pleiteada.

Isso porque, devido à especialidade e celeridade do procedimento mandamental, contra liminar em mandado de segurança são cabíveis apenas as medidas específicas previstas no sistema processual estabelecido pela Lei n. 1.533/51, não podendo ser admitidos recursos incompatíveis com o rito determinado.

Nesse sentido, pode-se citar:

“Processual civil — Decisão denegatória de liminar, em mandado de segurança — Agravo de instrumento — Impossibilidade.

— No processo de mandado de segurança não se admite agravo de instrumento.

— Jurisprudência da Primeira Turma do STJ (RMS ns. 5.247, 4.753 e 4.313).

— Nega-se provimento a apelo especial que pretende reformar aresto harmonizado com a jurisprudência do STJ” (REsp n. 280288/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, j. em 12/12/00, in DJU de 9/4/01).

Ainda:

“Recurso especial. Processual civil. Mandado de segurança. Concessão de liminar. Agravo de instrumento. Descabimento.

“Em razão da celeridade do rito mandamental e da ausência de previsão legal, descabe ajuizamento de agravo de instrumento contra decisão concessiva de medida liminar.

“Precedentes.

“Recurso desprovido” (REsp n. 227190/ES, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, j. em 8/8/00, in DJU de 18/9/00).

E também:

“Civil. Mandado de segurança. Medida liminar. Agravo de instrumento. Descabimento.

“1. No sistema de recursos do mandado de segurança, a par da ausência de previsão legal para o agravo de instrumento, a celeridade do rito impede sua admissão.

“2. Recurso especial conhecido, mas desprovido” (REsp n. 213621/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, j. em 19/10/99, in DJU de 16/11/99).

Por fim, para melhor justificar o entendimento adotado, colhe-se de julgado de lavra do Ministro Demócrito Reinaldo:

“Processo civil. Mandado de segurança. Lei n. 1.533/51. Recursos cabíveis.

“A jurisprudência mais consentânea com o sentido de justiça é a que se firmou no sentido de que, na ação de segurança, os recursos cabíveis são os definidos na lei de regência (Lei n. 1.533/51, arts. 8º e 12).

“A feição do mandado de segurança, como remédio constitucional pronto e de efeito imediato, repele a utilização de recursos de configuração ordinária (a exemplo do agravo de instrumento), incompatíveis com seu curso célere e de eficácia instantânea.

“A admissão do agravo de instrumento contra liminar (concessiva ou denegatória) em ação de segurança enfeitaria numeráveis inconvenientes: a) julgado o agravo, sobreviriam os recursos subsequentes (embargos declaratórios, recurso especial ou extraordinário); b) correndo nos mesmos autos o especial e o extraordinário, no STJ ou no STF, o processo (do writ of mandamus) se demoraria (nas Cortes Supremas) meses ou, até, anos, somente para se discutir o cabimento ou não da liminar ou do próprio recurso de agravo; c) o mandamus ficaria prejudicado — com a postergação indefinida — na sua feição específica e inarredável: a de remédio constitucional célere e eficácia imediata.

“Recurso especial conhecido e improvido. Decisão por maioria” (REsp n. 195622/SP, Primeira Turma, j. em 27/4/99, in DJU de 1º/7/99).

Esclareça-se que a decisão liminar em mandado de segurança desafia recurso próprio, que consiste na suspensão de liminar prevista no art. 4º da Lei n. 4.348/64, cabível nos casos de perigo de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Vide, a propósito, acórdão proferido pelo Órgão Especial deste egrégio Tribunal de Justiça no Mandado de Segurança n. 01.002794-7, deste Relator, em que não se conheceu de agravo regimental interposto contra despacho exarado naqueles autos.

Ante o exposto, registra-se que, embora tenha conhecido de agravos de instrumento semelhantes em face da redação conferida pela Lei Federal n. 9.139/95 aos artigos 522 a 529 do CPC (AI ns. 99.022060-5,

99.022500-3, 00.002954-8, 00.002283-7 e outros), retorno a minha posição anterior de não conhecimento de recurso de agravo de instrumento contra a concessão ou não de liminar em mandado de segurança (vide AI n. 9.085, da Capital, DJ n. 9.313).

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade de votos, não conhecer do recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Volnei Carlin e Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Dálcio Moser.

Florianópolis, 21 de junho de 2001.

João Martins,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.019024-1, DA CAPITAL

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Poder econômico. Concorrência desleal. Tutela antecipada. Deferimento. Liberdade na compra de combustíveis de outros fornecedores. Portaria n. 9 de 17 de janeiro de 1997 do Ministério das Minas e Energia.

“A repressão ao abuso do poder econômico não se inclui entre as modalidades de intervenção estatal que representam restrições às liberdades de concorrência e iniciativa. Com efeito, a atividade antitruste do Estado visa justamente à preservação da livre concorrência e, conseqüentemente, da livre iniciativa. Não se trata, pois, de restringir a liberdade daquele que abusa de seu poder

econômico, já que ninguém tem liberdade para abusar. Em caso de abuso, a atividade do agente econômico terá ido além dos limites de suas atividades. Vê-se que não há restrição de liberdade, mas sim restauração da liberdade dos demais agentes do mercado, violada pelos atos abusivos” (Sérgio Varela Bruna).

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.019024-1, da comarca da Capital, em que é agravante Esso Brasileira de Petróleo Ltda. e agravada Knando Comércio de Combustíveis e Lubrificantes Ltda. (Posto Esso Coqueiros):

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

Custas da lei.

1. Esso Brasileira de Petróleo Ltda. interpôs agravo de instrumento da decisão proferida pela MMA. Juíza de Direito da Vara do Foro Distrital do Estreito, desta comarca da Capital, que na ação de rescisão contratual que lhe move Knando Comércio de Combustíveis e Lubrificantes Ltda., concedeu antecipação de tutela autorizando a recorrida a adquirir combustíveis e demais derivados de petróleo de qualquer distribuidora, independente da vontade da requerida, condicionando a tutela a descaracterização completa, inclusive cores, de todas as suas instalações.

Argumentou a agravante, em síntese, que os motivos tomados como razão de decidir pela Magistrada não autorizam a rescisão contratual. Acrescentou que não está presente o receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Não foi deferido o efeito suspensivo.

A agravante apresentou pedido de reconsideração que foi indeferido.

A agravada manifestou-se arguindo, em suma, que fosse mantida a decisão impugnada.

2. O recurso é desprovido.

Trata-se de recurso que visa a modificar decisão que concedeu antecipação de tutela à agravada permitindo-lhe efetuar compra de combustível de outros fornecedores, desde que descaracterizadas suas instalações, retirando os escritos e cores que distinguem os postos Esso.

Recorreu a agravante, alegando, em suma, três pontos: a) serem lícitos os preços praticados, uma vez que o fato de haver a agravada vendido gasolina a dois postos integrantes de sua rede por preços diferentes não autoriza necessariamente em rescisão contratual; b) ausência de fundamento de dano irreparável ou de difícil reparação; e c) descaracterização do estabelecimento.

2.1. Quanto aos valores aplicados aos produtos alienados à agravada alega que costuma conceder descontos a todos os postos que o requerem, porém a agravada não procedeu tal pedido sendo este o motivo das diferenças de preço entre a gasolina vendida à agravada e aos seus concorrentes.

Alega, ademais, que a agravada não está disposta a diminuir sua margem de lucro, aduzindo ainda que

se concedesse a ela os mesmos descontos que outorgara aos outros esta certamente não reduziria seus preços de mercado, obtendo assim um lucro desproporcional ao dos demais postos concorrentes. Para isso, traz prova de que a agravada não procedeu a qualquer diminuição no valor dos combustíveis após a autorização para comprar de terceiros.

Restaram demonstrados, a priori, os pressupostos essenciais para a concessão da tutela antecipada.

Pontes de Miranda, nos comentários atualizados por Sérgio Bermudes (Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, pág. 536), exorta:

“Deve haver prova inequívoca das alegações do autor, isto é, insuscetível de gerar perplexidade quanto ao fato constitutivo do direito alegado. Se a prova é dúbia, se não esclarece a justeza da pretensão diante da regra jurídica que o juiz deve aplicar (art. 126), o caso é de indeferimento. Por certo, dispensa-se a prova se os fatos forem daqueles que não dependem dela, incidindo, então, o art. 334.

“Conjugam-se os elementos prova inequívoca e verossimilhança: aquela haverá de ser suficiente para emprestar verossimilhança à alegação contida na inicial, que constitui causa de pedir” (op. cit., pág. 536).

E aduz:

“Verossimilhança, também registrada pelos léxicos nas formas variantes verossimilhança, como variação de verossimilhança (de verus, verdadeiro, e similis, semelhante), é o que se apresenta como verdadeiro, o que tem aparência de verdade. Torna-se, então, indispensável que as

alegações da inicial, nas quais se funda o pedido cuja antecipação se busca, tenham a aparência de verdadeiras, não só pela coerência da exposição como por sua conformidade com a prova, dispensada, porém, nos casos do art. 334. No tocante à apuração da verossimilhança, a lei limita o arbítrio do juiz, que deverá decidir, diante da realidade objetivamente demonstrada no processo. Também por isso, a exigência do parágrafo 1º de que, na decisão, o juiz indique, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento, posto que concisamente (art. 165, 2ª parte).

“A verossimilhança, ditada pela prova inequívoca, suscetível de produzir aparência de verdade, é indispensável à antecipação da tutela, em absolutamente todos os casos, como indispensável é, igualmente, a inexistência de perigo de irreversibilidade da medida (parágrafo 1º). Concomitantemente com esses requisitos inafastáveis, é preciso (a) haver fundado receio de dano irreparável, ou (b) de difícil reparação (inciso I), ou, então, que (c) ocorra abuso de direito de defesa, ou (d) manifesto propósito protelatório do réu (inciso II). Concede-se, pois, a tutela sempre diante da verossimilhança da alegação e da possibilidade de reversão, juntamente com qualquer um dos requisitos apontados em a, b, c ou d, bastando que se verifique um deles” (op. cit., pág. 537).

Assim, cumpre verificar se restaram demonstrados os requisitos estabelecidos pelo referido preceito legal, ou seja, se a agravada demonstrou de forma inequívoca os fatos arrolados na inicial, de maneira a possibilitar a formação de um juízo de verossimilhança em torno da alega-

ção, e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Prova inequívoca, para Theodoro Júnior (op. cit., pág. 370), 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.

In casu, a prova inequívoca está plenamente evidenciada, uma vez que a agravante não nega estar vendendo os produtos ao posto com preços diferenciados, e também não combate as alegações da requerente sobre a negativa de fornecimento em determinadas ocasiões.

Já o pressuposto da verossimilhança da alegação é irrecusável, em razão da existência da Portaria n. 9 de 17 de janeiro de 1997 do Ministério de Minas e Energia, que dispõe sobre a atividade de revendedores varejistas de combustíveis.

Essa portaria permite a compra de combustíveis de qualquer distribuidora desde que o revendedor informe ao consumidor final a origem da gasolina.

Parece, portanto, medida de extrema justiça que os contratos anteriormente havidos, referentes à exclusividade de fornecimento, devam ser revistos para que se obste o abuso de poder econômico.

“Há muito que os modelos clássicos de economia de mercado mos-

tram-se ao longo do tempo inaptos para estabelecerem um mercado em perfeito equilíbrio. Na verdade o perfeito modelo proposto por Adam Smith, revela-se utópico. A real competição não é a mesma competição puramente teorizada. A real competição é aquela significativa e desejável instituição que não é absoluta ou aplicável a qualquer lugar indistintamente. Desse relativismo nasce a necessidade imperiosa do Estado cuidar destas relações econômicas. Nesta tarefa, cabe estabelecerem-se as medidas, dentro de preceitos máximos de direito, que equilibrem a livre iniciativa e a livre concorrência legítimas, com os abusos por parte de poderosas forças produtivas, que nada mais fazem do que excederem os limites de seus direitos, atentando contra princípios morais informativos da ordem econômica livre” (Celso Bastos, O abuso de Poder Econômico, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, vol. 9, pág. 6).

Sérgio Varella Bruna, manifestando-se sobre a livre iniciativa, diz:

“Livre iniciativa e livre concorrência são, pois, princípios intimamente ligados. Ambos representam liberdades, não de caráter absoluto, mas liberdades regradas, condicionadas, entre outros, pelos imperativos de justiça social, de existência digna e de valorização do trabalho humano. Assim, o que a Constituição privilegia é o valor social da livre iniciativa, ou seja, o quanto ela pode expressar de socialmente valiosa. Da mesma forma, a livre concorrência é erigida à condição de princípio da ordem econômica não como uma liberdade anárquica, mas sim em razão de seu valor

social. A extensão de tais liberdades dependerá de sua análise conjugada com os demais objetivos e princípios, não só da ordem econômica mas da Constituição como um todo.

“Desta forma, a consagração da livre iniciativa e da livre concorrência não exclui a atuação do Estado no domínio econômico, seja exercendo sua função de agente normativo e regulador da atividade econômica, seja atuando com vistas à preservação da própria livre concorrência, como agente repressor dos abusos do poder econômico” (O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício, RT, pág. 136).

Em razão dessa necessária intervenção é que o Ministério de Minas e Energia entendeu por bem lançar portaria com a intenção de manter os valores dos combustíveis em patamar inferior ao ordinariamente praticado. Para isso, utilizou o mecanismo da livre concorrência, permitindo aos postos de gasolina a compra de quem entendessem por bem negociar.

Acrescente-se ainda que “a repressão aos abusos do poder econômico não se inclui entre as modalidades de intervenção estatal que representam restrições às mencionadas liberdades. Com efeito, a atividade antitruste do Estado visa justamente à preservação da livre concorrência e, conseqüentemente, da livre iniciativa. Não se trata, pois, de restringir a liberdade daquele que abusa de seu poder econômico, já que ninguém tem liberdade para abusar. Em caso de abuso, a atividade do agente econômico terá ido além dos limites de suas atividades. Vê-se que não há restrição de liberdade, mas sim restauração da

liberdade dos demais agentes do mercado, violada pelos atos abusivos” (Sérgio Varela Bruna, O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício, RT, pág.136).

Assim, denota-se que a Constituição privilegia não a livre iniciativa ou a livre concorrência em si mesmas, mas o quanto elas possam expressar de socialmente valioso. Isso nas palavras de Eros Roberto Grau é o que se chama de “princípio da função social da empresa”, que é consectário do princípio da função social da propriedade.

Diz ainda que “a liberdade de iniciativa empresarial, portanto, porque inserida no contexto constitucional, há de ser exercitada não somente com vistas ao lucro, mas também como instrumento de realização da justiça social — da melhor distribuição de renda — com a devida valorização do trabalho humano, como forma de assegurar a todos uma existência digna”.

Dessa forma, “o lucro não se legitima por ser mera decorrência da propriedade dos meios de produção, mas como prêmio ou incentivo ao regular desenvolvimento da atividade econômica. A liberdade de iniciativa, destarte, mais do que uma garantia individual, passa a servir a uma técnica de produção social, dentro da qual se insere o sistema de mercado, cujos objetivos são juridicamente estabelecidos” (pág.141).

Entender, portanto, o contrato como válido, no tocante à exclusividade, seria restringir a liberdade de desenvolvimento regular da atividade econômica do posto em questão, gerando a já falada concorrência desleal.

A alegação de que a empresa, se concedidos descontos na venda de combustíveis, não os repassaria para a clientela é mero exercício de futurologia, não dizendo respeito à agravante. Não pode o fornecedor agir com dirigismo sobre os negócios do comprador.

Dessarte, demonstrada a verossimilhança dos fatos alegados, justificava-se a concessão da tutela.

2.2. Quanto ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ponto também controvertido da decisão, tal pressuposto está a merecer observação detalhada.

Diz a agravante que os fundamentos alegados pela agravada para a concessão da tutela antecipatória já vêm sendo explorados desde a primeira cautelar ajuizada em outubro de 1999, e que o negócio continua em funcionamento, o que demonstraria a inexistência de receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Tal fato, entretanto, é irrelevante. É de se supor que a agravante não estaria a exigir a falência da empresa como evidência de perigo de dano. Tal argumento, por outro lado, não desautoriza a conclusão de que a agravada pudesse estar passando por dificuldades em decorrência da concorrência desleal denunciada.

Demonstrada a concorrência desleal e o conseqüente abuso de poder econômico, fica claro que a agravada estava sendo gravemente prejudicada e a situação seria somente minimizada pela concessão da medi-

da, assegurando-lhe a liberdade de compra dos combustíveis de outros fornecedores.

Denota-se, dessarte, o prejuízo iminente, tornando irrecusável a concessão da tutela antecipada.

Assim, estão suficientemente demonstrados os pressupostos legais, de molde a manter-se a decisão profligada.

2.3. Quanto à descaracterização do estabelecimento no tocante às cores e sinais identificadores da marca Esso, tal questão refoge à competência desta Câmara.

A execução da decisão monocrática deve ser aferida pelo Juízo a quo não podendo ser examinada nesta instância, tendo em vista que a matéria não foi enfrentada em primeiro plano, sob pena de supressão de instância.

Consoante já decidiu esta Corte, em aresto da relatoria do signatário, "em sede de recurso de agravo, a devolução limita-se à questão resolvida pela decisão de que se recorreu [...]" (AI n. 9.248, da Capital).

3. Em face de todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 8 de março de 2001.

*Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.002681-6, DE BLUMENAU**Relator: Des. Silveira Lenzi**

Direito falimentar. Autofalência. Decisão determinando a arrecadação de valores provenientes de liquidação de duplicatas dadas em garantia de operações de crédito bancário por meio de endosso-caução. Ausência de transferência da propriedade dos títulos. Impossibilidade de compensação. Aplicação dos arts. 43 e 45 do Decreto-Lei n. 7.661/45. Arrecadação mantida.

“As contas correntes com o falido consideram-se encerradas no momento da declaração de falência, verificando-se o respectivo saldo”.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.002681-6, da comarca de Blumenau, em que é agravante Banco de Crédito de São Paulo S.A., sendo agravada Síndica da autofalência da Sul Fabril S.A. — WR Empreendimentos e Participações Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Banco de Crédito de São Paulo S.A. interpõe agravo de instrumento contra a decisão interlocutória proferida nos autos da autofalência da Sul Fabril S.A., que determinou a devolução imediata dos saldos depositados relativos à liquidação de duplicatas caucionadas, de contratos de empréstimo firmado com a empresa ora falida.

Devidamente cumprida a decisão, insurge-se, nesse momento, o

banco agravante, alegando que a arrecadação determinada pelo Juízo a quo não deveria incluir os títulos caucionados antes do termo legal da falência, porquanto referido saldo fora compensado com a dívida existente no momento da quebra. Pugna, assim, pela restituição dos valores pagos.

A síndica da massa falida requer a manutenção da decisão interlocutória proferida.

Sobrevindas as informações às fls. 107/108.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, instada a manifestar-se, opina pelo desprovidimento do recurso.

II — Voto

No caso em julgamento, o banco agravante requer a compensação de créditos, pois alega que a massa falida é devedora do empréstimo bancário, e o banco agravante tornou-se devedor desta, até que efetue a destinação das importâncias a ele confiadas, ou seja, realize o crédito na conta

corrente da devedora para amortizar o empréstimo existente.

A controvérsia reside em saber se as duplicatas sacadas pela empresa falida e dadas em garantia de operações bancárias, por meio de endosso-caução, podem ser objeto da arrecadação judicial, em favor da massa falida, ou devem ser mantidas com o banco agravante, para que, na medida em que estas forem se vendendo, compense-se o seu crédito com a falida, com os valores recebidos das duplicatas caucionadas.

Para desvendar a questão sub judice é necessário elucidar algumas questões conceituais a respeito do endosso-caução.

Observe-se que os títulos de crédito podem ser dados em garantia de obrigação, por meio de endosso-caução ou pignoratício, que é equiparado ao instituto do penhor (art. 790 do CC), e, por consequência, a um direito real de garantia.

Em que pesem alguns doutrinadores e juristas verem no endosso-caução um mero endosso-mandato, esta assertiva é equivocada, pois como afirmou Celso Barbi Filho: "o endosso-mandato não se confunde com endosso-caução. (...) pela regra prevista no art. 18, da LUG, para o endosso-mandato, os coobrigados só podem invocar contra o endossatário-mandatário exceções que eram oponíveis ao endossante-mandante. No caso do endosso-caução, diferentemente, o art. 19 determina que os coobrigados não podem alegar contra o portador/endossatário as exceções oponíveis ao endossante-caucionante, salvo se aquele tiver procedido de má-fé" (RT 754/67).

Assim, "embora o penhor cédular não acarrete transferência da propriedade do título, os demais efeitos cambiais decorrentes do endosso-caução aproximam-se, nesse aspecto, aos do próprio endosso pleno, distanciando-se daqueles do endosso-mandato" (idem, pág. 66) (grifo nosso).

Maria Helena Diniz também conceitua o endosso-caução como sendo aquele que "contém cláusula 'valor em penhor' ou 'valor em caução', e por meio do qual o endossante transfere tão-somente a posse do título cambial ao endossatário, que assume o dever de não deixar perecer o direito nele contido" (Dicionário Jurídico, vol. II, Saraiva, 1998, pág. 329).

Ante essas explicações, afasta-se a alegação do agravante de que a arrecadação determinada pelo Juízo a quo não deveria incluir os títulos caucionados antes do termo legal da falência, porquanto estes já pertenceriam ao seu patrimônio no momento da quebra, isto porque, como anteriormente explicitado, o endosso-caução difere do endosso-pleno, pois não acarreta a transferência da propriedade do título (Barbi, op. cit., pág. 67).

No caso em julgamento, constata-se que o banco agravante firmou antes do termo legal de falência, 17/7/99, três contratos com a empresa falida, a saber: um contrato de empréstimo em conta corrente (fls. 71/72) e dois contratos de abertura de crédito (fls. 73/84), sendo que essas avenças foram garantidas por duplicatas caucionadas entregues ao banco no mesmo período.

Pretende o agravante compen-sar as dívidas da empresa falida oriun-

das destas três avenças — cujos valores devem ser aferidos mediante a análise do saldo devedor das contas correntes vinculadas a esses contratos —, com o débito que entende ter, decorrente da obrigação de depositar os valores dessas duplicatas caucionadoras nas contas correntes respectivas, à medida em que essas forem se vencendo, a fim de amortizar os empréstimos existentes.

Sabe-se que a execução desses tipos de contratos opera-se por meio de conta corrente. De um lado, o banco lançando os débitos do mútuo e, de outro, lançando os créditos relativos aos títulos caucionados. Assim, como “as contas correntes com o falido consideram-se encerradas no momento da declaração da falência, verificando-se o respectivo saldo” (art. 45 do Decreto-Lei n. 7.661/45), o abatimento da dívida que era corriqueiro não pode ser mais realizado, em razão do encerramento da conta corrente, quer para depósitos, quer para saques.

Forçoso concluir, dessa forma, que, embora os contratos bilaterais firmados pela falida não se resolvam

com a decretação da quebra (art. 43 da Lei de Falência), com o encerramento da conta corrente (art. 45), as duplicatas caucionadas — entregues como garantia real dos três contratos de empréstimos — que se venceram após a decretação da falência, em 17/9/99, não podem mais ter seus valores depositados nas respectivas contas correntes, devendo serem arrecadadas, incluindo-se, nessa arrecadação, o valor das cártulas caucionadas liquidadas após essa data.

III — Decisão

Do exposto, nega-se provimento ao recurso.

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. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 5 de junho de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.020061-1, DE BLUMENAU

Relator: Des. Silveira Lenzi

Direito falimentar. Nomeação de síndico. Incidente de impugnação. Art. 60, § 4º, do Decreto-Lei n. 7.661/45. Posterior pedido de desistência do incidente não homologado. Suspeita de pagamento antecipado. Intervenção de outros credores como assistentes. Prosseguimento do feito. Possibilidade. Assistência litisconsorcial. Inteligência do art. 30 da Lei de Quebras e do art. 54 do Código de Processo Civil.

Os credores habilitados, desde o momento da declaração de falência, podem intervir como assistentes em quaisquer ações ou incidentes em que a massa seja parte ou interessada (art. 30 do Decreto-Lei n. 7.661/45).

Essa assistência equipara-se ao litisconsórcio, pois “quando o assistente intervém tão-somente para coadjuvar uma das partes a obter sentença favorável, sem defender direito próprio o caso é de assistência adesiva ou simples (ad adiuvandum tantum). Quando, porém, o terceiro assume a posição de assistente na defesa direta de direito próprio contra uma das partes se dá a assistência litisconsorcial” (Humberto Theodoro Júnior).

Assim, o pedido de desistência do incidente de impugnação à nomeação de síndico, previsto no art. 60, § 4º, da LF, ainda não homologado, não obsta que outros credores habilitados na massa, que não impugnaram à nomeação da síndica no prazo legal, possam prosseguir no feito, a fim de comprovarem as irregularidades apontadas.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.020061-1, da comarca de Blumenau, em que é agravante a Empresa WR Empreendimentos e Participações Ltda., síndica da autofalência da Sul Fabril S.A., sendo agravados Banco Boavista Interatlântico S.A. e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

WR Empreendimentos e Participações Ltda., síndica da massa falida da Sul Fabril S.A., interpõe agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra a decisão interlocutória proferida nos autos do inciden-

te de impugnação à nomeação da síndica, apenso ao autos da autofalência da Sul Fabril S.A., que permitiu o ingresso dos agravados, Banco Boavista Interatlântico S.A., Banco do Estado do Paraná S.A., Paco Consultoria, Contabilidade e Assessoria Ltda. como assistentes no referido incidente.

A agravante aduz, em síntese: a) a ilegitimidade ativa dos agravados, porquanto deixaram de demonstrar suas qualidades de credores da Massa Falida de Sul Fabril S.A.; b) a impossibilidade da assistência pleiteada, já que a assistida Vênneto Indústria de Bordados Ltda. desistira da impugnação à nomeação da síndica, WR Empreendimentos e Participações Ltda., carecendo, portanto, os ora agravados de interesse jurídico para prosseguirem com a referida lide, bem

como de atuarem no feito como assistentes.

O efeito suspensivo foi negado pelo Des. Cesar Abreu às fls. 77/78.

Às fls. 88/90, os agravados ofereceram contra-razões ao recurso, pugnando pela manutenção do decisum.

Instada a manifestar-se, a doutra Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovisionamento do recurso.

II — Voto

A alegação da agravante, síndica da massa falida da Sul Fabril S.A., de que os agravados não possuem legitimidade para figurar no rol de credores da massa falida da Sul Fabril S.A., pois teriam deixado de demonstrar suas qualidades, não pode ser acolhida.

Para comprovar a alegada ilegitimidade dos agravados, a agravante deveria ter acostado aos autos o rol dos seus credores quirografários, relacionados nos autos da autofalência, o que, em verdade, não fez.

Ademais, como bem salientou o representante do Parquet, a agravante, em sua peça recursal, expressamente reconhece os agravados como seus credores, ao consignar: “pretendem os agravantes na condição de credores e assistentes (...)”. Dessa forma, não demonstrada a ilegitimidade ativa ad causam dos agravados, o afastamento da prefacial é medida que se impõe.

Também, sem qualquer razoabilidade a afirmação de que os agravados não poderiam prosseguir como assistentes no incidente de impugnação à nomeação da síndica, ajuizado por Vênnetto Indústria de Bordados

Ltda., em razão de esta ter desistido do feito.

Os credores habilitados, desde o momento da declaração de falência, podem intervir como assistentes em quaisquer ações ou incidentes em que a massa seja parte ou interessada (art. 30 do Decreto-Lei n. 7.661/45).

A respeito desse tema, aure-se da doutrina:

“Daí o preceito comentado estabelecer direitos fundamentais, que não podem ser cerceados ou limitados, dos credores habilitados, perante aquele patrimônio, a saber o direito de intervir, como assistentes (ad adiuvandum), equiparados a litisconsortes, em quaisquer ações ou incidentes em que a massa seja parte ou interessada (...)” (Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Marina L. Batalha de R. Netto, Falência e Concordatas, 3ª ed., São Paulo, LTR, pág. 374).

Assim, dúvidas não podem haver quanto à natureza dessa assistência, flagrantemente litisconsorcial, pois “quando o assistente intervém tão-somente para coadjuvar uma das partes a obter sentença favorável, sem defender direito próprio o caso é de assistência adesiva ou simples (ad adiuvandum tantum). Quando, porém, o terceiro assume a posição de assistente na defesa direta de direito próprio contra uma das partes se dá a assistência litisconsorcial” (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 140).

Várias distinções existem entre a assistência simples e a litisconsorcial. Todavia, para o deslinde da questão, importa salientar que o assistente litisconsorcial é parte no processo, de-

vendo sujeitar-se aos efeitos da sentença e da coisa julgada, sendo-lhe lícito “prosseguir na defesa de seu direito, ainda que a parte originária haja desistido da ação, haja reconhecido a procedência do pedido ou haja transacionado como o outro litigante” (idem, pág. 143).

Resta claro, dessa forma, que o pedido de desistência do incidente de impugnação à nomeação de síndico, previsto no art. 60, § 4º, da Lei Falimentar— frise-se, não homologado —, não obsta que outros credores habilitados na massa, que não impugnaram à nomeação da síndica no prazo legal, possam prosseguir no feito a fim de comprovarem as irregularidades apontadas.

Também afasta-se a afirmação ventilada pela agravante, de que os agravados tentaram ingressar no incidente de impugnação à nomeação de síndica, após este ser extinto, com fulcro no art. 267, inc. VIII, do CPC, em decorrência da desistência formulada pela autora do feito.

Embora a autora do incidente, que vem a ser também credora da

massa, inexplicavelmente, tenha pedido a desistência do processo após levantar graves irregularidades que teriam ocorrido na constituição do crédito majoritário da síndica, o cauteloso Magistrado a quo não homologou seu pedido, em razão das suspeitas — até o presente momento não comprovadas — de que a credora desistente, Vênneto Indústria de Bordados Ltda., tenha recebido seu crédito antecipadamente.

III — Decisão

Do exposto, nega-se provimento ao recurso.

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. Dalcio Moser.

Florianópolis, 5 de junho de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.024458-9, DE BLUMENAU

Relator: Des. Silveira Lenzi

Direito falimentar. Incidente de destituição de síndico. Legitimidade recursal do falido. Interesse em recorrer. Exegese do art. 36 da Lei de Quebras.

“A declaração de falência não retira do falido sua capacidade civil, não havendo óbice que venha a residir em juízo na defesa de seus direitos, em especial para recorrer da decisão que destituiu síndico anteriormente nomeado, dada a importância de que se reveste a nomeação, vital ao bom andamento do feito falimentar, notoriamente

te complexo. O que a lei veda é a prática de atos que envolvam seu patrimônio, eis que com a quebra, perde ele o poder de administrá-lo” (Des. Vanderlei Romer).

Nomeação do síndico. Observância da gradação legal. Inocorrência da tríplice e consecutiva recusa. Possibilidade. Ausência de credores da massa que se enquadrem nos requisitos de idoneidade moral e financeira. Interpretação sistêmica. Escolha de terceiro estranho. Livre convencimento do magistrado.

“Na impossibilidade absoluta de encontrar entre todos os credores um que atenda àquelas condições, pode, então, o juiz nomear pessoa estranha, a despeito da lei só mencionar que assim, seja feito após a terceira recusa, por parte dos credores. Se, em princípio, o juiz sabe que nenhum dos credores satisfaz as condições da lei, não poderia nomear um deles, pois, do contrário, estaria agindo em desacordo com a lei. É, assim, necessário que a ação do juiz nesse ponto seja examinada de acordo com o conjunto de disposições legais a respeito e não à vista de textos isolados” (Sampaio de Lacerda).

Litigância de má-fé caracterizada. Alteração da verdade dos fatos. Inteligência do art. 17, inc. II, do CPC.

É litigante de má-fé a parte que altera a verdade dos fatos, com o objetivo de ludibriar o julgador a fim de sagrar-se vitoriosa no pleito.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.024458-9, da comarca de Blumenau, em que é agravante Gerhard Horst Fritzche, sendo agravado o Síndico da autofalência da Sul Fabril S.A. — Celso Mário Zipf:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso, condenando o agravante à pena de litigância de má-fé, fixada em R\$ 5.000,00.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Gerhard Horst Fritzche interpõe agravo de instrumento, com efeito suspensivo, contra parte da decisão interlocutória de fls. 122/139, proferida nos autos dos incidentes de impugnação à nomeação de síndico (n. 008.99.016771-0), de destituição de síndico (n. 008.99.015484-7) e de impugnação à assistência (n. 008.99.016771-0/001), todos apensos aos autos da autofalência da empresa Sul Fabril S.A., em que figuram como agravados Banco Boa Vista Intera-

tlântico S.A., Haco Etiquetas Ltda., Paco Consultoria, Contabilidade e Assessoria Ltda., Venetto Indústria de Bordados Ltda., que destituiu a síndica WR Empreendimentos e Participações Ltda., nomeando novo síndico, Celso Mário Zipf, estranho à massa.

Sustenta o agravante que: a) não houve observância da gradação legal para a escolha do síndico da massa falida; b) o novo síndico não publicou o aviso no prazo previsto no art. 63, inciso I, da Lei de Quebras, devendo ser destituído pelo juiz; c) a decisão agravada é nula em razão de o falido não ter sido intimado de nenhum ato relativo aos processos incidentes, apensos à autofalência, a não ser para a audiência realizada em 20/10/2000; d) existe conflito de interesses entre o síndico e a massa falida, pois este foi questionado a respeito de quais advogados, não funcionários da empresa, teriam tido acesso aos documentos contábeis da massa falida, porém nada respondeu, afrontando o inc. VIII do art. 63 da LF, e evidenciando sua inidoneidade; e) o síndico contratou os mesmos procuradores das empresas credoras agravadas para auxiliá-lo, o que caracteriza o conflito de interesse.

Requer, assim, a reforma parcial da decisão agravada, para que o síndico, Celso Mário Zipf, seja destituído, determinando-se que a nova nomeação obedeça os ditames legais.

O efeito suspensivo foi denegado pelo Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, membro da Câmara Civil Especial, às fls. 144/146.

Em contra-razões, o agravado, Celso Mário Zipf, rebate as afirmações do recurso, sustentando que o

agravante não possui legitimidade para recorrer em nome da falida, que é a pessoa jurídica Sul Fabril S.A., pois, além de não ter atuado no incidente de destituição do síndico anterior, não acostou aos autos procuração outorgando poderes ao subscritor da peça recursal, apenas uma procuração da Sul Fabril S.A., à mesma banca de advogados.

Ainda alega que o agravante, como diretor da falida, antes de requerer a autofalência da empresa, arquitetou um esquema que lhe pudesse garantir o mando na empresa, prevenido já o prosseguimento das atividades da falida, após a decretação da quebra, ao forjar um credor majoritário na cidade de Blumenau, WR Participações e Empreendimentos Ltda., mediante cessão de créditos de um dos credores da falida, Quimisa S.A., com sede na cidade de Brusque; e que o representante legal da empresa WR Participações e Empreendimentos Ltda., escolhida inicialmente como síndica, não exercia efetivamente suas atribuições com a massa falida, tendo delegado esta tarefa para seu procurador, que assumiu, de fato, diante da sindicância, assinando contratos e vendendo ativos sem qualquer autorização do juízo.

Sustenta, também, que o síndico é auxiliar do juízo, não podendo representar os interesses do falido. Dessa forma, caso o Magistrado não encontre, entre os credores da falida, um com idoneidade moral e financeira para atuar como síndico, não há necessidade de aguardar a triplíce e consecutiva recusa do encargo, podendo escolher terceiro estranho à massa. Também, é descabida a alegação do agravante de que o aviso

exigido pelo art. 63, inc. I, da LF, não teria sido publicado, pois este o foi em 15/12/00; e a falida foi intimada do andamento do pedido de destituição, tendo até se manifestado por escrito.

Por fim, afirma que a solicitação do agravante — relativa ao rol de advogados que teriam tido acesso aos documentos contábeis da massa — foi respondida em 30/11/00, antes da interposição do presente recurso, o que evidencia a má-fé do agravante; e que não há restrição legal, vedando o síndico de contratar advogado, que também represente outros credores da falida.

Em razão do Ato Regimental n. 41/2000, o presente recurso foi redistribuído a este Relator.

Instada a manifestar-se, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não conhecimento do recurso, caso contrário, pelo seu desprovimento.

II — Voto

Inicialmente, afasta-se a ilegitimidade recursal do agravante, alegada pelo agravado, haja vista este poder insurgir-se contra a decisão que destituiu síndico anteriormente nomeado, conforme lhe faculta o art. 36 da Lei de Quebras:

“Além dos direitos que esta lei especialmente lhe confere, tem o falido os de fiscalizar a administração da massa, de requerer providências conservatórias dos bens arrecadados e o que for a bem dos seus direitos e interesses, podendo intervir, como assistente, nos processos em que a massa seja parte ou interessada, e interpor os recursos cabíveis” (grifo nosso).

Wilson de Souza Campos Batalha sobre o tema, leciona que: “embora haja representação indireta do falido pelo síndico, é possível que existam interesses contrapostos, que o falido tem o direito de defender. Afinal, o remanescente da massa se houver, caberá ao falido; e mesmo que não haja remanescente, o falido é responsável pelo saldo, motivo suficiente para legitimar sua atuação processual em processos de interesse da massa, quer em primeiro, quer em segundo grau” (Falências e Concordatas, 3ª ed. atual., São Paulo, LTR, 1999, pág. 386).

Ainda, Rubens Requião ensina que: “o falido, pelo fato da declaração judicial de sua falência, não decai da capacidade civil. Fica sujeito a uma série de restrições e obrigações (...), mas continua plenamente capaz. Desapossado de seu patrimônio, que passa a ser conservado e administrado pelo síndico, não deixa entretanto de ser o titular do direito de propriedade” (Curso de Direito Falimentar, vol I, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, pág. 150).

Assim, “assegura-lhe a lei, por tudo isso, o direito de fiscalizar a administração da massa, de requerer providências conservatórias dos bens arrecadados e, genericamente, pleitear o que for a bem dos seus direitos e interesses, possuindo legitimidade para residir em juízo para esses fins. Pode, pois, intervir, como assistente nos processos em que a massa seja parte ou interessada, e interpor os recursos cabíveis, independentemente de orientação adotada pelo síndico. Em consequência, para esse efeito, contrata

advogada, às suas expensas” (idem, pág. 150) (grifo nosso).

A respeito, este Tribunal de Justiça, em elucidativo julgado, também declara a possibilidade de o falido, na defesa de seus direitos, recorrer da decisão que destitui síndico:

“A declaração de falência não retira do falido sua capacidade civil, não havendo óbice que venha a residir em juízo na defesa de seus direitos, em especial para recorrer da decisão que destitui síndico anteriormente nomeado, dada a importância de que se reveste a nomeação, vital ao bom andamento do feito falimentar, notoriamente complexo. O que a lei veda é a prática de atos que envolvam seu patrimônio, eis que com a quebra, perde ele o poder de administrá-lo” (Al n. 96.006494-0, de Timbó, Des. Vanderlei Romer, julgado em 25/8/98).

Por outro lado, afasta-se a infundada tese do agravado de que o agravante não teria acostado aos autos seu instrumento procuratório, pois a referida procuração — peça obrigatória na instrução do agravo, de acordo com o art. 525, inc. I, do CPC — foi juntada às fls. 64/65 dos autos.

Na espécie, insurge-se o agravante quanto à nomeação do síndico, Celso Mário Zipf, alegando que o Togado a quo não observou a gradação legal prevista no art. 60 da LF, ao escolher pessoa estranha à massa.

Dispõe a Lei de Falência, em seu art. 60, que “o síndico será escolhido entre os maiores credores do falido, residente ou domiciliado no foro da falência, de reconhecida idoneidade moral e financeira”.

E o § 2º do mencionado artigo estabelece que “se credores, sucessi-

vamente nomeados, não aceitarem o cargo, o juiz, após a terceira recusa, poderá nomear pessoa estranha, idônea, e de boa fama, de preferência comerciante”.

Analisando o caput do dispositivo, conclui-se que o credor escolhido para dirigir a sindicância, obrigatoriamente, deve ser residente ou domiciliado no foro da falência.

A partir desde pré-requisito, o Magistrado a quo deve selecionar, dentre os maiores credores habilitados, aquele que possua reconhecida idoneidade moral, em razão da grande responsabilidade que o cargo impõe, exigindo um administrador sério e honrado; e idoneidade financeira, que vem a ser a “capacidade de movimentar, dinamizar o processo, para não retardar o desfecho final da execução coletiva” (José da Silva Pacheco, Processo de Falência e Concordata, Rio de Janeiro, Forense, 1999, pág. 362).

Assim, interpretando de forma sistêmica o § 2º do art. 60 com o disposto na cabeça do mesmo artigo da Lei de Quebras, ainda que não tenha ocorrido a tríplice e consecutiva recusa, o Magistrado poderá escolher estranho idôneo para administrar a massa, se, dentre os maiores credores domiciliados no foro competente, nenhum deles reunir as qualidades exigidas: idoneidade moral e financeira.

Observa-se, assim, que a escolha do síndico passa pelo prudente arbítrio do Togado, à luz dos dispositivos mencionados, eis que “na impossibilidade absoluta de encontrar entre todos os credores um que atenda àquelas condições, pode, então, o juiz nomear pessoa estranha, a despeito da lei só mencionar que assim

seja feito após a terceira recusa por parte dos credores. Se, em princípio, o juiz sabe que nenhum dos credores satisfaz as condições da lei, não poderia nomear um deles, pois, do contrário, estaria agindo em desacordo com a lei. Necessário que a ação do juiz, nesse ponto, seja examinada de acordo com o conjunto de disposições legais a respeito e não à vista de textos isolados” (Sampaio de Lacerda, op. cit., pág. 115).

Compartilhando desse mesmo entendimento, José da Silva Pacheco afirma que “a obrigatoriedade de nomear credor cinge-se à existência de credores de reconhecida idoneidade. Se nenhum deles preencher a condição, o aproveitamento de pessoa estranha não ofende a lei” (op. cit., pág. 364).

Irretorquível, nesse aspecto, a decisão agravada, porquanto o Magistrado, munido de maiores elementos, a par de todos os atos do processo falimentar e da situação dos maiores credores da massa, possui condições de escolher síndico idôneo para administrar a massa falida.

Outrossim, despcienda a afirmação do agravante de que o novo síndico não teria publicado o aviso aos credores, previsto no art. 63, inciso I, da Lei de Quebras, pois o agravado demonstrou que, logo após ser nomeado, fez publicar o aviso na imprensa oficial e em alguns órgãos da mídia, a saber: Diário Catarinense e Jornal de Santa Catarina (fls. 204/209).

Incabível, também, a argumentação do agravante de que a decisão agravada seria nula, pois não fora intimado dos atos relativos aos inciden-

tes de destituição e impugnação à nomeação de síndico, apensos à autofalência. O art. 66, § 1º, da Lei de Falências nada prevê a respeito da participação do falido nestes feitos, como se denota:

“Art. 66. O síndico será destituído pelo juiz, de ofício ou a requerimento do representante do Ministério Público ou de qualquer credor, no caso de exceder qualquer dos prazos que lhe são marcados nesta lei, de infringir quaisquer outros deveres que lhe incumbem, ou de ter interesses contrários aos da massa.

§ 1º. O síndico e o representante do Ministério Público serão ouvidos antes do despacho do juiz, salvo quando a destituição tenha por fundamento excesso de prazo pelo síndico, caso em que será decretada em face da simples verificação do fato”.

Embora o imaginativo agravante tente criar teses fantasiosas, a fim de forçar a destituição do novo síndico nomeado, sustentando a existência de um conflito de interesses entre este e a massa falida — quer porque soube que dentre os advogados que viriam a representar o síndico, estaria o procurador de um grande desafeto seu, que provavelmente viria a prejudicar a massa, quer por ter questionado o síndico a respeito dos advogados, não funcionários da empresa, que teriam tido acesso aos documentos contábeis da falida, e este não lhe ter respondido, afrontando o inc. VIII do art. 63 da LF —, esta não é a verdade que emerge dos autos.

Constata-se que o agravado comprovou o recebimento da solicitação, enviando resposta ao questiona-

mento do agravante em 30/11/00, às 16h45min (fls. 201/202).

Quanto ao mencionado conflito de interesses, relativo ao síndico ter contratado o mesmo advogado de algumas das empresas credoras, para auxiliá-lo na defesa em juízo da massa, a assertiva não pode ser analisada, sob pena de supressão de um grau de jurisdição, eis que o Magistrado a quo ainda não foi questionado a respeito, podendo o falido fazê-lo no processo principal, consoante dispõe o art. 36 do Dec.-Lei n. 7.661/45.

Observa-se, outrossim, que o agravante, deliberadamente, alterou a verdade dos fatos, com o intuito de ludibriar este órgão julgador, afirmando na inicial fato inverídico — que o síndico não teria respondido determinada solicitação, quedando-se silente —, a fim de imputar ao agravado infração ao disposto no art. 66 da Lei de Que-

bras, que autoriza a sua destituição. Em razão desse comportamento, deve incorrer na pena prevista no art. 18 do CPC.

III — Decisão

Do exposto, nega-se provimento ao recurso, aplicando-se a pena de litigância de má-fé ao agravante, com fulcro no art. 18 do CPC, fixada em R\$ 5.000,00.

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. Dalcio Moser.

Florianópolis, 5 de junho de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.020373-4, DE JOAÇABA

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Agravo de instrumento — Exceção de pré-executividade — Ausência do demonstrativo do débito (art. 614, II, do CPC) — Desnecessidade — Título que fornece todos os elementos para a determinação do valor devido — Matéria, ademais, não aventada nos embargos à execução — Decisão mantida — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.020373-4, da comarca de Joaçaba (1ª Vara), em que são agravantes Alécio Izidoro Martini e outros, sendo agravada a Cooperativa de Crédito Rural Vale do Rio do Peixe Ltda. — Sicoob/SC:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por maioria de votos, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Agravo de instrumento interposto por Alécio Izidoro Martini, Sunta

Cavalli Martini, Valdir Martini e Norberto Luiz Martini, contra o despacho do Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Joaçaba que, nos autos da ação de execução (n. 037.98.002725-6), promovida pela Cooperativa de Crédito Rural Vale do Rio do Peixe Ltda. — Sicoob/SC, julgou improcedente a exceção de pré-executividade.

Aduziram a ausência de demonstrativo atualizado do débito (art. 614, II, do CPC) e pugnaram pela decretação da nulidade da execução.

Em despacho de fls. 64/65, concedeu-se o postulado efeito suspensivo ao recurso.

Intimada, a agravada interpôs agravo regimental da decisão que atribuiu efeito suspensivo ao agravo (fls. 71/87).

Em seguida, apresentou contra-razões, arguindo a preclusão da exceção de pré-executividade, bem como da matéria aventada, e sustentando as razões da defesa. Por fim, requereu a reconsideração do despacho concessivo da liminar e a condenação dos agravantes nas sanções da litigância de má-fé (fls. 104/125).

Às fls. 254/258, decidiu-se pelo não conhecimento do agravo regimental, em razão da ausência de previsão legal.

II — Voto

Insurgem-se os agravantes contra a decisão que julgou improcedente a exceção de pré-executividade, inacolhendo o argumento de que a inexistência de memória discriminada do débito implicaria na nulidade da execução.

Depreende-se dos autos que a escritura pública de confissão de dívida estabelece o principal de R\$ 404.255,35 (quatrocentos e quatro mil, duzentos e cinquenta e cinco reais e trinta e cinco centavos), com atualização monetária pelo índice da Taxa Referencial, acrescido de juros calculados e capitalizados mensalmente de 1% ao mês e, em caso de inadimplemento, o débito fica sujeito ao pagamento de juros de mora de 1% ao mês, bem como de multa contratual de 10% sobre o valor total do débito (fls. 57/59).

Como se vê, a liquidez do crédito é questão apenas de cálculo dos elementos fornecidos pelo título executado, porquanto a determinação do montante devido depende apenas de simples operação aritmética, com base em índices e tabelas oficiais.

Assim é que, nos autos dos embargos à execução, a ausência de memória discriminada do débito não impediu os executados de apresentarem defesa, impugnando os valores incidentes sobre o principal da dívida.

Houve, assim, preclusão, também.

A respeito do tema, Cândido Rangel Dinamarco ressalta:

“Constitui judicioso entendimento dominante o de que a liquidez do crédito se contenta com a determinabilidade do quantum debeatur, não sendo necessário que o título se refira, desde logo, a um montante determinado. O que importa é que o título executivo forneça todos os elementos imprescindíveis para que, mediante simples operação aritmética, possa ser encontrado o número de unidades de moeda pelo qual a execução se fa-

rá" (Execução Civil. 2ª ed., São Paulo, RT, 1987, vol.1, pág. 281).

Por sua vez, Humberto Theodoro Júnior destaca:

"Não são, porém, ilíquidos os títulos que, sem mencionar diretamente a quantia exata da dívida, indicam todos os elementos para apurá-la mediante simples operação aritmética em torno de dados do próprio documento" (Processo de Execução. 17ª ed., São Paulo, Leud, 1994, pág. 136).

Mutatis mutandis, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

"Se a execução está baseada em cédula de crédito industrial, não há razão para extingui-la pelo fato de não ter sido apresentada memória detalhada de cálculo, contendo o título todos os elementos necessários para que seja expurgado, se presente, o excesso de execução" (REsp n. 228.196/SC, rel. Min. Carlos Alberto de Menezes Direito, j. 12/6/2000).

Desse modo, somente o apego excessivo ao formalismo pode justificar a decretação da nulidade da execução pela inobservância do preceito do art. 614, II, do Código de Processo Civil, posto que a escritura pública de confissão de dívida permite a delimitação do valor do débito.

Nesse contexto, deve ser mantida a decisão, proferida em consonância com o princípio da instrumentalidade do processo, entendido em

seu escopo maior de realização da justiça que, no caso em apreço, é representada pela satisfação do crédito. Tudo o que devia ser analisado e dito, foi no julgamento dos embargos à execução, no qual a matéria sub judice sequer foi aventada.

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 15 de maio de 2001.

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

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino:

Dissenti da douta maioria apenas em parte, por entender que do demonstrativo atualizado do débito decorre a certeza e exigibilidade do título, requisitos cuja presença incumbe ao juiz de ofício verificar, em qualquer tempo e grau de jurisdição, provendo a respeito, à míngua dos quais nula será a execução, a teor do estabelecido no art. 618 do Código de Processo Civil.

Sérgio Paladino

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.020378-5, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Ação cautelar inominada — Sociedade limitada — Alteração contratual que destituiu a sócia-gerente — Contrato social omissivo — Aplicação da Lei do Anonimato — Necessidade de assembléia-geral — Fumus boni juris inconfigurado — Demissão injustificada — Inexigibilidade — Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.020378-5, da comarca de Balneário Camboriú, em que são agravantes Emilio Rangel Bonifacino, Manuel Juan Ambrosio Olivari, Martín Adrian Krochik, Miguel Angel Nanni e outros, e agravada Mariza Andrade Valgas:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Agravo de instrumento interposto por Emilio Rangel Bonifacino, Manuel Juan Ambrosio Olivari, Martín Adrian Krochik, Miguel Angel Nanni, Roberto Gebhart, Roberto David Krochik, Román Rolando Vitas e Zorial Hotéis e Turismo Ltda., contra o despacho proferido pelo Juiz de Direito Substituto da 1ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú que, nos autos da ação cautelar inominada (n. 005.00.014155-5) promovida em face de Mariza Andrade Valgas, indeferiu, liminarmente, a destituição da agravada da gerência da sociedade, pois a alteração contratual que a determinou não foi precedida de reunião entre os

sócios, além de não ter sido comprovada a sua incompetência ou inaptidão na administração da sociedade.

Juntaram as peças obrigatórias e requereram a concessão de efeito suspensivo (fls. 2 a 87).

Às fls. 90/91, indeferiu-se o postulado efeito suspensivo.

Irresignados, os recorrentes interpuseram agravo regimental (fls. 96 a 120), o qual não foi conhecido por ausência de previsão legal (fls. 127 a 131).

Instada, a agravada não apresentou contra-razões (fl. 146).

II — Voto

Depreende-se dos autos que o contrato social não dispôs a respeito da realização de alteração contratual, tampouco estabeleceu a forma de destituição da agravada que, na cláusula décima quarta, foi nomeada administradora da sociedade. Todavia, determinou que "os casos omissos, serão regulados pelo disposto Decreto n. 3.708 de 10 de janeiro de 1919, e Lei n. 8.934 de 18 de novembro de 1994, regulado pelo Decreto n. 1.800 de 30 de janeiro de 1996" (cláusula décima oitava — fl. 42).

O Decreto n. 3.708/1919, que disciplina a constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, não regula a alteração contratual, apenas preceitua que os sócios que divergirem da modificação têm a faculdade de se retirarem da sociedade (art. 15). No entanto, prescreve que “serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas (art. 18)”.

Portanto, as omissões do contrato social são supridas pelo disposto na legislação regulamentadora das sociedades anônimas.

Nesse sentido é a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

“...quando se tratar de constituição ou dissolução, a disciplina legal vigente em relação à sociedade limitada é a prevista no Código Comercial, por força do disposto no art. 2º do Decreto n. 3.708/19, que expressamente se reporta aos arts. 300 e 302 do CCom. Nos demais assuntos, sendo omissa o Decreto n. 3.708/19, observar-se-á o que dispuser o contrato social e, em sendo omissa também este, aplicar-se-á a legislação do anonimato (presentemente, a Lei n. 6.404/76), por força do preceituado no art. 18 do Decreto n. 3.708, de 1919.

“Observe-se bem que o dispositivo mencionado não elege a Lei das Sociedades Anônimas como supletiva da disciplina legal da sociedade limitada, mas do seu contrato social. Assim, os sócios poderão pactuar cláusula divergente de disposição contida na Lei n. 6.404/76, uma vez que esta somente terá vigência em relação às socie-

dades limitadas na hipótese de omissão do ato constitutivo” (Manual de Direito Comercial, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, págs. 140/141).

Por sua vez, José Waldecir Lucena assevera:

“Omissa o contrato social — disse-se — o método colegial torna-se obrigatório, o qual se traduz na realização da assembléia-geral, incidindo, de forma cogente, a Lei das Anônimas, a qual disciplinou a assembléia-geral de maneira ampla, iniciando por conceituá-la como órgão soberano da sociedade ao asserto de que ‘a assembléia-geral, convocada e instalada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento’ (art. 121)” (Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, pág. 422).

Assim, resta inconfigurado o *fumus boni juris*, posto que não se admite alteração no contrato social sem a realização de reunião dos quotistas, equivalente à assembléia-geral prevista na Lei das Sociedade Anônimas.

Por outro lado, vale ressaltar que a destituição do gerente prescinde de comprovação da incompetência ou inaptidão na administração do empreendimento.

O mesmo Lucena salienta:

“No sistema jurídico brasileiro, o gerente da sociedade por quotas, tal como ocorre com o diretor de sociedade anônima, é demissível *ad nutum*, isto é, a todo tempo e sem que seja necessário justificar o afastamento” (obra citada, págs. 391/393).

Não se pode exigir, portanto, que os agravantes justifiquem a destituição da agravada para a comprovação do periculum in mora, que pode ser visualizado na insuperável divergência quanto à administração da sociedade.

Desse modo, mantém-se a decisão recorrida em razão da ausência de um dos pressupostos legais para a concessão da liminar, qual seja, a plausibilidade do direito invocado pelos requerentes.

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2001.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.018859-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Sérgio Paladino

Agravo de instrumento. Ação declaratória. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Alegada inaplicabilidade aos contratos bancários. Orientação jurisprudencial que se pacificou, cristalizando o entendimento consoante o qual tem aplicação aos aludidos contratos, naquilo que não for regulado por legislação específica, observados o princípio constitucional da irretroatividade da lei e a garantia da intangibilidade do ato jurídico perfeito.

Consoante a jurisprudência predominante dos tribunais, o Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos contratos bancários naquilo que não for regulado pela legislação específica, observados o princípio constitucional da irretroatividade da norma e a garantia da intangibilidade do ato jurídico perfeito.

Prova. Código de Defesa do Consumidor. Contrato bancário. Inversão do ônus. Limitação à determinação da juntada dos extratos de conta corrente, não se prestando para obrigar o agravante à elaboração de planilha, contendo a discriminação detalhada do contrato original. Recurso parcialmente provido para eximir o réu da confecção e juntada desta, do contrato, da nota promissória e dos extratos que se encontram nos autos.

“Pode o juiz determinar que o réu apresente a cópia do contrato que o autor pretende revisar em juízo. Aplicação do disposto no artigo 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Arts. 396 e 283 do CPC” (AgRgAg n. 49.124-2—RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 31/10/94, pág. 29.505).

Prova pericial. Inversão do ônus para determinar ao réu o adiantamento dos honorários do perito. Inadmissibilidade. Recurso parcialmente provido para isentá-lo da providência.

Para a hipótese de não dispor a parte de recursos para custear as despesas processuais, prescreve nosso ordenamento jurídico remédio próprio, de cuja posologia se ocupa a Lei n. 1.060/50, não tendo a norma de que trata o inciso VIII do art. 6º da Lei n. 8.078/90, de 11/9/90, o condão de afastar a incidência da inscrita no art. 33 do Código de Processo Civil, a qual distribui o ônus no que tange ao respectivo adiantamento, especificando quem as suportará.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.018859-0, da comarca da Capital (2ª Vara), em que é agravante Banco Bilbao Vizcaya Brasil S.A. e agravado Cúrcio Jamundá:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Irresignado com a decisão que deferiu a inversão do ônus da prova nos autos da ação ordinária contra si intentada por Cúrcio Jamundá, por meio da qual pretende a revisão do contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente — cheque especial —, e lhe impôs o pagamento dos honorários do perito, Banco Bilbao Vizcaya Brasil S.A. interpôs agravo de instrumento, perseguindo a sua reforma, bem como a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Insurge-se contra a inversão do ônus da prova e a conseqüente determinação de adiantamento dos honorários do perito, à consideração de que o ônus da prova é disciplinado pelo Código de Processo Civil, caracterizando-se no caso concreto a hipótese de incidência do art. 333, inciso I, na esteira do qual incumbe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito, acrescentando que a obrigação de adiantar os honorários do perito cabe àquele que requereu a produção da prova técnica, a teor do preceituado no art. 33 do CPC.

Indeferido o pedido de suspensão dos efeitos da decisão hostilizada, o agravado deixou transcorrer in albis o prazo para apresentar contraminuta.

É o relatório.

Procede apenas em parte a irresignação, visto que a hodierna jurisprudência admite a incidência da Lei n. 8.078/90, de 11/9/90 — Código de Defesa do Consumidor —, aos contra-

tos bancários, naquilo que não estiver regulado pela legislação específica, observado o princípio constitucional da irretroatividade da norma e a garantia da intangibilidade do ato jurídico perfeito.

Portanto, a incidência do inciso VIII do art. 6º da Lei n. 8.078/90 afasta a da regra geral inscrita no art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, invocada pelo agravante.

Ora, o agravado postulou a inversão do ônus da prova visando a que o réu proceda à juntada aos autos, com a resposta, de planilha contendo a discriminação detalhada do contrato original celebrado entre as partes — movimentação de sua conta corrente desde sua abertura, com todos os créditos e débitos efetuados, especificando a composição dos valores apontados como devidos, com os percentuais de juros e sua periodicidade, índices utilizados, encargos, e as demais despesas que foram incorporadas ao valor final; extrato da conta corrente movimentada pelo autor desde o início até a data atual, e do contrato de abertura de crédito em conta corrente e a respectiva nota promissória, asseverando que a assinou em branco, para permitir a verificação dos termos nela consignados.

Decerto que o agravante não está obrigado à juntada da planilha, a uma, porque deferida a prova pericial, restaria esvaziada com a respectiva apresentação; a duas, porque para esse efeito não se presta a inversão do onus probandi, tal como o concebeu o legislador ao instituí-lo.

Excetuando a parte pertinente à planilha e à nota promissória assinada em branco, relativamente às quais

constitui desvirtuamento do benefício, no tocante aos extratos de conta corrente que não foram acostados aos autos, considerando-se que o réu juntou cópia do contrato e de alguns extratos, emitidos, respectivamente, em 11/4/99, 9/5/99, 6/6/99 e 4/7/99, procedeu com acerto o Dr. Juiz de Direito, pois o inciso VIII do art. 6º da Lei n. 8.078/90, de 11/9/90, assegura ao consumidor, dentre outros direitos básicos, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência”.

Ora, evidencia-se a verossimilhança das alegações deduzidas pelo apelado, convindo frisar, por oportuno, que as “regras ordinárias da experiência” a que alude o cânone supra autorizam afirmar que as instituições financeiras retêm rotineiramente os instrumentos que documentam as transações realizadas com clientes, tornando impossível ao autor produzir a prova do fato constitutivo do seu direito.

Em caso assemelhado, assentou o Superior Tribunal de Justiça, verbis:

“Prova. Código de Defesa do Consumidor. Inversão do ônus da prova. Contrato bancário. Pode o juiz determinar que o réu apresente a cópia do contrato que o autor pretende revisar em juízo. Aplicação do disposto no artigo 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Arts. 396 e 283 do CPC” (AgRgAg n. 49.124-2—RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 31/10/94, pág. 29.505).

Entretanto, o mesmo não ocorre no tocante à determinação de que o agravante adiante os honorários do perito. Com efeito, a par da circunstância da inversão haver sido deferida em razão da verossimilhança das alegações do agravado, não se verifica a hipossuficiência, que não tem significado econômico para fins de inversão do onus probandi, mas técnico.

Para a hipótese de não dispor a parte de recursos para custear as despesas processuais, prescreve nosso ordenamento jurídico remédio próprio, de cuja posologia se ocupa a Lei n. 1.060/50, não tendo a norma de que trata o inciso VIII do art. 6º da Lei n. 8.078/90, de 11/9/90, o condão de afastar a incidência da inscrita no art. 33 do Código de Processo Civil, a qual distribui o ônus no que tange ao respectivo adiantamento, especificando quem as suportará.

Ademais, ressalte-se, o que ocorre é apenas o adiantamento das despesas, pois “embora a norma diga ‘pagará’, na verdade deve-se enten-

der ‘adiantar’, já que o vencido reembolsará essas despesas a final, de conformidade com o CPC 20 caput. Neste sentido: Barbi, Coment., 230, 134; Negrão, CPC, 33, 98” (Nery Júnior, Nelson. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, pág. 310).

Ante o exposto, deu-se parcial provimento ao recurso para eximir o agravante da obrigação de juntar a planilha, o contrato, cuja cópia encontra-se nos autos, os extratos que igualmente foram anexados, e de antecipar os honorários do perito.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 26 de junho de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente, com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.020361-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Sérgio Paladino

Agravo de instrumento. Ação de consignação em pagamento. Cédula de crédito comercial. Pedido de estorno das quantias debitadas em conta corrente ante a propositura de ação consignatória. Indeferimento. Coisa depositada diversa da devida. Recusa pelo credor. Possibilidade. Recurso desprovido.

A consignação só traduz pagamento quando o valor depositado corresponde ao devido, o qual compreende o principal e os encargos pactuados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.020361-0, da comarca da Capital (3ª Vara), em que é agravante SR Administradora de Imóveis Ltda. e agravado Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

Irresignada com a decisão que indeferiu o pedido de estorno dos descontos efetuados pelo Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc em sua conta corrente após a propositura da ação visando à consignação dos valores, SR Administradora de Imóveis Ltda. interpôs agravo de instrumento, pretendendo a sua reforma.

Alega a agravante que obteve o deferimento do pedido formulado na ação de consignação, para que depositasse apólices da dívida pública das obrigações do reaparelhamento econômico de 1956, séries 1955 e 1952, referentes ao saldo devedor da cédula de crédito comercial firmada com o agravado, pretendendo evitar a mora.

Assevera que realizou o depósito na agência central do Banco do Brasil S.A. desta cidade, e que, mesmo tendo tomado ciência do ocorrido em 2 de junho de 2000, o agravado continuou a efetuar o débito automático na conta corrente da agravante dos valores relativos às prestações ajustadas, estas na quantia mensal de R\$ 14.831,48 (quatorze mil, oitocentos e trinta e um reais e quarenta e oito centavos).

Salienta que o quantum referente aos meses de maio, junho e julho do corrente ano deve ser restituído, em virtude de haver depositado em banco oficial o valor total do contrato.

Acrescenta, outrossim, que ao analisar novamente o pedido, a Dra. Juíza Substituta em exercício não cumpriu o acórdão proferido no AI n. 00.015624-8, que anulara o despacho proferido anteriormente pelo Titular da 3ª Vara Cível da Capital.

Sustentando, por derradeiro, que não pode ser compelida a pagar 2 (duas) vezes a mesma prestação, enfatizando que o débito é objeto de discussão judicial e que a manutenção do despacho implicaria na perda do objeto da ação de consignação, concluiu postulando a restituição dos valores debitados em sua conta corrente n. 049600-4, agência 29, do Banco do Estado de Santa Catarina S.A., bem como que se determine ao agravado que se abstenha de efetuar o débito automático das futuras prestações.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo, a agravante interpôs agravo regimental, do qual não conheceu a egrégia Câmara Cível Especial.

Com as informações da Dra. Juíza a quo e decorrido in albis o prazo para manifestação do agravado, vieram conclusos.

É o relatório.

A Dra. Juíza Substituta indeferiu as pretensões da agravante, ao entendimento de que “o pedido consignatório se confunde com dação em pagamento, uma vez que pretende liberar-se da obrigação que possui com o” agravado, entregando-lhe coisa di-

versa da contratada — Apólices da Dívida Pública.

Decerto, “a obrigação de pagar dívida em dinheiro é obrigação de dar” — di-lo Sílvio de Salvo Venosa (Direito civil, teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, São Paulo, Atlas, 2001, vol. 2, pág. 84) —, portanto, apenas o depósito pecuniário — a coisa devida — quitaria a dívida sem a aprovação do credor, liberando a agravante da obrigação e impedindo a realização de débitos na sua conta corrente, a par de ensejar a devolução dos valores descontados a partir do depósito que objetivasse a consignação.

Ao discorrer sobre as obrigações de dar coisa certa, assinala Arnaldo Rizzardo:

“Por este tipo de dar, o devedor fica obrigado a entregar ou fornecer ao credor um bem determinado, especificado ou individuado. Assim, entregar a coisa na compra e venda; o uso na locação; o imóvel no arrendamento; o bem que servirá de garantida no penhor; o dinheiro no mútuo” [grifo nosso (Direito das obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 1999, pág. 78)].

Além disso e levando em consideração que os títulos da dívida pública são de difícil circulação, tanto que não são aceitos para garantir o juízo nas execuções fiscais, a entrega destes não traduz pagamento, não tendo o condão de liberar o devedor da obrigação contraída com a entidade financeira, sendo lícito a esta exigir o respectivo cumprimento, que no caso faz procedendo ao débito na conta corrente da agravante.

Igualmente não procede a alegação de que a decisão agravada descumpriu o acórdão proferido no AI n. 00.015624-8, visto que anulou o despacho anterior, determinando que outro fosse prolatado.

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 24 de abril de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente, com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.001602-0, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Mazoni Ferreira

Agravo de instrumento. Cautelar inominada. Posto de combustível. Contrato de promessa de compra e venda mercantil e de comodato. Distribuidora. Cláusula de exclusividade no fornecimento de combustíveis e produtos derivados de petróleo. Ausência de prova dos prejuízos financeiros ou prática de preços abusivos pela distribuidora. Inexistência de ofensa ao Código de Defesa do Consumidor ou desrespeito à ordem econômica e ao princípio da livre concorrência. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2000.001602-0, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é agravante Auto Posto Diplomata e agravada Esso Brasileira de Petróleo Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas legais.

Auto Posto Diplomata interpôs recurso de agravo de instrumento contra a decisão do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Itajaí, que nos autos da Ação Cautelar Inominada n. 033.99.016472-4, movida em face de Esso Brasileira de Petróleo Ltda., indeferiu o pedido de liminar para que fosse autorizado a adquirir produtos de outras distribuidoras ou usinas de álcool, bem como descaracterizar o posto como sendo de bandeira Esso.

Alega que o MM. Juiz a quo não fundamentou sua decisão denegatória da liminar, não analisando os elementos fáticos expostos no pedido inicial acerca do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Aduz que atualmente o comércio varejista de combustíveis e derivados de petróleo é regulamentado por normas estabelecidas pela Agência Nacional do Petróleo — ANP e somente os postos devidamente registrados naquele órgão podem revender combustíveis a varejo, prática vedada às distribuidoras, cuja atividade se restringe à venda no atacado.

Acrescenta que é revendedor de combustíveis e lubrificantes, os-

tentando a marca (bandeira) da agravada, com a qual firmou contrato de promessa de compra e venda mercantil de produtos e de comodato de equipamentos com revendedor garantido por fiança, bem como contrato de licença de uso de marca.

Acusa a agravada de burlar a norma da ANP e passar por titular de registro de posto revendedor, fazendo valer tão-somente sua vontade única no contrato, não praticando uma parceria entre a distribuidora e o posto de combustível, para fazer frente a enorme competitividade de mercado, mas sim, apenas visando a aumentar seus lucros, impondo ao agravante regras leoninas de exclusividade no comércio de combustíveis e derivados, já condenadas pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que impedem seu direito de exercício do livre comércio.

Afirma que esse contrato de exclusividade de revenda de combustíveis e derivados é inconstitucional, porque o impede de adquirir produtos de outras distribuidoras que melhor preço lhe oferecerem, uma vez que a agravada está praticando preços abusivos no fornecimento, obrigando-o a adquirir seus produtos, sob pena de não conseguir repor seus estoques, e causando-lhe enormes prejuízos.

Alega que, com os preços fornecidos pela agravada, vem perdendo espaço no mercado a cada dia, ofendendo o princípio da livre concorrência estabelecido no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal, prejudicando a regra do *pacta sunt servanda*, ante o *desequilíbrio contratual*.

Requer a atribuição de efeito ativo ao agravo, para que seja autori-

zado liminarmente seu direito de livre comércio de combustíveis e derivados, de forma a adquiri-los de qualquer distribuidora ou usina de álcool à sua escolha, e a descaracterização do posto revendedor como bandeira Esso.

Conclusos os autos, o Exmo. Sr. Juiz Nelson Schaefer Martins concedeu o efeito ativo almejado.

Intimada, a agravada apresentou suas contra-razões, alegando que o agravante está valendo-se de decisões proferidas por desembargadores deste Tribunal, em situações completamente diferentes daquela em que se encontra, para alcançar objetivos diferentes daqueles que estavam em jogo nos recursos que ensejaram as decisões invocadas, porque em nenhum momento se recusou a fornecer combustível ao posto.

Acrescenta que o motivo do agravante em rescindir o contrato é a oportunidade de enriquecimento rápido, diante da turbulência por que passa o mercado de combustíveis, fazendo com que novas distribuidoras que deixam de observar determinadas condutas e padrões de qualidade nos produtos seduzam os postos revendedores com preços extremamente baixos.

Aduz que a margem de lucro praticada pelos revendedores Esso flutua entre 20 e 23 centavos por litro, o que é considerado excelente no mercado de combustíveis, e a maioria dos postos não tem nenhuma dificuldade em praticá-la, não havendo situação de quebra iminente, invocada para falsear a existência de um periculum in mora.

Afirma que o que incomoda o agravante é que alguns postos estão podendo usufruir legalmente da liberdade de escolha na hora de adquirir combustíveis, sendo chamados de "postos de bandeira branca", cuja atividade foi disciplinada pela Portaria 9/97, do Ministério das Minas e Energia.

Entende que a partir da edição da Portaria n. 9/97 a vinculação dos postos com as distribuidoras deixou de ser uma questão de imposição normativa e passou a ser uma questão contratual, não podendo o agravante simplesmente quebrar o acordo avençado e passar a adquirir combustível de quem quiser, porque a mencionada portaria não pode retroagir e alcançar um ato jurídico perfeito.

Afirma que um posto vinculado à distribuidora, como o agravante, pode tornar-se de "bandeira branca", bastando aguardar o término de seu contrato com a companhia a que se acha vinculado, sem renová-lo, ou rescindir o contrato, arcando com os ônus de tal decisão, não podendo simplesmente rasgar o acordo, em prejuízo do disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

Requer a revogação do efeito ativo concedido e o desprovidimento do agravo.

Posteriormente a agravada veio aos autos e aditou sua contraminuta e juntou documentos novos, sendo intimado o agravante, que apresentou impugnação, juntando também novos documentos e requerendo o desentranhamento dos documentos novos, pelo fato de a juntada ter sido requerida por estagiário inscrito na OAB, sem o acompanhamento de advogado.

A agravada novamente apresentou manifestação, pugnando pelo desprovimento do recurso, e o agravante reiterou o pedido de desentranhamento dos documentos juntados às fls. 151/160.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

O pedido de desentranhamento dos documentos juntados pela agravada às fls. 151/160 nos autos do agravo, pelo fato de a petição que requereu sua juntada estar firmada somente por estagiário, não merece prosperar.

O Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), em seu art. 3º, § 2º, estabelece que:

“Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil — OAB.

(...)

“§ 2º O estagiário de advocacia, regularmente inscrito, pode praticar os atos previstos no art. 1º, na forma do Regulamento Geral, em conjunto com advogado e sob responsabilidade deste”.

No art. 1º, inciso I, do referido Estatuto, consta que são atividades privativas de advocacia “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”.

Tais dispositivos visam a regular o direito postulatório, insculpido no art. 36 do CPC, que é exclusivo de quem está regularmente inscrito na OAB.

Esse direito postulatório abrange todos os pedidos efetuados no fei-

to que visem a demonstrar direitos e a requerer a intervenção do Estado-Juiz na causa, não podendo o estagiário propor pedido inicial, contestar, impugnar, recorrer ou praticar quaisquer atos que influam no julgamento do processo sem estar regularmente inscrito na OAB e sem que a petição venha assinada em conjunto e sob responsabilidade de um advogado.

Ocorre que os documentos juntados às fls. 151/160 no processo de agravo nenhum efeito terão sobre o julgamento do mérito do recurso, visto que é matéria essencialmente de direito.

Uma diligência desnecessária para que sejam desentranhados documentos que em nada influenciam no julgamento da lide somente atrasaria a apreciação e julgamento do agravo por esta Câmara, o que não é o objetivo da Justiça.

Isto posto, o pedido de desentranhamento é rejeitado.

Quanto ao mérito do agravo, a prova documental que instrui o processo mostra que em 30/11/1990 a Ezzo Brasileira de Petróleo Ltda. e o Auto Posto Diplomata lavraram um “contrato de promessa de compra e venda mercantil de produtos e comodato de equipamentos com revendedor garantido por fiança” (fls. 41/49), cujo objeto é a venda de combustíveis e derivados de petróleo a varejo, ficando a distribuidora obrigada a fornecê-los, bem como a emprestar os equipamentos e utensílios necessários ao funcionamento do posto, em regime de comodato, e ficando o revendedor obrigado, dentre outros, a utilizar exclusivamente os produtos e

propagandas fornecidos pela distribuidora.

Estipularam também no contrato uma multa para a parte inadimplente, com reembolso de despesas de instalação e posterior retirada dos equipamentos emprestados.

Juntamente com a avença anterior, as partes lavraram um "contrato de licença de uso de marca" (fls. 50/52), visando ao uso exclusivo da marca "Óleo Center", com vigência enquanto o revendedor integrar a rede de postos Esso.

O agravante, ao requerer a concessão de liminar, baseou seu pedido nos seguintes motivos:

a) ofensa ao Código de Defesa do Consumidor;

b) falta de competitividade no mercado, em face do contrato de exclusividade firmado com a agravada;

c) prática, por parte da agravada, de preços abusivos no fornecimento dos produtos;

d) prejuízos financeiros, por não poder adquirir combustíveis e outros produtos de distribuidoras que não ostentem a bandeira Esso;

e) o desrespeito à ordem econômica e ao princípio da livre concorrência;

f) inconstitucionalidade das cláusulas do contrato, prejudicando o princípio do pacta sunt servanda.

Porém, em nenhum momento o agravante logrou comprovar a ocorrência dos prejuízos alegados nas suas razões de recurso, nem de preços abusivos praticados pela distribuidora, com a juntada de comprovantes de receitas e despesas, ou tabelas de preços dos produtos fornecidos e sua

comparação com o preço praticado no mercado.

A afirmação de que o contrato mercantil ofende o Código de Defesa do Consumidor também é desprovida de fundamento legal.

Estabelece o caput do art. 2º da Lei n. 8.078/90 que:

"Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Observe-se que o contrato lavrado entre as partes foi de natureza "mercantil", cujo objeto foi o fornecimento e revenda de produtos e derivados de petróleo, não sendo, portanto, o agravante o consumidor final, mas apenas o revendedor de produtos oferecidos pela agravada.

Eduardo Gabriel Saad, em sua obra "Comentários ao Código de Defesa do Consumidor", São Paulo, Ed. LTr, 1998, pág. 61, menciona que:

"a expressão 'destinatário final' designa o consumidor que adquire um produto para satisfazer a uma necessidade pessoal ou a uma necessidade desvinculada da atividade básica em se tratando de pessoa jurídica. Está implícito nesse entendimento que o produto há de estar acabado, apto a atender ao fim desejado pelo consumidor".

Tratando a atividade comercial realizada pelo agravante de revenda de combustíveis e derivados de petróleo ao consumidor final, está incluso na categoria de fornecedor, não podendo beneficiar-se da Lei n. 8.078/90 para alegar fatos supervenientes que supostamente tornaram onerosas as

cláusulas do contrato de natureza mercantil.

Quanto ao alegado desrespeito à ordem econômica, ao princípio da livre concorrência e inconstitucionalidade das cláusulas do contrato, traz-se à colação a decisão do STJ que em situação análoga julgou, em 28/8/96, o Mandado de Segurança n. 4.138-DF, da lavra do Min. José Delgado, em 1ª Seção, em que ficou consignado:

“Constitucional e administrativo. Comercialização de combustível. Controle e fiscalização pelo Estado.

“1. A intervenção do Estado na atividade econômica encontra autorização constitucional quando tem por finalidade proteger o consumidor.

“2. A edição de regras de polícia ostentadas pelos arts. 11 e 18, respectivamente, das Portarias Ministeriais ns. 61/1995 e 63/1945, estão autorizados pelos princípios insculpidos nos arts. 5º, XXIX, XXXII, e 170, II e V, da CF/88.

“3. O Código de Proteção ao Consumidor (arts. 4º, I, III e IV, 6º, IV, e 55) dá sustentação jurídica para a edição das portarias referidas, além do DL n. 395, de 27/4/1938, da Lei n. 2.004, de 3/10/1953, e legislação posterior que reestruturou o Ministério das Minas e Energia e fixou as suas atribuições.

“4. A liberdade de ‘bandeira’ para a comercialização de combustível, relação considerada de utilidade pública, não atende aos interesses de se proteger o bem comum e as relações de consumo.

“5. Segurança denegada, liminar cassada”.

Colacionam-se, na oportunidade, excertos do voto do Exmo. Sr. Ministro José Delgado, que muito bem esclarece a matéria:

“Sabido é que, com a Carta Magna de 1988, a defesa do consumidor foi elevada à categoria de direito fundamental e que ao Estado foi outorgada, de modo obrigatório, a atribuição de protegê-lo, conforme se depreende do art. 5º, inc. XXXII:

‘Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

‘XXXII — O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor’.

“Esse direito fundamental há de ser assegurado, por imposição constitucional, pelo Estado, a quem cabe, ao protegê-lo, voltar-se, também, para os princípios regedores da ordem econômica que há de se desenvolver tendo em vista a defesa do consumidor, conforme previsão do art. 170, V, CF:

‘Art. 170 — A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

‘V — defesa do consumidor’.

“Forte em tais determinações constitucionais, surgiu o Código de Proteção ao Consumidor que, em seu art. 4º, estabelece a Política Nacional a ser aplicada às relações de consu-

mo de caráter obrigatório e harmonizada com a dicção do art. 170 da CF.

“A irresignação dos impetrantes quanto ao controle das suas atividades não tem amparo legal nem lhes fere qualquer direito subjetivo.

“O controle que lhes é imposto decorre da necessidade de oferecer os seus produtos, considerados de utilidade pública, com rigorosa transparência, a fim de se atender aos ditames do art. 4º do Código de Proteção ao Consumidor.

“A liberação para adquirir combustível de qualquer ‘bandeira’ não permite que se preste obediência ao princípio da transparência, na relação a ser estabelecida com o consumidor, pela impossibilidade de se identificar a origem do produto.

“Não se perca de vista que toda a comercialização de petróleo se desenvolve pela forma contratual.

“Suficiente a disposição legal analisada para se ter como harmônicos com o nosso ordenamento jurídico os artigos 11 e 18 das Portarias ns. 61/95 e 63/95, do Ministério das Minas e Energia.

“Deve ser lembrado, também, que o art. 6º, IV, do Código de Proteção ao Consumidor, não permite métodos de comercialização envolvidos por atos desleais. A se permitir que um vendedor de combustível comercialize produtos de outra origem que não sejam o da sua bandeira, tal pode ocorrer.

“Em outro passo, colho feliz observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em parecer ofertado sobre o assunto, de que as regras de polícia de que tratam os arts. 11 e 18, respec-

tivamente, das Portarias Ministeriais já enfocadas, têm por finalidade assegurar o cumprimento, além do direito fundamental de proteger o consumidor, conforme já analisado, do estatuído no art. 5º, XXIX, da CF:

‘A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para a sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País’.

“É que as Portarias examinadas visam a defesa das marcas dos produtos que foram, a altos custos, fixados no meio do consumidor e dele ganharam confiança. Com a liberdade das ‘bandeiras’ torna-se difícil identificar a marca do produto, pela ausência de transparência.

“A afirmação dos impetrantes de que foi violado o princípio da livre iniciativa não tem raízes sólidas. Livre iniciativa de atividade econômica não significa liberdade absoluta, como explicou, adequadamente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

‘Livre iniciativa não significa senão liberdade de iniciar um ‘negócio’ e dirigi-lo sem constrangimentos exceto os que o Estado, por suas normas, impõe, para a defesa do bem comum.

‘Como bem põe a consulta, no caso em tela, as normas das citadas Portarias ‘não obrigam os postos revendedores a se vincular à marca de comércio (Bandeiras) de uma determinada distribuidora, para atuarem no mercado, do mesmo modo que não obrigam as distribuidoras a somente fornecer produtos a postos revende-

dores que estejam vinculados à sua marca de comércio (Bandeira)'. Assim não cerceiam a livre iniciativa, mas, como se mostrou, protegem objetivos de interesse geral, inclusive o consumidor'.

"Essa doutrinação é completa com os ensinamentos de que:

'Livre concorrência é o direito de competir sem constrangimento exceto os que decorrem das normas postas pelo Estado, em vista do interesse geral, e no respeito à moralidade.

'Evidentemente, enquadra-se no interesse geral o respeito às lei e outras normas postas pelo Estado, como também à moralidade nos negócios (CF, Wolfgang Reder, 'A Moral da Economia de Mercado', Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994).

'Veja-se que o desrespeito a esse imperativo moral torna 'desleal' a competição e esta forma de concorrência é proibida, mais, é apenas como delito'.

Na hipótese apresentada, o agravante não se vinculou a qualquer estatuto, mas realizou com a agravada vários negócios de compra e venda mercantil. Tais negócios, por serem lícitos e constitucionais, tornaram-se atos jurídicos perfeitos e colocaram-se ao abrigo de qualquer mutação legal.

Não é outro o entendimento jurisprudencial.

Veja-se:

"Posto de gasolina. Contratos de fornecimento entre a distribuidora e a revendedora. Dolo e simulação. Precedentes. Súmula 126 da Corte. 1. Amparado em fundamentos constitu-

cional e infraconstitucional, assim, no primeiro caso, a ausência de violação aos artigos 170, IV, e 173, § 4º, da Constituição Federal, afastada a ofensa ao princípio da livre concorrência, a falta do recurso extraordinário provoca a incidência da Súmula 126 da Corte. 2. Precedentes da Corte assentaram que se o posto varejista 'negocia combustíveis cuja origem não corresponde a sua bandeira, ele estará enganando o consumidor e se locupletando às custas do titular do logotipo', e, ainda, que o 'Ministro das Minas e Energia dispõe de autoridade para, em Portaria, impedir que o granelista venda combustível ao varejista ligado a bandeira que não a sua. Em assim fazendo, não ultrapassa os limites do poder de polícia'. 3. Não há dolo nem simulação quando se pratica ato amparado pela legislação em vigor, sem nenhuma manobra para burlar a disciplina legal ou agredir o direito da outra parte contratante, como bem posto no acórdão recorrido. 4. Não há razão alguma para configurar, no caso, abuso de poder econômico, à medida que os contratos feitos sob a cobertura constitucional, legal e regulamentar não caracterizam domínio de mercado nacional ou eliminação total ou parcial da concorrência. Todas as empresas que operam sob o regime de exclusividade de bandeira podem adotar o mesmo sistema contratual, não estando, no caso, configurada a concorrência desleal. 5. Recurso especial não conhecido" (REsp n. 188.947-PR, STJ — 3ª Turma, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 9/12/99, v.u.).

Assim sendo, se o agravante pretende desvincular-se da "bandeira" à qual espontaneamente aderiu, deverá fazê-lo na forma contratual avença-

da, ou seja, pelo término de sua vigência, ou pelo distrato, arcando com as multas e despesas previstas no contrato mercantil.

Isto posto, decide a Segunda Câmara Civil, por unanimidade de votos, cassar o efeito ativo concedido no agravo e desprover o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 5 de abril de 2001.

Mazoni Ferreira,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.022505-4, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Volnei Carlin

Agravo de instrumento — Medida cautelar preparatória — Negativa de liminar — Drogeria e farmácia — Loja de conveniências e drugstore no mesmo estabelecimento — Comercialização de produtos não farmacêuticos — Possibilidade.

A Lei n. 5.991/73 autoriza a comercialização de produtos não correlatos em farmácias e drogerias, desde que estejam fisicamente separados dos medicamentos, drogas e demais produtos afins, bem como exista previsão estatutária autorizadora, restando à Administração Pública o poder-dever de fiscalização.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.022505-4, da comarca de Balneário Camboriú, em que é agravante Drogeria e Farmácia Catarinense S.A. e agravado o município de Balneário Camboriú:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao agravo, tão-somente para autorizar as atividades comerciais almejadas, cabendo à Administração Pública o poder-dever de fiscalização.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Balneário Camboriú, Drogeria e Farmácia Catarinense ajuizou medida cautelar inominada contra o Município, visando à comercialização de produtos não correlatos a drogas e medicamentos, em dependência separada, no mesmo estabelecimento. Pretendeu o deferimento liminar de liberação para venda de produtos previstos como drugstores e para impedir ação contrária do órgão fiscalizador da Secretaria da Saúde e Saneamento.

Tendo sido a liminar indeferida (fl. 179) a requerente interpôs agravo

de instrumento pretendendo a reforma do decisum de primeira instância.

Ao presente agravo foi negada carga suspensiva, momento em que também foi afastada a preliminar de nulidade da decisão objurgada (fls. 588/592).

Informações do Magistrado a quo às fls. 603/604.

Nas contra-razões, o agravado defende o acerto da decisão recorrida (fls. 605/610).

O representante do Parquet manifestou-se no sentido do conhecimento e provimento parcial do agravo (fls. 616/623).

II — Voto

Ocupam-se os presentes autos de agravo de instrumento interposto contra a decisão de primeiro grau que indeferiu medida liminar para comercialização de produtos previstos como drugstores, impedindo-se ação contrária do órgão fiscalizador da Secretaria da Saúde e Saneamento.

Inicialmente, consigne-se que objeto do presente recurso se limita à análise da possibilidade, ou não, de concessão de medida liminar, fazendo-se mister a presença dos seus essenciais, quais sejam: plausibilidade do direito e perigo da demora.

Veja-se os arts. 4º e 5º da Lei n. 5.991/73, que dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, com a redação dada pela Lei. n. 9.069/95:

“Art. 4º — Para efeitos desta lei, são adotados os seguintes concei-

“(…)

“XX — Loja de conveniência e drugstore — estabelecimento que, mediante auto-serviço ou não, comercializa diversas mercadorias, com ênfase para aquelas de primeira necessidade, dentre as quais alimentos em geral, produtos de higiene e limpeza e apetrechos domésticos, podendo funcionar em qualquer período do dia e da noite, inclusive nos domingos e feriados”.

“Art. 5º — O comércio de drogas, medicamentos e de insumos farmacêuticos é privativo das empresas e dos estabelecimentos definidos nesta lei”.

Conforme documentação acostada às fls. 214/215, a requerente tem como objeto social, entre outros:

“Seção de loja de conveniência e ‘drugstore’, que funcionará em todos os estabelecimentos da empresa, em dependências separadas por balcões ou divisórias, destinados ao comércio, mediante auto-serviço ou não, de diversas mercadorias, com ênfase para aquelas de primeira necessidade, dentre as quais alimentos em geral, chocolates, refrigerantes, bebidas isotônicas, água mineral, sorvetes, alimentos e cereais infantis, sopas ligths, balas diet, bijuterias, produtos de higiene e limpeza, meias, pilhas, filmes, fitas cassete e vídeo para gravação, artigos de habilitação, aparelhos elétricos de uso doméstico, óculos para leitura, brinquedos e livros educativos, podendo funcionar em qualquer período do dia e da noite, inclusive nos domingos e feriados”.

Logo, estando a requerente a respeitar a legislação aplicável (vide fotografias juntadas às fls. 181/197) e

por não existir óbice legal para tal comercialização em locais devidamente adaptados, consubstanciado está o *fumus boni juris*.

Por sua vez, o *periculum in mora* restou configurado em face da possibilidade de perecimento dos produtos já adquiridos se não colocados à venda.

Nesse norte, traz-se à baila assertiva do representante do Parquet, Dr. Luiz Carlos Freysleben:

“Por essa ótica, é adequado afirmar, acompanhando a moderna tendência, já disseminada por todos os países evoluídos da terra, que a pretensão da agravante, exposta na cautelar, ostenta altíssimo índice de possibilidade de alcançar sucesso também na demanda principal, que pretende aforar, posto que já se desenhavam razoavelmente atendidos os requisitos legais, estando presente o *fumus boni iuris*, assim como o *periculum in mora*, este representado por uma gama de produtos já adquiridos e postos à venda e que poderão, eventualmente, perecer.

“Não tenho dúvida acerca do fato de que a atividade de loja de conveniência/drugstore amolda-se, à perfeição, aos conceitos insertos na Lei n. 5.991/73, não havendo vedação alguma a que farmácias e drogarias possam exercê-la, desde que devidamente adaptados os locais destinados a tal fim, para evitar ampalgama de produtos farmacêuticos com aqueles tipicamente vendáveis em lojas de conveniências ou drugstores.

“(…)

“Havendo, como há, autorização legal para o exercício cumulativo dos misteres comerciais tradicionais e

novos da agravante, compete à Secretaria de Saúde e Saneamento adstringir sua ação à verificação da propriedade ou impropriedade da colocação dos produtos farmacêuticos e os a eles não correlatos. Nunca proibir, por contrariedade à lei, a instalação de loja de conveniência/drugstore, porque drogaria ou farmácia só pode exercer atividade própria de drogaria ou de farmácia. Sem a pretensão de ir, desde já, ao âmago da questão, mas não resistindo à necessidade de algum aprofundamento nela, penso que essa atividade inibidora da Administração Pública não lhe é típica. Daí a possibilidade de, mesmo havendo alguma carga de satisfatividade na pretensão da agravante, conceder-se a liminar almejada” (fls. 621/622).

Ademais, com a autorização do comércio dos produtos não correlatos, sem embaraço da fiscalização, estar-se-á dando garantia ao processo principal, ou seja, o porquê da medida cautelar, pois esta é, tão-só, temporária, podendo retornar-se ao status quo ante a qualquer tempo, inibindo-se as irregularidades que, quiçá, ponham em risco a saúde da população.

Colhe-se da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

“Mandado de segurança. Estabelecimento farmacêutico. Loja de conveniências e drugstore. Vigilância sanitária. Proibição de comercialização de produtos não farmacêuticos. Determinação írrita. Informações dissonantes do conteúdo do auto de infração. Impossibilidade. Segurança concedida. Custas processuais. Isenção. LC ns. 156 e 161/97. Apelo e remessa parcialmente providos.

— Tendo o estabelecimento farmacêutico alterado seu contrato social, passando a explorar, conjunta e cumulativamente o ramo de loja de conveniência e de drugstore, a comercialização, no mesmo espaço físico, de produtos de farmacologia e de produtos não farmacêuticos conta com autorização legal dos arts. 4º e 5º da Lei n. 5.991/73, com as alterações decorrentes do art. 74 da Lei n. 9.069/95, desde que atendidas as exigências de separação física dos medicamentos, não configurando tal situação, de forma alguma, o exercício de comércio ilegal e abusivo e, por isso mesmo, passível de proibição pelas autoridades administrativas competentes.

“(…)

“A comercialização de tais produtos, acentue-se, é permitida, desde que atendidas as exigências de separação física dos medicamentos, não configurando, de forma alguma, o exercício de comércio ilegal e abusivo e, por isso mesmo, passível de proibição pelas autoridades administrativas competentes.

“Da análise dos artigos 4º e 5º da Lei n. 5.991/73, com as alterações introduzidas pelo art. 74 da Lei n. 9.069/95, percebe-se que não é vedada a comercialização, pelas lojas de conveniência e drugstore, de produtos não farmacêuticos.

“(…)

“Enquadrando-se a loja de conveniência e drugstore nos termos definidos na Lei n. 5.991/73, poderá ela comercializar, além de diversas mercadorias, dentre as quais alimentos em geral, drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos.

“In casu, resta ver, a autora da impetração alterou o seu contrato social, passando, igualmente, à loja de conveniência e drugstore (fl. 41), em conformidade com o art. 4º, inciso XX, da Lei n. 5.991/73, mantendo, no entanto, o seu departamento de farmácia e drogaria, consoante tutelado por este mesmo diploma legal.

“(…)

“Desta forma, estando a comercialização dos produtos não farmacêuticos amparada legalmente, cabia à Vigilância Sanitária suspender a venda destas mercadorias até que fossem tomadas as providências para separar os medicamentos e os produtos não farmacêuticos e não, como fez, arbitrária e abusivamente, proibir a comercialização” (ACMS n. 99.002450-4, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

Em conclusão: a Lei n. 5.991/73 autoriza a comercialização de produtos não correlatos em farmácias e drogarias, desde que estejam fisicamente separados dos medicamentos, drogas e demais produtos afins, bem como exista previsão estatutária autorizadora. No entanto, irrealizável é a pretensão in initio litis no sentido de impedir o Poder Público de fiscalizar o efetivo cumprimento da lei, pois tal ação visa a proteger a saúde pública.

Pelo exposto, presentes o periculum in mora e o fumus boni juris, dá-se provimento parcial ao agravo, reformando-se a decisão impugnada e concedendo-se a liminar, tão-somente para autorizar as atividades comerciais pretendidas — loja de conveniências e drugstores — no mesmo estabelecimento, observadas as exi-

gências legais referidas, restando à Administração Pública o poder-dever de fiscalização.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, dar provimento parcial ao agravo, tão-somente para autorizar as atividades comerciais almejadas, cabendo à Administração Pública o poder-dever de fiscalização.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Wilson Augusto do Nascimento. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freysleben.

Florianópolis, 26 de abril de 2001.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2000.016109-8, DE POMERODE

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Agravo de instrumento — Execução fiscal — Falência — Bens penhorados — Produto da arrematação entregue ao juízo universal — Credores privilegiados — Exclusão da multa fiscal — Juros moratórios — Incidência até a decretação da quebra — Honorários — Cabimento — Provimento parcial do agravo.

“1. Realizada a praça, o crédito deverá ser posto à disposição da massa falida, para satisfação dos créditos trabalhistas, se houver, assim como os bens arrecadados na falência, caso insuficiente o referido crédito.

“2. O crédito trabalhista goza de privilégio superior ao fazendário, o foro da execução fiscal não se sobrepõe ao foro universal da falência ao qual todos estão obrigados, inclusive o superprotegido crédito trabalhista” (REsp n. 200.181-RG, Min. Peçanha Martins).

3. A decretação da falência impõe, no processo de execução, a exclusão da multa aplicada pelo Fisco, por tratar-se de pena pecuniária de natureza administrativa (art. 23, parágrafo único, III, do DL n. 7.661/45, e Súmulas 192 e 565 do STF).

4. “Em se tratando de falência, não há, em princípio, que se cogitar da fluência de juros após a data de sua decretação (art. 26 do DL n. 7.661/45). Os juros incidentes sobre créditos vencidos antes desse termo são calculados normalmente, de acordo com o pactua-

do, desde o vencimento até a aludida decretação, ficando condicionado o seu pagamento, porém, à existência de saldo que remanesça ao resgate do principal dos créditos habilitados” (STJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — REsp n. 19.459).

5. Nos executivos fiscais, mesmo após a decretação da quebra da devedora, são devidos honorários advocatícios. A isenção só abrange os feitos regidos pela Lei de Falências.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2000.016109-8, da comarca de Pomerode, em que é agravante o Estado de Santa Catarina e agravada Massa Falida de Weege Indústria Alimentícia Ltda.:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao agravo de instrumento.

Sem custas.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina nos autos da ação de execução fiscal por ele ajuizada contra Massa Falida de Weege Indústria Alimentícia Ltda. no Juízo da Vara dos Feitos da Fazenda Pública da comarca de Pomerode, em face de decisão, cuja cópia consta às fls. 51/53, que determinou a arrecadação do produto da futura arrematação ao juízo da falência em favor da massa falida e não ao juízo da execução fiscal.

Sustenta, em síntese, que como a penhora no feito executivo foi realizada anteriormente à decretação da quebra da agravada, não há como persistir a decisão recorrida que determinou que o produto da arremata-

ção seja transferido à disposição da massa falida, devendo, se for o caso, os credores que quiserem discutir maior preferência e prioridade no recebimento de seus créditos em relação ao crédito tributário do agravante vir no juízo da execução fiscal e nele suscitar o concurso de preferências de seus créditos, que deverá ser dirimido nos próprios autos do feito executivo, não sendo procedente transferir o valor da arrecadação ao juízo falimentar.

Afirma, ainda, que não há como resistir a decisão vergastada, pois qualquer debate em relação a maior ou menor preferência de um crédito deverá ser realizado nos próprios autos da ação de execução fiscal. Ao final, requer a reforma da decisão agravada para que:

“a) o produto de eventual arrematação do bem penhorado seja mantido em depósito no executivo fiscal a fim de que a disputa entre os credores privilegiados ocorra nesse processo e não nos autos da falência;

“b) seja exigível da massa o valor da multa;

“c) sejam exigíveis juros até o efetivo pagamento ou, alternativamente, até a decretação da quebra pelo menos;

“d) seja reconhecida a natureza de crédito público da verba advocatícia e a desnecessidade de sua habili-

tação no processo falimentar para que seja exigido da massa” (fl. 20).

O almejado efeito suspensivo restou concedido às fls. 76/81.

A agravada, regularmente intimada, deixou transcorrer in albis o prazo para contraminutar (fl. 92).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Áttila Antônio Rothsahl, manifestou-se pelo provimento da insurreição interposta, “devendo-se excluir do cálculo do débito os valores referentes à multa moratória e computados os juros somente até a decretação da quebra, incidindo após juros legais, se o ativo comportar, mantida a condenação nas custas e verba honorária”.

II — Voto

1. No que se refere à remessa do eventual produto da penhora efetivada no executivo fiscal para o juízo falimentar, adoto como razão de decidir o voto prolatado pelo eminente Ministro Peçanha Martins nos autos do REsp n. 200.181-RS, por entender ser esta a medida mais coerente com os dispositivos legais que protegem os créditos de origem trabalhista. Eis o teor do veredicto julgado:

“O Estado do Rio Grande do Sul, alegando violação aos arts. 186 e 187, parágrafo único, do CTN; 29, parágrafo único, da Lei n. 6830/80 e divergência com as decisões apontadas como paradigmas, inclusive deste STJ, insurge-se contra acórdão que declarou a preferência dos créditos trabalhistas sobre os fiscais, em concurso de credores, afirmando ser isso inadmissível quando a execução fis-

cal e a penhora antecedem a decretação da falência.

“Sobre a matéria lavra dissidência entre as decisões da Corte, como atestam as ementas abaixo transcritas:

“Execução fiscal. Falência. Decretação. — 1. Quando está em curso execução fiscal e, posteriormente, dá-se a quebra da executada, permanece o produto da arrematação sob a égide daquele processo. — 2. O juízo da falência não alcança execução fiscal já aparelhada, devendo, se for o caso de credor preferencial, colocar-se este na ordem de preferência do seu crédito. — 3. O produto da arrematação não deve ser posto à disposição da massa falida. — 4. Recurso conhecido e provido” (REsp n. 74471/RS, M. José Delgado).

“Processual civil. Execução fiscal. Massa falida. Bens penhorados. Dinheiro obtido com a arrematação. Entrega ao juízo universal. Credores privilegiados. — 1. A decretação da falência não paralisa o processo de execução fiscal, nem desconstitui a penhora. A execução continuará a se desenvolver, até a alienação dos bens penhorados. — 2. Os créditos fiscais não estão sujeitos a habilitação no juízo falimentar, mas não se livram de classificação, para a disputa de preferência com créditos trabalhistas (DL n. 7661/ 1945, art.126). — 3. Na execução fiscal contra falido, o dinheiro resultante da alienação de bens penhorados deve ser entregue ao juízo da falência para que se incorpore ao monte e seja distribuído, observadas as preferências e as forças de massa (1ª T./REsp n. 85274/RS, 13/6/96)”

(REsp n. 109445/RS, M. Gomes de Barros).

Saliento, outrossim, que em caso semelhante votei em sentido diverso. Hoje, modifico meu posicionamento, pois convencido estou do acerto do entendimento sufragado no voto colacionado.

2. No que tange à exclusão da multa, inaplicável o § 6º do artigo 150 da Constituição Federal. O que a norma constitucional exige é que para a concessão de anistia ou remissão de tributos tem de haver lei expressa autorizando-as. A toda evidência, não é o caso dos autos. O afastamento da multa e dos juros é resultante de mandamento legal cogente, do qual não poderia ter-se furtado a MMª Juíza.

Tratando da mesma matéria, a colenda Terceira Câmara Civil, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 1999.015525-0, em que foi relator o saudoso Des. Eder Graf, consignou:

“O argumento de que, por força dos artigos 150, § 6º, e 151, III, da Constituição Federal, ‘a União não pode conceder favor fiscal relativo a tributo que não é de sua competência’ (fl. 19), é impertinente à espécie.

‘O artigo 150, § 6º, da Constituição Federal dispõe:

‘Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g’.

‘Quer dizer, a lei, a partir da Constituição Federal de 1988, só pode prover sobre anistia ou remissão em matéria de impostos, taxas ou contribuições se for específica.

‘Evidentemente, esse comando constitucional nada tem a ver com a jurisprudência consolidada na Súmula 565 da Constituição Federal [sic], a cujo teor ‘a multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência’.

‘Pouco importa, portanto, que a multa fiscal integre o crédito tributário, porque a interpretação do artigo 23, parágrafo único, III, do Decreto-Lei n. 7.661, de 1945, não constitui hipótese de anistia nem de remissão; ali apenas se diz que a multa fiscal com natureza de pena administrativa não pode ser habilitada na falência.

‘Já o art. 151 reza:

‘É vedado à União:

‘III — instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios’.

‘A primo oculi, percebe-se que essa norma é mais estranha, ainda, à espécie, na medida em que o artigo 23, parágrafo único, III, do Decreto-Lei n. 7.661, de 1945, não instituiu qualquer isenção.

“Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, apreciando a matéria em enfoque sob a égide da Carta Magna de 1988, deixou pontificado:

‘Tributário. Multa moratória. Impossibilidade de habilitação em falência. Art. 23, III, do DL n. 7.661/45. Alegada ofensa aos arts. 150, § 6º; 151, III; e 5º, XXXVI, da CF/88.

'Inconstitucionalidades insuscetíveis de ser demonstradas senão mediante interpretação do dispositivo legal que deu fundamento ao acórdão, vale dizer, por via indireta ou reflexa, que não rendem ensejo ao recurso extraordinário.

'Decisão que, de resto, está em consonância com a jurisprudência do STF, consubstanciada na Súmula 565.

'Agravamento regimental improvido' (AgRg no AI n. 175472/RS, Min. Ilmar Galvão, DJU de 1/12/95, pág. 41.706).

"Ou mais:

'Agravamento regimental em recurso extraordinário. Tributário. Execução fiscal contra massa falida. Inclusão no crédito habilitado em falência da multa fiscal com efeito de pena administrativa. Inviabilidade da sua cobrança. Art. 23, parágrafo único, III, da Lei de Falências. Agravamento regimental desprovido.

'1. A falência tem a natureza de medida preventiva do prejuízo, para impedir a dissipação dos bens do devedor, que são a garantia comum dos seus credores. É também processo de execução extraordinária e coletiva, sobre a generalidade daqueles bens, com o objetivo de circunscrever o desastre econômico do devedor e igualar os credores quirografários.

'2. Inexigibilidade da multa administrativa, que refletiria no montante da massa a ser partilhado pelos credores.

'3. Agravamento regimental não provido' (AgRg no RE n. 212.839/RS, Min. Maurício Corrêa, DJU de 14/11/97, pág. 58.783)".

3. Ao contrário do deduzido pelo agravante, os créditos tributários, mesmo considerando os artigos 186, 187 e 188 do CTN, e artigos 5º, 29, 38 e 113, §3º, da Lei n. 6.830/80, podem sofrer os efeitos do processo falimentar.

Não se deixa de lado a determinação de que os créditos tributários não devam se submeter ao concurso de credores, e que têm preferência sobre quaisquer outros, exceto os trabalhistas. Bem assim, não se discorda que o art. 5º da Lei n. 6.830/80 estabelece a competência do juízo para processar e julgar a ação de execução fiscal, excluindo a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência. Porém, isso não impede que as normas específicas da Lei Falimentar atinjam aspectos definidos do crédito fiscal excluído.

Extrai-se do artigo 23, parágrafo único, III, do Decreto-Lei n. 7.661, de 1945, que a multa fiscal com natureza de pena administrativa não pode ser habilitada na falência.

Sobre a matéria já sumulou o Excelso Pretório: "não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa" (Súmula 192) e que "a multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência" (Súmula 565).

É da jurisprudência deste Socialício:

"Decretada a quebra de empresa comercial contra a qual foi ajuizada execução fiscal, a imposição pelo magistrado singular da exclusão de acessórios incompatíveis com o regime da Lei Falimentar pode e deve ser tomada de ofício, posto que a matéria, por

ser de ordem pública, prescinde do prévio ajuizamento, pela falida, de embargos à execução ou de qualquer provocação da mesma.

“Da exegese dos dispositivos legais que disciplinam o processo de falência resulta que a massa não pode ser apenada com a excessividade de encargos que aderem aos interesses de alguns dos credores. E, referentemente ao crédito tributário, consoante faz-se pacífico na doutrina e na jurisprudência pátria, o que se impõe assegurado ao ente público é o valor do tributo não pago e não as aderências que, a exemplo da multa moratória, refletem apenas a imposição de uma sanção administrativa. Essa, ante a clareza cristalina do art. 23, par. único, III, do Decreto Falimentar, não pode ser adicionada ao crédito tributário habilitado em processo de quebra e, como tal, igualmente não pode ser cobrada da massa falida em ação de execução proposta contra a empresa insolvente.

“Da mesma forma, os juros moratórios, em processos tais, incidem apenas até à data da decretação da quebra da executada, conforme res-sai do disposto nos arts. 25, 26 e 129 do DL n. 7.661/45. Os juros, após a decretação da falência, só são cabíveis acaso a massa comporte o respectivo pagamento.

“Nas ações de execução fiscal, ainda que decretada a quebra da devedora, são devidos honorários advocatícios, posto não se tratar de feito regido pela Lei Falencial” (AI n. 99.015538-2, de Brusque, rel. Trindade dos Santos).

4. Quanto aos juros de mora, o seu cômputo fica limitado até a data

da decretação da falência da devedora/agravada, não se vislumbrando, por outro lado, qualquer afronta ao art. 26 da Lei de Falências, porquanto a apuração do ativo a que se refere a parte final do caput deste dispositivo somente será possível nos autos do processo da falência, após a efetiva liquidação do passivo da empresa falida, ou seja, após o pagamento das dívidas da devedora.

Sobre o tema o Superior Tribunal de Justiça, em voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, já se pronunciou:

“Em se tratando de falência, não há, em princípio, que se cogitar da fluência de juros após a data de sua decretação (art. 26 do DL n. 7.661/45). Os juros incidentes sobre créditos vencidos antes desse termo são calculados normalmente, de acordo com o pactuado, desde o vencimento até a aludida decretação, ficando condicionado o seu pagamento, porém, à existência de saldo que remanesça ao resgate do principal dos créditos habilitados” (STJ, REsp n. 194.59/RJ, DJU de 19/9/94, pág. 24.696).

Extrai-se do voto do eminente Relator:

“4. Quanto aos juros, cumpre considerar inicialmente que, antes de decretada a falência, a responsabilidade pelos encargos contratuais ajustados se conserva regida pela lei civil. Assim, sobre as prestações não pagas cujos vencimentos ocorreram anteriormente à decretação da quebra, não se há como deixar de reconhecer a incidência dos juros, tal como pactuados.

“Uma vez, contudo, proferida a sentença declaratória da falência, disso resulta como efeito o vencimento antecipado das dívidas até então ainda não vencidas, ‘com abatimento (desconto) dos juros’, bem como a sujeição daquelas à época já vencidas ao regime e disciplina do DL n. 7.661/45, com suspensão da fluência dos juros que sobre as mesmas vinham incidindo. Em outras palavras, os juros que, até a data da falência, recaíram sobre as dívidas vencidas, continuam devidos de acordo com o contrato, embora condicionado o seu pagamento à suficiência do ativo da massa para fazer-lhes face após resgate do principal relativo aos créditos (arts. 26 e 129 da Lei de Quebras).

“Nesse sentido, o magistério de José da Silva Pacheco, em escólios ao referido art. 26:

‘Contra o falido não correm juros, a partir da decretação da quebra.

‘Não se há de pensar em acrescentar os juros aos saldos de que cogitam os arts. 33 e 133, a não ser aqueles devidos até a data da decretação ou do encerramento em diante.

(...)

‘Se o ativo bastar, há pagamento dos juros? — A resposta afirmativa se impõe. Há, porém, que considerar: a) os juros de dívidas vencidas antes da quebra; b) os juros estipulados de dívidas vencidas com a decretação da quebra (...). No primeiro caso, os juros são cobráveis da massa; no segundo caso, não são eles cobráveis, eis que devem ser abatidos ou descontados...

(...)

‘Por isso é de salientar-se que, embora não corram juros contra a

massa, impõem-se os vencidos até a data de decretação da quebra (Arq. Jud., vol. 94/257, e AC. 3ª Câmara. TJSP, in RT/555-82). Contudo, não bastando o ativo apurado para o pagamento do principal, não podem ser contemplados em seu passivo os juros de créditos quirografários, mesmo vencidos antes do decreto de falência (Rev. For., 63/136)’ (Processo de Falência e Concordata, Forense, 5ª ed., 1988, ns. 407-1 a 409-III, pág. 346).

“Assim, na falência, se paga primeiramente o principal e, se houver saldo, os juros vencidos antes da respectiva decretação.

“Pode ocorrer, contudo, a hipótese de, pagos o principal e os referidos juros, ainda remanescer sobre o ativo da massa, como lembra o mesmo José da Silva Pacheco:

‘Há, também, os juros moratórios os contra a massa, se ela os comportar’ (op. cit., n. 408, II, pág. 346).

“Esses juros (moratórios) são exatamente os juros cuja fluência ficara suspensa após a decretação da quebra, em ilação a que chega o ilustre Comercialista, ao interpretar, em cotejo, os arts. 25, 26 e 129 do DL n. 7.661/45:

‘A falência produz o vencimento antecipado de todas as dívidas do falido e do sócio solidário, com o abatimento dos juros legais, se outra taxa não tiver sido estipulada (art. 25). Contra a massa não correm juros, ainda que estipulados forem, se o ativo apurado não bastar para o pagamento do principal (art. 26). Se a massa comportar o pagamento do principal e dos juros, será restituída ao falido a sobra que houver (art. 129). Infere-se, pois, que: a) as dívidas vencidas antes da

falência ou com ela, contam-se os juros até a data da falência, abatendo-se os juros daí em diante até o término do contrato; b) se a massa não bastar para o pagamento do principal, não se contam mais juros; c) se a massa o comportar, porém, sobre o total habilitado e incluído, contam-se juros até o efetivo pagamento' (op. cit., n. 984, nota de rodapé n. 95, pág. 690)".

5. No que pertine aos honorários advocatícios lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

"Não são devidos os honorários de advogado ao credor que o habilitou perante a massa (LF 208, § 2º). São devidos, no entanto, os honorários oriundos de disputa judicial em que se litigou contra a massa. Se esta é vencida, paga os honorários do vencedor (LF 23, II, in fine)" (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 2.111, nota 6).

Além dos precedentes citados anteriormente, vale destacar:

"Nas ações ordinárias ou especiais paralelas ao processo falencial,

a massa se sujeita ao pagamento das custas e honorários advocatícios. A isenção só abrange os feitos regidos pela Lei de Falências" (AI n. 9.420, de Chapecó, Des. Alcides Aguiar, j. 29/6/95).

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso, para reconhecer a legalidade da incidência do pagamento dos honorários advocatícios na execução, mantendo-se, no mais, os termos do r. despacho impugnado.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, por votação unânime, proveram parcialmente o agravo.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 24 de maio de 2001.

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2000.023314-5, DE LAGES

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Administrativo — Convênio Ipsc/Unimed — Limitação do atendimento do servidor segurado — Ilegalidade — Tutela antecipada — Viabilidade — Recurso desprovido

1. Ilegal e atentatória ao princípio da razoabilidade a limitação de sessões de fisioterapia imposta pelo Regulamento do Plano de Assistência à Saúde (LC n. 179/99 e Decreto n. 352/99) aos segu-

rados do Ipesc, quando o tratamento, por recomendação médica, é imprescindível à recuperação do paciente ou, como no caso, à manutenção das condições vitais de sua sobrevivência.

2. Viável se mostra a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública nos casos em que, além dos requisitos que a autorizam, não implique burla ao real sentido da regra estatuída no artigo 475 do CPC, e não represente a antecipação de dispêndios de caráter patrimonial que somente poderiam ser obtidos após o regular processamento do precatório previsto no art. 100 da Carta Magna.

Se a providência reclamada pode ser contemplada pela via do mandado de segurança e não esgota o objeto da ação, mas apenas antecipa um de seus efeitos, ficam afastadas as restrições impostas pela Lei n. 9.494/97.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2000.023314-5, da comarca de Lages, em que é agravante Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina — Ipesc e agravado Luiz Carlos Rudolf:

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

Sem custas.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina — Ipesc, nos autos de ação ordinária com pedido de tutela antecipada que contra si aforada por Luiz Carlos Rudolf, inconformado com o despacho que deferiu a antecipação da tutela pleiteada.

Limita-se a aduzir que, segundo vasto entendimento jurispruden-

cial, não cabe tutela antecipada nos processos em que pessoa jurídica de direito público participa do pólo passivo.

Por meio do despacho de fl. 24, o eminente Desembargador Cesar Abreu negou o efeito suspensivo pretendido.

O agravado, devidamente intimado, requereu a manutenção do decisor.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do agravo de instrumento.

II — Voto

1. O cerne da questão suscitada pelo agravante, justamente pelo conteúdo da interlocutória agravada, reside na possibilidade ou não da concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Embora as acirradas divergências registradas pela doutrina e juris-

prudência, entendendo viável a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública nos casos em que, além dos requisitos que a autorizam, não implique burla à regra estatuída no artigo 475 do CPC e não represente a antecipação de dispêndios de caráter patrimonial que somente poderiam ser obtidos após o regular processamento do precatório previsto no art. 100 da Carta Magna.

2. Como é sabido, prevê o art. 475, inciso II, do Código de Processo Civil, que as sentenças proferidas contra a União, contra o Estado e contra o Município estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, adquirindo eficácia a decisão de primeira instância somente após o reexame pelo Tribunal.

Ainda que no artigo 273 do CPC, que dispõe sobre a antecipação da tutela, não haja expresse impedimento quanto à sua concessão nas ações contra a Fazenda Pública, verifica-se que o deferimento da tutela antecipada produz os efeitos executivos desta.

Humberto Theodoro Júnior, apesar de entender ser admissível a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, ao exarar comentário sobre o assunto, leciona:

“Mais do que um julgamento antecipado da lide, a medida autorizada pelo art. 273 do CPC vai ainda mais longe, entrando, antes da sentença de mérito, no plano da atividade executiva. Com efeito, o que a lei permite é, em caráter liminar, a execução de alguma prestação que haveria, normalmente, de ser realizada depois da sentença de mérito, e já no campo da execução forçada. Realiza-se, então, uma provisória execução, total ou par-

cial, daquilo que se espera venha a ser o efeito de uma sentença ainda por proferir” (in Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, pág. 188).

Dessa forma, a concessão da tutela antecipatória contra o Estado me parece inexecutável, pois se estaria antecipando um efeito fático sem o preenchimento das condições para o exercício imediato, uma vez que não confirmado pela instância superior.

Nesse sentido, destaca Antonio Raphael Silva Salvador:

“(...) entendemos impossível a tutela antecipada concedida a favor do autor contra a União, o Estado e o Município, pois aí haveria, obrigatoriamente, pedido de reexame necessário se a concessão fosse em sentença final, o que mostra que não é possível, então, a tutela antecipada, que burlaria a proteção legal prevista no art. 475, II, do Código de Processo Civil.

“Compreenda-se que se nem a sentença definitiva, proferida após instrução da causa, poderia introduzir efeitos, desde logo, se vencida pessoa jurídica de direito público, então muito menos se poderia pretender dar esse efeito em julgamento provisório e revogável. Tudo estaria sujeito ao duplo exame, ao chamado reexame necessário obrigatório para a sentença contra a União, Estados e Municípios, só produzindo efeitos após confirmação pelo tribunal competente” (Da Ação Monitoria e da Tutela Jurisdicional Antecipada, São Paulo, Malheiros Editores, 1995, págs. 56 e 57).

Araken de Assis, ao analisar acerca da proibição da antecipação, afirma:

“Como ensina Calmon de Passos, a antecipação da tutela é problema de política processual, que o legislador pode conceder ou negar, sem que com isso incida em inconstitucionalidade. Assim, o art. 1º da Lei n. 8.437 veta a concessão de liminar contra a Fazenda Pública, em quaisquer ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que semelhante providência não puder ser obtida através de mandado de segurança (v.g., pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias: art. 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/66). A proibição alcançará, em identidade de situações, a antecipação da tutela (art. 273).

“Rigorosamente constitucional, deste modo, o art. 1º da Lei n. 9.494 de 10/9/97, que tornou letra explícita a proibição já subsumida na Lei n. 8.437/92” (in Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela, coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, pág. 28).

No que tange à forma do pronunciamento jurisdicional para conceder ou negar a tutela antecipada, no estudo “A Fazenda Pública e a Antecipação Jurisdicional da Tutela”, observa Francesco Conte:

“Descabe, reitere-se, em perspectiva de interpretação sistemática, a antecipação de tutela quando, no pólo passivo, figurar a União, os Estados membros, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, posto que, se a própria sentença proferida contra estas entidades de direito público está sujeita ao reexame necessário, não

produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal (art. 475, II, do CPC), a medida antecipatória, concedendo o próprio direito afirmado pelo autor, consubstanciando mera decisão interlocutória, a fortiori, não tem, na espécie, aptidão para produzir qualquer efeito. A eficácia do apêndice (decisão interlocutória) não pode ser maior do que a do próprio corpo (sentença).

“A decisão interlocutória, na espécie, não tem o efeito de produzir os efeitos interditados, ex vi do disposto no art. 475, II, do CPC, ao pronunciamento jurisdicional mais importante que é a própria sentença” (RT 718/20).

Os ilustres operadores do Direito Mirna Cianci e Luiz Duarte de Oliveira, em recente estudo acerca da possibilidade de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, aduzem que “não mais se discute a constitucionalidade das normas que restringem ou impedem a concessão de liminares contra o Poder Público. O Prof. J.J. Calmon de Passos opina a respeito, com indiscutível clareza e juridicidade, que merece destaque:

“Sempre sustentei que a garantia constitucional disciplinada no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito) diz respeito, apenas, à tutela definitiva, aquela que se institui com a decisão transitada em julgado, sendo a execução provisória a antecipação da tutela problemas de política processual que o legislador pode conceder ou negar, sem que isso incida em inconstitucionalidade. Vetar liminares neste ou naquele processo jamais po-

de importar inconstitucionalidade, pois configura interferência no patrimônio ou na liberdade dos indivíduos, com preterição, mesmo que em parte, das garantias do devido processo legal, de base também constitucional. Daí sempre ter sustentado que a liminar, na cautelar, ou antecipação liminar da tutela em qualquer processo, não é direito das partes constitucionalmente assegurado" (RT 770/99, de dezembro de 1999).

Portanto, entende-se que se o art. 475, II, do CPC, prevê o reexame necessário da sentença proferida contra a União, o Estado e o Município, e por ser o pronunciamento judicial que concede ou denega a antecipação da tutela uma mera decisão interlocutória, não poderia dar a esta eficácia maior do que àquela.

Nesse sentido, é a orientação do nosso Tribunal:

"Agravado de instrumento — Compensação tributária — Antecipação de tutela — Fazenda Pública — Inadmissibilidade — Reclamo acolhido.

"Sob o prisma prático, a antecipação da tutela corresponde ao deferimento à parte, já no vestibulo do processo, do direito por ela reclamado, direito esse que, de regra, somente poderia ser reconhecido e concedido, a final, através de sentença de mérito.

"Se as sentenças concessivas de direitos contra os organismos públicos não que submeter-se, obrigatoriamente, ao reexame pela instância superior, após o que, e somente então, tornar-se-ão exequíveis, adquirindo foro de efetividade, a medida que antecipa, na prática, o próprio direito proclamado pelo autor em detrimento

da Fazenda Pública, traduzindo-se em mero provimento interlocutório, não terá, igualmente, eficácia para, de imediato, estabelecer qualquer efeito.

"A não entender-se assim, estar-se-á emprestando, por certo, maior e mais profícua eficácia a uma decisão interlocutória do que à própria sentença" (Agravado de Instrumento n. 96.004297-0, de Porto União, rel. Des. Trindade dos Santos, DJ de 28/4/98, pág. 10).

"Agravado de instrumento. Antecipação de tutela contra pessoa jurídica de direito público. Inadmissibilidade. Interpretação do ordenamento processual utilizando-se do método lógico-sistemático.

"Muito embora o art. 273, do CPC, não estabeleça a expressa vedação a respeito, não é permitida a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, pois é notório que a sentença proferida contra esta, obrigatoriamente, estará sujeita ao reexame necessário — art. 475, II, do CPC, para então, ser eficaz. Assim, não há como tornar exequível decisão interlocutória proferida em juízo de verossimilhança, se a própria sentença, nestes casos, só poderá ser executada quando confirmada pelo segundo grau" (Agravado de Instrumento n. 98.008247-1, de Joinville, Silveira Lenzi, j. 25/8/98).

"Tutela antecipada — Município — Vedação legal — Inadmissibilidade — Recurso não provido.

"Não cabe antecipação de tutela contra a Fazenda Pública porquanto a decisão concessiva, tratando do mérito, ainda que provisória, demandaria ao reexame necessário (CPC, art. 475), exigido para a sentença definitiva" (AI n. 98.008178-5, de Balneá-

rio Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

A exequibilidade, pois, da tutela antecipatória contra o Estado, encontra óbice no art. 475, II, do CPC.

Nesse sentido:

“A natureza jurídica da antecipação da tutela é de decisão de mérito provisoriamente exequível, colidindo com o art. 475 do CPC, que determina o reexame necessário das decisões proferidas contra as pessoas jurídicas de direito público. A supremacia do interesse público sobrepuja o particular” (Paula, Alexandre de. Código de Processo Civil Anotado, vol. 2, 7ª ed. rev. e atual., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, pág. 1.363).

3. De outro vértice, como dito no início, não haveria, em princípio, impedimento legal na concessão de tutela antecipada nos casos em que não existe efeito de supressão patrimonial da Fazenda Pública, mas, tão-somente, o reconhecimento de direito à parte que se sente prejudicada por estar sendo, v.g., obrigada a prestar um serviço sem a necessária contraprestação do usuário.

Em casos tais, a toda evidência, não se vislumbra desvio dos mandamentos inscritos no art. 100 da CF e 475 do CPC.

Esta Corte de Justiça, sufragando acórdão de minha lavra, já decidiu:

“Viável se mostra a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública nos casos em que, além dos requisitos que a autorizam, não implique burla ao real sentido da regra estatuída no artigo 475, do CPC, e não represente a antecipação de dispên-

dios de caráter patrimonial que somente poderiam ser obtidos após o regular processamento do precatório previsto no art. 100 da Carta Magna.

“Se a providência reclamada pode ser contemplada pela via do mandado de segurança e não esgota o objeto da ação, mas apenas antecipa um de seus efeitos, ficam afastadas as restrições impostas pela Lei n. 9.494/97” (Agravado de Instrumento n. 00.011422-7, de Blumenau). Também AI n. 99.002652-3, da Capital.

4. O agravado é portador de doença degenerativa — atrofia neuromotora superior — que necessita de sessões de fisioterapia prolongada. Entretanto, teve seu requerimento referente à complementação de sessão de fisioterapia negado, sob o argumento de ter extrapolado o limite permitido no plano instituído pela Lei Complementar Estadual n. 179, de 23 de junho de 1999, regulada pelo Decreto n. 352, de 12 de julho de 1999, que autorizou a contratação de serviços de terceiros para suprir as necessidades dos servidores conveniados ao Ipsc.

Depreende-se do despacho exarado pela douta Magistrada a quo que o § 1º do artigo 14 do Regulamento do Plano de Assistência à Saúde informa que a cobertura do referido plano será tão ampla quanto permitirem os recursos. Todavia, não é o que se verifica, pois há limitação anual para vários procedimentos, como no presente caso, 40 horas anuais para sessões de fisioterapia.

Sabe-se que antes de instituído o convênio entre Ipsc e Unimed era possível ao servidor realizar quantas sessões fossem necessárias para so-

lucionar ou amenizar o seu problema. O que não pode ocorrer, é que o acordo existente entre as duas instituições prejudique o servidor conveniado.

Ainda, segundo consta nos autos e como bem enfatizou o representante do Parquet, caso não forem adotadas medidas preventivas, a enfermidade que sofre o agravado pode ocasionar-lhe conseqüências irreversíveis à saúde, tendo em vista o seu caráter degenerativo, implicando na perda das condições vitais de sobrevivência, o que demonstra a necessidade do deferimento da medida pleiteada

O direito à saúde é indisponível e assegurado pela Constituição Federal, em seu art. 196 que dispõe: “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 igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Como bem enfatizou o eminente Ministro Celso Mello, no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 271.286-8/RS:

“(…) entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art.

5º, caput, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo — uma vez configurado esse dilema — que razões de ordem ético jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana (...)”.

5. Estando presentes os requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, correta a decisão da Magistrada de primeiro grau que deferiu a tutela pleiteada. Nego, portanto, provimento ao recurso.

III — Decisão

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

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

Florianópolis, 17 de maio de 2001.

Francisco Oliveira Filho,

Presidente;

Luiz César Medeiros,

Relator.

AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.007179-7, DA CAPITAL

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Agravo inominado. Artigo 557, § 1º, do CPC. Decisão que negou seguimento a agravo de instrumento, por serem os fundamentos manifestamente improcedentes. Assistência judiciária indeferida na origem. Remuneração pactuada na procuração outorgada ao advogado. Informação que não se coaduna com a declaração de necessidade feita. Inteligência do princípio da livre apreciação da prova pelo magistrado. Indeferimento da benesse como medida que se impõe. Agravo inominado desprovido.

Afora ser inegável poder o magistrado apreciar livremente a prova, no caso específico dos autos a procuração outorgada pela agravante a seu patrono — no qual foi feita expressa menção ao contrato de honorários firmado entre ambos — é incompatível com o pedido de assistência judiciária gratuita.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 01.007179-7, da comarca da Capital, em que é agravante Mara Lenir Santos e agravada Credicard S.A. — Administradora de Cartões de Crédito:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas legais.

I — Relatório

Mara Lenir Santos interpôs agravo (artigo 557, § 1º, do CPC) contra decisão deste Relator que, nos autos do Agravo de Instrumento n. 01.007179-7, negou seguimento ao recurso por serem os fundamentos

manifestamente improcedentes (fls. 38/39 e 44/49).

O agravo de instrumento foi interposto contra decisão de primeiro grau que, na ação revisional de contrato ajuizada contra Credicard S.A. — Administradora de Cartões de Crédito, indeferiu o benefício da assistência judiciária gratuita.

Alega, em síntese, a agravante, no presente reclamo, que a necessidade da parte é o único requisito ao deferimento da benesse e que existe presunção de veracidade em favor da afirmação de pobreza que fizera na ação original.

Aduz, finalmente, que “a menção genérica da contratação de honorários advocatícios não equivale à prova de que eles tenham sido realmente pactuados” e que não consta dos autos qualquer prova que desconstitua a declaração de necessidade firmada pela recorrente, não sendo lícito, portanto, ao órgão jurisdicional inverter a presunção que existe em seu favor (fl. 4).

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de agravo inominado, previsto no artigo 557, § 1º, do CPC, contra decisão que negou seguimento ao Agravo de Instrumento n. 01.007179-7.

Constato que a agravante repisa os argumentos expostos na inicial do instrumento, ressaltando, ainda, as razões de sua insurgência com relação à negativa de seguimento ao recurso.

Efetivamente, a declaração de necessidade firmada pelo requerente

do benefício da assistência judiciária goza de presunção de veracidade, sendo o único requisito à concessão da benesse.

Isto é, havendo uma presunção de veracidade em favor da declaração de pobreza, significa que há um juízo baseado nas aparências, logo, uma suposição, e não uma certeza.

É inegável que o magistrado dispõe do poder de livre apreciação das provas, de modo que possível é o indeferimento do benefício caso o Togado, de primeiro ou segundo graus, tenha fundados motivos para tanto, ou seja, caso, por exemplo, julgue estar desconstituída a declaração de necessidade firmada pela recorrente, como ocorreu nos presentes autos.

Nesse sentido:

“O benefício da assistência judiciária gratuita é deferível ‘mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família’ (Lei n. 1.060/50, art. 4º).

“Não impugnado o pedido, ao juiz é lícito indeferi-lo somente quando ‘tiver fundadas razões’ (art. 5º), as quais devem ser explicitadas” (Agravo de Instrumento n. 00.004522-5, de Videira, rel. Des. Newton Trisotto) — grifei.

No caso em tela, parece-me, então, incompatível a declaração de necessidade firmada pela recorrente com a procuração que outorgou a seu patrono, oportunidade em que foi pactuada a remuneração do profissional (fl. 32).

Inegável é, pois, que, em dispondo a agravante de meios para remunerar o advogado que patrocina sua causa, deve dispor, igualmente, de meios para arcar com as custas e despesas processuais, gastos que estaria isenta de pagar no caso de deferimento da benesse pleiteada e, duplamente, negada.

É cediço, como disposto no precedente transcrito pela recorrente que, para o deferimento da gratuidade, não se exige que a parte comprove que não está remunerando seu advogado.

Não é esta, todavia, a situação em apreço: não se está a requisitar que a parte comprove, sem que haja quaisquer indícios em sentido contrário, de que não está a remunerar seu patrono. Há, ao contrário, nestes autos, prova documental de que a remuneração realmente foi estipulada, principalmente em se considerando que “o contrato faz lei entre as partes” e que, com o instrumento em mãos, o causídico poderia, a qualquer momento, cobrar da agravante a remuneração que lhe julga ser devida, mesmo sendo a parte beneficiária da assistência judiciária gratuita.

Não prospera, ainda, a argumentação de ser a mencionada cláusula uma “cláusula genérica, padrão” nos instrumentos lavrados pelo escrivão. É que, como já explanado, a alusão feita à remuneração ao advogado é incompatível com o deferimento do benefício postulado, de modo que acertadas foram as decisões de primeiro e segundo grau que indeferiram a concessão da benesse à agravante.

Assim, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade de votos, desproveu o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Florianópolis, 24 de maio de 2001.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.007494-0, DE BLUMENAU

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Agravo seqüencial do artigo 557, § 1º, do CPC. Decisão que negou seguimento a agravo de instrumento, por serem os fundamentos manifestamente improcedentes. Bem de família. Único imóvel residencial de propriedade da família dos agravados. Absoluta ausência de prova em sentido contrário. Agravo desprovido.

A expressão “moradia permanente”, empregada no artigo 5º da Lei n. 8.009/90, refere-se à residência familiar exercida de modo

constante, ininterrupto, de forma a excluir do benefício legal o imóvel que se preste à moradia eventual, utilizado por apenas alguns meses ou dias, esporadicamente, no decorrer do ano, como sucede, por exemplo, com as habitações de temporada (casas de praia ou de campo).

O legislador não estipula, pois, um lapso temporal mínimo de residência da família no imóvel visado para que, de conseguinte, seja ele caracterizado como bem de família.

Em qualquer caso, porém, cumpre ao credor a produção de prova no tocante à inaplicabilidade, ao devedor, do favor legal reservado ao bem de família.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 01.007494-0, da comarca de Blumenau, em que é agravante Banco do Brasil S.A. e agravados Joni Mendes de Souza e Jussara Jordan Mendes de Souza:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas legais.

I — Relatório

Banco do Brasil S.A. interpôs agravo (artigo 557, § 1º, do CPC) contra decisão deste Relator que, nos autos do agravo de instrumento n. 01.007494-0, negou seguimento ao recurso por serem os fundamentos manifestamente improcedentes (fls. 52/53 e 58/63).

Alega, em síntese, que os agravados sempre residiram em Blumenau, motivo pelo qual lhe causa estranheza o fato de a decisão de primeiro grau considerar o imóvel penhorado um bem de família.

Assevera, ainda, discordar da decisão do Relator, ora recorrida, que sustentou não estar provado que o bem penhorado não se enquadraria na categoria de bem de família.

Sustenta, outrossim, haver sido explicitadas, no agravo de instrumento, as evidências de que os agravados mantinham residência em Blumenau, de modo que estes somente alegaram residir em Curitiba para prejudicar o andamento da ação de execução.

Obtempera que a discussão no agravo não versa sobre a existência, ou não, de outros bens dos devedores que sejam passíveis de penhora, mas versa a respeito do caráter de bem de família do bem que havia sido constritado.

Aduz, finalmente, que precisa unicamente provar que os agravados não residiam no bem em questão — fato que já considera estar provado nos autos — e que isso é corroborado, inclusive, pelo precedente colacionado na decisão que negou seguimento ao recurso.

É o relatório.

II — Voto

Cuido de agravo seqüencial ou inominado, previsto no artigo 557, § 1º, do CPC, contra decisão que negou seguimento ao Agravo de Instrumento n. 01.007494-0.

O recurso, todavia, imerece provimento.

É sabido que, à caracterização do bem de família, é necessária a prova tanto de que o imóvel visado seja o único de propriedade do executado, quanto de que seja utilizado como moradia permanente pelo devedor e sua família (Apelação Cível n. 96.009859-3, de Joinville, deste Relatório).

Uma vez que não questiona a agravante, no caso, sobre ser o bem imóvel sito em Curitiba o único de propriedade do casal, a controvérsia versa, entretanto, a respeito do conceito de moradia permanente, ou, de forma mais precisa, nos presentes autos, acerca de ser ou não o imóvel sito em Curitiba a residência permanente da família.

Ao contrário do que pretende fazer crer o banco agravante, todavia, entendo que o imóvel localizado na cidade de Curitiba pode ser descrito como residência permanente do casal, nos moldes do caput do artigo 5º da Lei n. 8.009/90.

A mens legis, da forma como está redigido o dispositivo mencionado, foi de não dar subsídios, de alguma maneira, à impenhorabilidade de bem que possa servir de “domicílio temporário” (residência) dos devedores — como, por exemplo, imóveis de temporada — amparando, eventual-

mente, a frustração da ação executacional.

Nesse sentido, anota João Roberto Parizatto:

“Exige-se que a residência seja utilizada pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. Nota-se aqui uma preocupação do Estado em proteger a entidade familiar, em face do que preceitua o art. 226 da Constituição Federal” (in Da Penhora e da Impenhorabilidade de Bens, São Paulo, LED, 1998, pág. 122).

Cumpra salientar, ainda, que a circunstância de o contrato haver sido celebrado em Blumenau, e, por consequência, na mesma cidade haver sido proposta a ação e concretizada a citação dos agravados, não é suficiente, por si só, à demonstração de que os executados ainda residem na Comarca onde tramita a ação executória, tendo em vista que o contrato foi celebrado em 1990 e a executacional restou ajuizada em 1995.

O fato de os recorridos, de igual forma, haverem feito referência, nas peças protocolizadas no Juízo de primeiro grau, à expressão “já qualificados nos autos”, não significa que estivessem ainda residindo no endereço fornecido pelo exequente, mas, quando muito, que o causídico havia sido pouco diligente quanto a retificar o endereço dos executados.

Demais disso, a aludida afirmação também seria precipitada, em se observando a petição de fls. 23/25, protocolizada no primeiro grau em setembro de 1996, oportunidade na qual foi informado, ao Juízo, o endereço dos agravados na cidade de Curitiba.

Ademais, ao tempo do pedido de anulação da penhora formulado

pelos agravados, não houve oportuna demonstração, por parte do agravante, de que o bem não seria bem de família, por não ser a “moradia permanente” do casal.

Por outro lado, mesmo que sejam admitidas como verdadeiras as alegações — não provadas, aliás — de que os agravados somente tenham passado a residir no Estado do Paraná após o desencadeamento da execução, tal fato, por tudo já acima exposto, não é forte o suficiente para comprovar a alegada má-fé dos devedores, e, muito menos, para excluir o mencionado imóvel da proteção legal instituída pela Lei n. 8.009/90.

O legislador não estipula, ademais, um lapso temporal mínimo de residência da família no imóvel visado para que ele seja caracterizado como bem de família. Em qualquer caso, porém, cumpre ao credor a produção de

prova no tocante à inaplicabilidade, ao devedor, do favor legal reservado ao bem de família, o que, no caso, incoorreu.

Posto isso, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

II — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade de votos, negou provimento ao agravo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Florianópolis, 31 de maio de 2001.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.006246-1, DE JOAÇABA

Relator: Des. Jaime Ramos

Agravo inominado (CPC, art. 557, § 1º). Despacho do Relator que nega seguimento a agravo de instrumento por deficiência de certidão de intimação da decisão agravada. Ônus do agravante. Sequestro criminal. Agravo incabível.

Ao agravante compete instruir o agravo com todas as peças obrigatórias (art. 525, I, do CPC), e diligenciar para que todas elas estejam completas.

A juntada de certidão incompleta, que não esclarece a data em que se efetivou a intimação do agravante sobre a decisão agravada, conduz à negativa de seguimento por falta de um dos pressupostos de admissibilidade, que é o da regularidade formal, ante a impossibilidade de se aferir a tempestividade do recurso.

A data aposta junto à assinatura do advogado intimado não supre a deficiência da certidão, nem serve para fixar o termo a quo do agravo.

Não se admite a juntada de documentos obrigatórios após a interposição do agravo, cujo seguimento já foi negado.

O agravo de natureza processual civil não é recurso próprio para atacar decisão proferida em seqüestro baseado na lei processual penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 01.006246-1, da comarca de Joaçaba, em que são agravantes Vera Lúcia Lesnieski e Eluir da Silva, sendo agravada Doralyza Nezello:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Vera Lúcia Lesnieski e Eluir da Silva interpuseram agravo de instrumento da decisão que, na ação cautelar de seqüestro que Doralyza Nezello move contra Donilda Souza da Silva, indeferiu pedido de restituição dos veículos seqüestrados e o depósito deles em mãos dos agravantes.

O Relator ao proferir o despacho preliminar negou seguimento ao agravo, por considerá-lo manifestamente inadmissível, por não se encontrar instruído com a certidão de intimação dos agravantes sobre a decisão agravada, eis que a anexada não continha a data, não se podendo aferir a tempestividade.

Inconformados com o referido despacho, os agravantes manejaram

o agravo de que trata o § 1º do art. 557 do Código de Processo Civil, sustentando que é obrigação exclusiva do Escrivão apor a data da intimação em sua certidão, não podendo a parte ser prejudicada pela falta; que o advogado intimado após a data de sua intimação junto à sua assinatura, devendo-se considerá-la para admitir a tempestividade do agravo; que a data por ele aposta (5/4/2001) corresponde à da intimação, conforme atesta a certidão que agora junta, firmada pela Escrivã Judicial.

Não houve retratação da decisão impugnada.

II — Voto

Da decisão que nega seguimento a agravo de instrumento considerado manifestamente inadmissível, improcedente ou prejudicado, ou contrário à súmula ou à jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, cabe agravo inominado, previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, daí por que conheço do recurso.

Todavia, o inconformismo não merece ser acolhido porque realmente a certidão que instruiu o agravo por ocasião de sua interposição (fl. 10 ver-

so) não contém data, desconhecendo-se em que momento se efetivou a intimação do advogado dos agravantes, para fixar-se o termo a quo do recurso, e, assim, aferir-se a sua tempestividade. Até porque a decisão agravada (fl. 10 do agravo) foi proferida em 23 de março de 2001, e o agravo interposto em 16/4/2001 (fl. 45), ou seja, depois de decorridos os dez dias do prazo legal, se considerada a data da decisão como termo inicial.

O art. 525 do Código de Processo Civil estabelece quais as peças do processo, em que foi proferida a decisão agravada, que o agravante deve juntar no agravo de instrumento. Verbis:

“Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída:

“I — obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

“II — facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis”.

Portanto, como se vê, é obrigatória e não apenas facultativa a junta da, no agravo de instrumento, da certidão de intimação sobre a decisão agravada.

O fato de o advogado dos agravantes ter anotado, junto à sua assinatura, a data de 5/4/2001, não comprova, absolutamente, tenha sido intimado nessa data, se da certidão não consta o preenchimento relativo à data da intimação, deixada em branco.

A esse respeito já se decidiu:

“A data da intimação certificada pelo escrivão prepondera sobre a lançada nos autos pelo advogado, ao apor seu ciente” (RF 251/330, RJTAMG 18/181, apud Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 296).

Tem-se, então, que a certidão comprovando a intimação da decisão agravada é indispensável, devendo conter todos os elementos necessários à aferição da tempestividade do recurso.

Compete ao agravante o ônus de instruir o agravo com toda a documentação pertinente. Cabe-lhe também diligência para verificar se a certidão fornecida pelo cartório está corretamente preenchida, pois não se atribui ao relator tomar providências que incumbem às partes.

Nesse sentido:

“É o próprio agravante quem instrui a petição do agravo, não mais havendo a indicação de peças para traslado, prevista no ab-rogado art. 523, III (...). Acompanham a petição do agravo, obrigatoriamente, sob pena de não ser ele conhecido (ou melhor de não ser ele admitido), cópia da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação (ou certidão de que ela ainda não ocorreu) e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado” (Sérgio Bermudes, Reforma do Código de Processo Civil, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 88 — destaques ora apostos).

Alterado que foi pela Lei n. 9.139/95, o art. 527 do Código de Processo Civil não mais prevê a realização de diligência para suprir malfor-

mação do instrumento, uma vez que a juntada das peças obrigatórias passou a ser de inteira responsabilidade do agravante. Essa é a orientação doutrinária proclamada pelo Min. Athos Gusmão Carneiro, in *O Novo Recurso de Agravo e Outros Estudos* (2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, pág. 47); e da jurisprudência:

“É ônus do agravante a formação do instrumento. Estando este incompleto, por ausência de alguma das peças obrigatórias, deverá o relator negar-lhe seguimento (art. 557 do CPC), descabida diligência para anexação de alguma de tais peças” (1ª conclusão do CETARS, apud Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, São Paulo, Saraiva, 31ª ed., 2000, pág. 557).

Ou ainda:

“Ao agravante compete instruir o agravo com todas as peças obrigatórias (art. 525, I, do CPC), e a ausência da certidão de intimação da decisão agravada, ou da inexistência do ato intimativo, conduz à negativa de seguimento por falta de um dos pressupostos de admissibilidade” (AAI n. 2000.023568-7, de Timbó, relatado por este subscritor, in DJ de 23/4/2001, pág. 41).

As Câmaras, aliás, sequer conhecem do agravo malformado:

“Agravo de instrumento. Ausência de certidão de intimação da decisão agravada. Peça obrigatória. Art. 525, I, do Código de Processo Civil. Não conhecimento do recurso.

“Ausente a certidão de intimação da decisão agravada, peça obrigatória, à luz do preceituado no art. 525, I, do CPC, e necessária à aferição da tempestividade, não se conhe-

ce do agravo” (AI n. 99.004159-0, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Paladino).

Veja-se ainda:

“Agravo ao agravo de instrumento. Negativa de seguimento ao recurso por falta de documento essencial. Pedido de relevação da irregularidade, em sede de agravinho. Desproviamento.

“Segundo a nova sistemática do agravo de instrumento adotada pelo Codex instrumental, compete ao recorrente instruir corretamente o recurso.

“Assim, faltando uma das peças obrigatórias, o agravo não poderá ser conhecido por não preencher o pressuposto de admissibilidade da regularidade formal, ainda que relevante o fundamento da irresignação” (Agravo no Agravo de Instrumento n. 97.009269-5, de Timbó, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ de 7/10/97).

Nem é possível a juntada posterior da certidão completa, como os agravantes o fizeram somente agora, com o agravo inominado:

“Agravo de instrumento — Ausência de peça instrutória obrigatória — Seguimento negado — Juntada posterior — Inadmissibilidade. A instrução documental no agravo, de acordo com a nova disciplina instituída pela Lei n. 9.139/95, cabe ao próprio agravante, a quem incumbe o dever de vigilância quanto à correta formação do instrumento. A ausência de peça obrigatória (CPC, art. 525, I), quando da protocolização, acarreta inexoravelmente a negativa de seguimento do recurso, porquanto é inadmissível a sua juntada posterior” (AAI n. 99.005528-0, da Capital, j. em

4/5/1999, 3ª CC, rel. Des. Eder Graf) o grifo não é do original.

Ausente um dos pressupostos gerais, objetivos, de admissibilidade do recurso, qual seja a da regularidade formal, cabia mesmo invocar o art. 557, caput, do Código de Processo Civil, para negar seguimento ao agravo.

Não fora isso tudo, agora me apercebo de que o seqüestro contra o qual se insurgem os agravantes não é uma medida cautelar da natureza processual civil, e sim uma medida assecuratória de direitos da ofendida, em eventual ação de indenização por danos que lhe foram causados em virtude de furto de certa quantia em dólares, que está sendo investigada em inquérito policial que corre perante o Juízo Criminal da comarca de Joaçaba.

Trata-se, portanto, do seqüestro criminal previsto nos arts. 125 e seguintes do Código de Processo Penal.

Dessa sorte, não cabe o agravo de instrumento previsto na legislação processual civil, da decisão que concede ou não o seqüestro criminal, ou da decisão que defere ou nega a restituição dos bens seqüestrados, ou, ainda, da decisão que acolhe ou não o pedido de substituição de depositário.

Contra as decisões definitivas ou com força de definitivas em seqüestro criminal caberia interpor apelação, como previsto no art. 593, inciso II, do Estatuto Processual Penal, já que não fazem parte do elenco taxativo do art. 581, que trata dos recursos em sentido estrito.

A respeito já se decidiu, como anotou Julio Fabbrini Mirabete (Código de Processo Penal Interpretado, 8ª

ed., São Paulo, Atlas, 2001, pág. 1.247):

“Da decisão que inacolhe pedido de seqüestro de bens em processo penal, cabe apelação, nos termos do art. 593, II do CPP. Denegado tal recurso é viável o recurso, em sentido estrito, nos termos do art. 581, XV, do CPP. É inconvincente o argumento de que a natureza civil do seqüestro justifica o recurso da Lei Processual Civil, porque vinculado a uma ação penal” (TRF da 5ª Região — JSTJ 8/416).

“Apelação. Interposição da decisão que autoriza o levantamento do seqüestro. Conhecimento. Caráter definitivo. Preliminar repelida. Inteligência dos arts. 131 e 593 do CPP” (TACrimSP — RT 552/339-40).

Não se tratando, pois, de seqüestro de natureza processual civil, o agravo de instrumento também é manifestamente inadmissível, em face da sua inadequação, que é um dos pressupostos gerais, objetivos, de qualquer recurso.

À vista do exposto, nego provimento ao agravo.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento ao agravo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 31 de maio de 2001.

Alcides Aguiar,

Presidente com voto;

Jaime Ramos,

Relator.

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.006385-9, DE JOINVILLE**Relator: Des. Jaime Ramos**

Agravo do art. 557, § 1º, do CPC — Interposição contra despacho do relator que negou seguimento a agravo de instrumento por ausência da certidão de intimação completa — Peça obrigatória para aferir a tempestividade do recurso — Exegese do art. 525, I, do CPC.

A nova sistemática do agravo estabelecida pela Lei n. 9.139/95 transferiu para o agravante a responsabilidade pela correta formação do instrumento. Portanto, compete-lhe a diligência de conferir as peças obrigatórias, facultativas ou essenciais que tiver de juntar, para certificar-se, antes da interposição do recurso, de que todas elas estão presentes e completas, exigindo do escrivão a complementação daquelas que não estiverem devidamente preenchidas, assinadas ou autenticadas.

Não se pode aferir a tempestividade do agravo de instrumento se a certidão de intimação exigida no art. 525, I, do CPC não está devidamente preenchida e assinada pelo servidor do cartório, ou dela não constam referências que indiquem aludir à decisão agravada, mormente quando, entre a data desta e a da interposição do recurso, já decorreram mais de dez dias.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, em Agravo de Instrumento n. 01.006385-9, da comarca de Joinville, em que é agravante E. S. R., sendo agravado E. P.:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

E. S. R. interpôs agravo de instrumento da decisão do Juízo da Vara de Família e Sucessões da comarca

de Joinville, que, na ação de alimentos que lhe move E. P., julgou procedente a exceção de incompetência aforada pela agravante, mas manteve os alimentos provisórios antes fixados, até apreciação da questão pelo Juízo competente.

Da decisão do Relator, que negou seguimento ao agravo de instrumento, pela ausência de peça obrigatória, qual seja, a juntada da certidão de intimação do advogado da agravante, sobre a decisão agravada, a agravante interpôs o agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

Aduziu que o agravo foi instruído com a certidão fornecida pelo Car-

tório da Vara da Família, devidamente autenticada, faltando somente, por erro ou descuido daquele Cartório, o preenchimento da referida certidão, por isso que cumpriu o disposto no art. 525 do CPC; que nos termos dos arts. 141, II, e 168, ambos do CPC, compete aos auxiliares do Cartório e não à agravante certificar nos autos o número da relação de intimações, a data, o número das folhas do Diário da Justiça em que foi publicada a intimação e outros que forem necessários ao bom andamento processual; que a agravante não pode ser prejudicada pela falha do Judiciário/servidor que, sob a alegação de acúmulo de serviço, não preencheu a certidão de fl. 19, em tempo hábil.

Sustentou, por fim, que as certidões fornecidas pela Escrivã Judicial, agora juntadas, comprovam que o agravo de instrumento foi interposto tempestivamente.

Não houve retratação da decisão impugnada.

II — Voto

Da decisão que nega seguimento a agravo de instrumento considerado manifestamente inadmissível, cabe o agravo inominado previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

Contudo, o agravo interno não merece prosperar.

O art. 525, inciso I, do Código de Processo Civil determina que a petição do agravo de instrumento deverá ser instruída "obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das

procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado".

Resulta daí que a juntada da certidão da intimação acerca da decisão recorrida é peça obrigatória na formação do instrumento, e a sua ausência leva inexoravelmente à negativa de seguimento ao recurso.

A decisão agravada (fls. 18/19 do agravo) foi proferida em 7/8/2000, e o agravo foi interposto em 16/4/2001 (fl. 2v.), ou seja, depois de decorridos os dez dias do prazo legal, se considerada a data da decisão como termo inicial; como a certidão da intimação constante à fl. 21, do agravo, está totalmente em branco, ou seja, dela não constam o número da relação de intimações; a data, o número, e a página do Diário da Justiça em que foi publicada; o início e o término do prazo previsto no Provimento n. 3/92 da Corregedoria-Geral da Justiça; e, ainda, não há assinatura do servidor do Cartório, não se sabe a data em que o advogado da agravante foi intimado da decisão agravada, sendo impossível, deste modo, aferir-se um dos pressupostos gerais objetivos, de admissibilidade do recurso, que é a tempestividade.

Tem-se, então, que a certidão comprovando a intimação da decisão agravada é indispensável, competindo ao agravante o ônus de instruir o agravo com toda a documentação, com a diligência própria de verificar se aquela fornecida pelo Cartório está corretamente preenchida, não cabendo ao relator tomar providências que incumbem às partes.

Não há dúvida de que, segundo o disposto nos arts. 141, inciso II, e 168 do Código de Processo Civil, o es-

crivão tem obrigação de executar as ordens judiciais e praticar todos os atos processuais, cuidando para que “os termos de juntada, vista, conclusão e outros semelhantes” sejam datados e assinados.

Todavia, essa circunstância não obsta a que o relator negue seguimento a agravo, desprovido da certidão completa da intimação do agravante sobre a decisão agravada, como exige o já mencionado art. 525, I, do mesmo Pergaminho Instrumental.

É que, pela nova sistemática do agravo não mais se admite que o Tribunal converta o julgamento em diligência para a juntada posterior de qualquer peça, seja obrigatória ou facultativa, haja vista que, segundo Nelson Nery Junior, “...na redação revogada (ex-CPC 523 par. ún.) o destinatário da norma era o serventuário, de modo que o agravante não poderia ser apenado pelo traslado defeituoso, quando faltasse peça obrigatória ao instrumento. Hoje, entretanto, a norma tem como destinatário o próprio agravante, já que a ele compete instruir a petição de interposição do agravo com as peças obrigatórias e as facultativas. Assim, faltando uma das peças obrigatórias, o agravo não poderá ser conhecido por não preencher o pressuposto de admissibilidade da regularidade formal” (in *Atualidades sobre o Processo Civil — A Reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de 1994 e de 1995*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1996, pág. 157).

O Superior Tribunal de Justiça, sobre o assunto, assim decidiu:

“Processual civil. Agravo de instrumento. Peças obrigatórias. A

parte tem o ônus de conferir as peças do agravo de instrumento, as obrigatórias e as não-obrigatórias, para certificar-se de que está completo; a ausência de umas ou de outras prejudica o conhecimento do agravo de instrumento. Agravo regimental improvido” (STJ — AgRg em Ag n. 134.026/DF, rel. Min. Ari Pargendler, DJU n. 107, de 9/6/97, pág. 25.526).

Este Tribunal tem seguido a mesma orientação:

“Não deve ser admitida como prova da tempestividade do agravo de instrumento certidão de intimação com seus dados não preenchidos e desprovida de assinatura do serventuário da justiça que testificou a intimação, apenas constando o número da relação do DJE em que teria sido publicado o despacho agravado, pois não se pode exigir que o Juízo ad quem vá em busca do órgão oficial para verificar a temporariedade do recurso” (AI n. 98.012101-9, de São José, rel. Des. Anselmo Cerello).

Por outro lado:

“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 ao correto processamento do recurso, cuidando para que, a par das peças obrigatórias, representadas pelas cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados de ambas as partes, também façam parte do instrumento aquelas consideradas essenciais ao deslinde da questão controvertida a ser examinada pelo Tribunal” (AI n. 97.007434-4, de Pomerode, rel. Des. Eder Graf).

A dúvida acerca da tempestividade do agravo de instrumento, um dos requisitos de sua admissibilidade, foi suscitada no despacho que obistou seu seguimento, justamente porque ela só é aferível à vista da certidão de intimação sobre a decisão objurgada, que deveria ter sido juntada desde logo.

O fato de a agravante ter trazido, agora, as certidões de fls. 51/52, do agravo, não tem o condão de ensinar a reforma da decisão obstativa de seguimento do recurso, porque inadmissível a juntada tardia de peças obrigatórias ou facultativas.

Nesse sentido:

“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-

da posterior” (AI n. 00.003500-9, de Turvo, rel. Des. Eder Graf).

Por essas razões, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara negou provimento ao agravo inominado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 24 de maio de 2001.

Alcides Aguiar

Presidente com voto;

Jaime Ramos,

Relator.

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.006544-4, DE JOINVILLE

Relator: Des. Jaime Ramos

Agravo do art. 557, § 1º, do CPC contra despacho que negou seguimento a agravo de instrumento por ausência de peça obrigatória — Repetição com a juntada da peça — Inadmissibilidade — Preclusão consumativa e temporal — Nova extinção — Recurso desprovido.

Pela nova sistemática do agravo de instrumento, compete ao agravante instruir o recurso com as peças obrigatórias e facultativas, não mais se admitindo a conversão do julgamento em diligência para a juntada de qualquer delas, nem se admite a anexação posterior.

Negado seguimento ao agravo de instrumento, pela ausência de peça obrigatória, não pode o agravante repeti-lo, agora com a re-

ferida peça essencial, atacando a mesma decisão anteriormente agravada, em face da preclusão consumativa que se verificou com a interposição do primeiro recurso.

Também ocorre a preclusão temporal, dada a intempestividade do segundo agravo de instrumento, manejado após decorrido o decêndio legal, contado da data do protocolo do primeiro, oportunidade em que a agravante tomou ciência inequívoca da decisão agravada, se dela antes não fora intimada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, em Agravo de Instrumento n. 01.006544-4, da comarca de Joinville, em que são agravantes North Assessoria e Serviços Ltda. e North Trabalho Temporário Ltda., sendo agravado Gualberto Liano Ravache:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

North Assessoria e Serviços Ltda. e North Trabalho Temporário Ltda. interpuseram agravo de instrumento da decisão do Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Joinville, que, na ação de execução que lhes move Gualberto Liano Ravache, deferiu a penhora de crédito das executadas na empresa Transtusa — Transporte e Turismo Santo Antônio Ltda. Alegaram que o crédito se destina ao pagamento do salário de seus empregados, não podendo ser penhorado.

Negado seguimento ao referido agravo, em razão da falta de peça obrigatória do instrumento, ou seja, da

certidão de intimação das agravantes sobre a decisão agravada, as agravantes repetiram o recurso, por meio de interposição de novo agravo de instrumento, com a peça requestada.

Considerando ter havido preclusão consumativa, diante da impossibilidade de repetição recursal, e da preclusão temporal decorrente de sua intempestividade, o Relator negou seguimento ao novo agravo.

Dessa decisão, as agravantes interpuseram o agravo interno previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, sustentando que se o primeiro agravo interposto não foi sequer discutido, por ausência de requisito formal, qual seja, a certidão de intimação da decisão agravada, é como se ele não tivesse existido; que juntada a certidão e tendo as agravantes interposto o remédio processual no prazo previsto em lei, não há que se falar em preclusão consumativa e nem mesmo temporal.

Aduziram, por fim, que se existe a certeza da ciência inequívoca, não poderia ter sido negado seguimento ao primeiro agravo, mas, se assim o foi, o segundo agravo não pode ser condenado por preclusão consumativa ou temporal, porque não se consumou o ato e nem se exauriu o tempo.

Não houve retratação da decisão impugnada.

II — Voto

Da decisão que nega seguimento a agravo de instrumento considerado manifestamente inadmissível, cabe o agravo inominado previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, daí por que conheço do recurso.

Todavia, não assiste razão às agravantes.

Da preclusão consumativa

As agravantes no dia 5/4/2001, interpuseram, neste Tribunal, o Agravo de Instrumento protocolado sob o n. 01.005446-9, contra a decisão interlocutória que “deferiu o pedido de penhora do crédito das executadas junto à empresa Transtusa — Transporte e Turismo Santo Antônio Ltda.”.

A esse recurso, contudo, no dia 6/4/2001, conforme despacho publicado no Diário da Justiça de 11/4/2001, foi negado seguimento por ausência da certidão de intimação da decisão agravada, peça que, nos termos do art. 525, inciso I, do Código de Processo Civil, é obrigatória para a correta formação do instrumento, haja vista que por ela se verifica a tempestividade do recurso, que é um dos pressupostos gerais, objetivos, de sua admissibilidade.

Pela nova sistemática do agravo não mais se admite que o tribunal converta o julgamento em diligência para a juntada posterior de qualquer peça, seja obrigatória ou facultativa, haja vista que, segundo Nelson Nery Junior, “... na redação revogada (ex-CPC, 523, parágrafo único) o destinatário da norma era o serventuário,

de modo que o agravante não poderia ser apenado pelo traslado defeituoso, quando faltasse peça obrigatória ao instrumento. Hoje, entretanto, a norma tem como destinatário o próprio agravante, já que a ele compete instruir a petição de interposição do agravo com as peças obrigatórias e as facultativas. Assim, faltando uma das peças obrigatórias, o agravo não poderá ser conhecido por não preencher o pressuposto de admissibilidade da regularidade formal” (in “Atualidades sobre o Processo Civil — a reforma do Código de Processo Civil Brasileiro de 1994 e de 1995”, 2ª ed., São Paulo, RT, 1996, pág. 157).

Diante da negativa de seguimento, as agravantes, no dia 25/4/2001, de posse da certidão da juntada do mandado de intimação sobre a penhora vergastada, datada de 11/4/2001 (fl. 77v., do agravo), interpuseram novo agravo de instrumento que recebeu o n. 01.006544-4, atacando aquela mesma decisão, objeto do agravo anterior.

Este segundo agravo também teve seu seguimento obstado, porque não se admite a repetição do procedimento recursal. A interposição do primeiro agravo de instrumento, ainda que dele não se tenha conhecido pela ausência da peça obrigatória, gerou a preclusão consumativa, que impede a nova interposição.

Não fosse assim, estar-se-ia admitindo às agravantes a juntada posterior do documento faltante, o que não mais se permite.

Este Tribunal tem afirmado ser impossível a juntada posterior de qualquer das peças obrigatórias exigidas no art. 525, inciso I, do Código de

Processo Civil, bem como a repetição do agravo de instrumento para tal finalidade:

“— Não é de ser conhecido o recurso de agravo de instrumento, por absoluta falta de pressuposto formal e recursal, se a certidão de intimação do despacho agravado, ou outro documento comprobatório da pretensão, não for juntado com a inaugural. Documentos juntados a posteriori não têm validade, posto que ocorrente a preclusão consumativa” (Embargos de Declaração no AI n. 97.013959-4, de Joinville, rel. Des. Solon d’Eça Neves, j. em 12/2/1998).

“Certo é que admitir a possibilidade de juntada de nova documentação nessa fase processual, equivaleria à repetição do ato de recorrer, em flagrante desrespeito ao princípio da preclusão consumativa” (no corpo do acórdão do AI n. 97.013688-9, de Blumenau, rel. Des. Orli Rodrigues, j. em 10/2/1998).

Com a interposição inexistente do agravo de instrumento anterior, operou-se, indubitavelmente, a preclusão consumativa, conceituada por Moniz de Aragão como “aquela que se origina de já ter sido realizado um ato, não importa se com mau ou bom êxito, não sendo possível tornar a realizá-lo” (Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1976, vol. II, pág. 121).

Acerca da preclusão consumativa, têm lecionado Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, mais recentemente:

“Preclusão consumativa. Diz-se consumativa a preclusão, quando a perda da faculdade de praticar o ato processual decorre do fato de já haver

ocorrido a oportunidade para tanto, isto é, de o ato já haver sido praticado e, portanto, não pode tornar a sê-lo. Exemplos: a) se a parte apelou no 3º dia do prazo, já exerceu a faculdade, de sorte que não poderá mais recorrer ou completar seu recurso, mesmo que ainda não se tenha esgotado o prazo de quinze dias; ...” (Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 483).

É consumativa, também, para os referidos autores, a preclusão que se dá em virtude da ausência de junta dos documentos obrigatórios no momento do protocolo do agravo de instrumento, em face da impossibilidade de se juntá-los posteriormente (ob. cit., pág. 768, nota 6).

Não se admite, portanto, a reprodução do agravo de instrumento, ante a preclusão consumativa.

Da preclusão temporal

Não fora a preclusão consumativa, também ocorre a preclusão temporal, haja vista a intempestividade do novo agravo de instrumento, cujo decêndio há de contar-se a partir de 5/4/2001, data em que as agravantes, ainda que por seus procuradores, na melhor das hipóteses, tomaram ciência inequívoca da decisão recorrida, se até então não haviam sido formalmente intimados, pois foi nesse dia que interpuseram, mediante protocolo neste Tribunal, o agravo de instrumento anterior, contra a mesma decisão, manifestando inequivocamente todo o conhecimento a respeito dela.

Assim é que o agravo interposto em 25/4/2001 deve ser considerado intempestivo, porque foi protocolado depois de decorridos 20 (vinte) dias da ciência inequívoca da decisão re-

corrida, não se podendo considerar como data da intimação a da juntada do mandado de penhora, datada de 11/4/2001, constante da certidão anexada ao segundo agravo.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, sobre o assunto, ensinam:

“Início do prazo recursal. Conta-se o prazo para recorrer a partir do dia em que os advogados são efetivamente intimados da decisão, ou dela tenham ciência inequívoca...”

“Ciência inequívoca. O prazo para recurso tem início a partir da intimação da decisão ou do momento em que o advogado toma ciência inequívoca do julgado que pretende impugnar (STJ, 4ª T., REsp n. 1338/RJ, Min. Fontes de Alencar, j. 28/11/89, DJU 5/2/1990” (Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, págs. 734/5).

Esta Corte de Justiça tem encampado essa orientação:

“Recurso — Intempestividade. O prazo recursal se deflagra a partir da ciência inequívoca do ato hostilizado. Fluído o lapso, intempestivo é o recurso” (AI n. 9.821, de Tubarão, rel. Des. Eder Graf).

Nessa decisão, o saudoso Relator cita precedente do Superior Tribunal Justiça que merece ser aqui reproduzido:

“Apelação. Intempestividade. Ciência inequívoca da sentença antes da publicação. ‘Em casos especialíssimos, considera-se intimada a parte que, antes da publicação, haja tomado conhecimento inequívoco da decisão por outro meio qualquer. Precedentes do STJ. Recurso não

conhecido’ (STJ — REsp n. 44.152-8/ES, rel. Min. Barros Monteiro, in DJU n. 72, de 15/4/94, pág. 8.510)”.

Theotonio Negrão oferece ainda outros julgados do STJ:

“Começa a correr o prazo, também, da ciência inequívoca que o advogado tenha do ato, decisão ou sentença” (RSTJ 24/317, 73/387, STJ/RT 661/192; STJ, 3ª Turma, REsp n. 146.197/SP, rel. Min. Menezes Direito, j. 16/4/98, DJU 1º/6/98, pág. 90, entre outros — Apud Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 297).

A intempestividade do segundo agravo de instrumento era flagrante, em face da ciência inequívoca que por ocasião da protocolização do primeiro as agravantes já tinham da decisão agravada.

Essa circunstância não desnatura a decisão tomada no primitivo agravo de instrumento, ao qual se negou seguimento pela ausência da certidão de intimação das agravantes sobre a decisão agravada, porque tal irregularidade impedia, à época, de aquilatar-se sobre a tempestividade, pois não se sabia se as agravantes tinham sido intimadas ou não, nem se conhecia a data da intimação, e, segundo o disposto no art. 525, inciso I, do Código de Processo Civil, cabia às recorrentes a juntada obrigatória da referida certidão.

Se até a data da interposição do primeiro agravo não tinha ocorrido a intimação das agravantes, pessoalmente ou por seu Procurador Judicial, cabia a elas munir-se de certidão negativa do cartório, para comprovar es-

sa particularidade, já na primeira interposição, como tem orientado a doutrina:

“É o próprio agravante quem instrui a petição do agravo, não mais havendo a indicação de peças para traslado, prevista no ab-rogado art. 523, III (...). Acompanham a petição do agravo, obrigatoriamente, sob pena de não ser ele conhecido (ou melhor de não ser ele admitido), cópia da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação (ou certidão de que ela ainda não ocorreu) e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado” (Sérgio Bermudes, Reforma do Código de Processo Civil, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, págs. 88/8 — destaques ora apostos).

Cabe à parte agravante policiar a correta formação do instrumento do agravo, sob pena de o relator ter de negar-lhe seguimento:

“É ônus do agravante a formação do instrumento. Estando este incompleto, por ausência de alguma das peças obrigatórias, deverá o rela-

tor negar-lhe seguimento (art. 557 do CPC), descabida diligência para aneção de alguma de tais peças” (1ª conclusão do CETARS, apud Theotônio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, São Paulo, Saraiva, 31ª ed., 2000, pág. 557).

Assim, voto pelo desprovimento do agravo inominado.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara negou provimento ao agravo do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 17 de maio de 2001.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Jaime Ramos
Relator.

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVO REGIMENTAL N. 01.003505-7, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Agravo regimental interposto contra decisão que denegou pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento, anteriormente não conhecido pela Câmara. Conhecimento determinado por limi-

nar concedida em mandado de segurança. Indemonstrados os pressupostos necessários à concessão do pedido de efeito suspensivo. Ausência de relevância da fundamentação. Alegação de que o inadimplemento do agravante justifica-se pelo descumprimento do contrato pela parte agravada. Imediata suspensão do pagamento do preço aventado, sem anterior providência judicial ou extrajudicial. Impossibilidade de se aplicar a regra prevista no art. 1.092 do CC. Alegação de desconhecimento do titular da propriedade negociada. Impossibilidade diante do disposto no art. 17 da Lei de Registros Públicos. Recurso desprovido.

No novo regime do agravo, a concessão de efeito suspensivo contra o despacho agravado só é possível, segundo os termos do artigo 558 do Código de Processo Civil, quando o recorrente lograr demonstrar, desde logo, a existência de relevância na fundamentação ofertada, e, bem assim, de que do decisório objurgado possa resultar, para o agravante, lesão grave e de difícil reparação.

Segundo a regra defluente do artigo 1.092 do Código Civil, nos contratos bilaterais nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Não pode o promitente comprador, sem que anteriormente tenha tomado qualquer providência judicial ou extrajudicial, simplesmente suspender o pagamento das prestações a que se comprometeu em face de contrato de compromisso de compra e venda de imóvel, dando ensejo, à parte adversa, em conseqüência, ao encaminhamento das notificações e à ação de reintegração de posse e/ou rescisão da avença.

A ninguém é dado alegar ignorância quanto ao conteúdo do registro público imobiliário, diante do disposto no art. 17 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 01.003505-7, da comarca de Balneário Camboriú, em que é agravante Harold Shultz e agravados Paulo Roberto Benvenuti, Rosane Inês Schulle Benvenuti e Leco Tintas Ltda.:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, para manter o decisório que negou o efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Primeiramente, cumpre-me salientar tratar-se de agravo regimental interposto contra a decisão deste Relator que negou efeito suspensivo a agravo de instrumento. No primeiro julgamento, realizado em 29 de março, por unanimidade de votos, o agravo regimental não foi conhecido. Neste passo, a Câmara conhece do agravo e analisa o mérito da questão, em função da liminar concedida nos autos de Mandado de Segurança n. 2001.005693-3, proferida pelo eminente Des. Anselmo Cerello, a qual determina, expressamente: “concedo parcialmente a liminar para ensejar a apreciação do agravo regimental pela egrégia Câmara Especial”.

Passo a relatar os fatos.

Em 8 de julho de 1999, o agravante firmou contrato particular de promessa de compra e venda com cláusula resolutiva expressa, garantia hipotecária, fiança e outras avenças com Paulo Roberto Benvenuti e sua mulher e Hotel Gênova Ltda., tendente à aquisição de dois terrenos localizados na cidade de Balneário Camboriú.

Sobre estes dois imóveis está edificado um prédio de alvenaria onde funciona o referido Hotel Gênova, também objeto da avença, como se vê do contrato suso mencionado (fls. 70/76).

Como não adimplisse, a contar de agosto de 2000, as prestações a que se obrigara no contrato, o agravante foi notificado, por duas vezes (1º/2/01 e 14/2/01 — fls. 523/526), para a regularização dos pagamentos, sob pena da rescisão e conseqüente

reintegração na posse dos bens, segundo a exigência contida no parágrafo segundo da cláusula nona da avença.

Nada obstante isso, o prazo regulamentar defluiu sem que o promitente comprador (ora agravante) atendesse ao chamamento produzido pelos promitentes vendedores, os quais, na seqüência, acabaram por ajuizar, na Comarca aludida, ação de reintegração de posse.

Subseqüentemente o pedido liminar foi deferido, contra o qual o requerido manejou, nesta Corte, agravo de instrumento, cujo pedido de efeito suspensivo terminei por indeferir, firme no entendimento de não haver encontrado relevância na fundamentação ofertada com o recurso (fls. 153/154).

Inconformado, o agravante, numa mesma peça, ofertou pedido de reconsideração, e, se não fosse o caso de ser atendido o seu afã revisional, deduziu agravo regimental.

Emitindo novo despacho, entendi de negar o pedido de reconsideração, ao entendimento de que não foram trazidos fatos novos que pudessem viabilizar a pretensão anteriormente não acolhida (fl. 341).

Levado o agravo regimental, como devido, à consideração da colenda Câmara Cível Especial, por unanimidade o recurso não foi conhecido (fls. 343/345), como assim aliás vem entendendo desde há muito o mesmo Órgão Fracionário, como aliás é da jurisprudência desta Corte, inclusive do seu colendo Órgão Especial.

Finalmente, buscando fazer crer tenha incorrido em erro tanto este Relator — ao ensejo da prolação do despacho inacolhedor do efeito sus-

pensivo —, quanto a colenda Câmara Civil Especial — ao não conhecer do agravo regimental —, o agravante impetrou mandado de segurança, cuja liminar foi deferida pelo eminente desembargador Anselmo Cerello, o qual determinou fosse conhecido o presente agravo regimental.

É o relatório.

II — Voto

Saliento, primeiramente, que, pertinentemente ao não conhecimento, nesta Corte, de agravo regimental em tema de agravo de instrumento, há, dentre outros, os seguintes precedentes: ARAI n. 00.007479-9, de Blumenau, rel. Des. Orli Rodrigues; ARAI n. 00.005019-9, Itajaí, rel. Des. Silveira Lenzi; ARAI n. 99.022910-6, de Blumenau, rel. Des. Cesar Abreu; ARAI n. 99.019635-6, de Tubarão, rel. Des. Eder Graf; ARAI n. 99.011723-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Orli Rodrigues; ARAI n. 97.013310-3, de São Bento do Sul, rel. Des. Carlos Prudêncio; ARAI n. 97.000721-3, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu; ARAI n. 96.010053-9, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos.

Doutrinariamente, profligam o mesmo entendimento desta Corte as substanciosas lições de José Carlos Barbosa Moreira (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio, Forense, 1993, 6ª ed., vol. V, pág. 594); Teresa Arruda Alvim Wambier (O Novo Regime do Agravo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, 2ª ed., pág. 196); Athos Gusmão Carneiro (O Novo Recurso de Agravo, Rio, Forense, 1997, 2ª ed., págs. 76 e 77).

Por tais razões, esta colenda Câmara havia, da primeira vez em que apreciou este recurso, por votação unânime, não conhecido do agravo regimental.

Assim é que o conhecimento e julgamento deste agravo atende, fundamentalmente, à determinação proferida da liminar deferida no Mandado de Segurança n. 2001.005693-3.

No que tange ao mérito, o recurso não está, entretantes, a merecer agasalho.

É que, no novo regime do agravo a concessão de efeito suspensivo contra o despacho agravado só é possível, segundo os termos do artigo 558 do Código de Processo Civil, quando o recorrente lograr demonstrar, desde logo, a existência de relevância na fundamentação ofertada, e, bem assim, de que do decisório objurgado possa resultar lesão grave e de difícil reparação.

E a negativa de suspensão dos efeitos do despacho concessivo da liminar reintegratória foi motivada, irrecusavelmente, à falta de relevância na fundamentação do agravo.

De fato, é inegável admitir que um dos imóveis — o constante do item 2.2 da cláusula II, do contrato focalizado — não estava registrado em nome dos promitentes vendedores, mas sim constava, como consta, como propriedade de José Benvenuto e sua mulher, os quais firmaram o sobredito contrato de compra e venda na condição de representantes legais da empresa Hotel Gênova Ltda. (fls. 53/59).

Impende salientar, por oportuno, que, conforme o termo de compromisso acostado (fl. 244), houve expresso comprometimento de José

Benvenuti e Roberto Benvenuti em procederem à transferência do aludido imóvel para o nome do ora agravante, caso adimplida inteiramente a avença.

Disso, então, decorre a certeza de que o que foi realmente fundamental para o encaminhamento errôneo da questão enfocada foi o agravante, sem tomar qualquer providência judicial ou extrajudicial (pelo menos não fez ele qualquer prova a respeito), suspender o pagamento das prestações, dando ensejo, à parte adversa, ao encaminhamento das notificações e da ação de reintegração de posse, acima aludidas.

Poder-se-ia, estreme de dúvida, afirmar que os promitentes vendedores inviabilizaram — em face da situação do sobredito imóvel estar registrado em nome de José Benvenuti e sua mulher — a possibilidade de plena realização da avença aqui focalizada?

Seria viável, diante disso, a aplicação, à hipótese, da regra dimanada do artigo 1.092 do Código Civil?

Ora, na conformidade do disposto na cláusula XV do mencionado contrato, não poderia o agravante, antes de integralizar o preço, ainda que com fundamento no dispositivo legal mencionado, querer que os agravados cumprissem a sua parte na avença, porque o pagamento do preço foi acordado como pressuposto para a outorga da escritura definitiva.

É que, segundo a regra defluente do artigo 1.092 do Código Civil, nos contratos bilaterais nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Demais disso, em sendo público o registro imobiliário, o agravante poderia, ao ensejo da realização do negócio e lavratura do contrato em tela, ter-se certificado a respeito dos reais proprietários do imóvel prometido à venda, o que, todavia, não o fez. É que, diante do disposto no art. 17 da Lei de Registros Públicos, a ninguém é dado alegar ignorância quanto ao conteúdo dos registros públicos, pois qualquer pessoa pode requerer certidão do registro.

De onde, então, poder-se-ia falar em relevância da fundamentação do agravo manejado, apta, pois, à concessão do efeito suspensivo almejado, visto que, para efeito de concessão da liminar reintegratória, a prova era, em razão das notificações decorrentes da cláusula resolutiva (IX, § 2º, do contrato), de base inescandivelmente documental?

O que transparece evidente, no caso, é a preocupação do agravante em enfatizar a suposta teratologia quando da emissão do despacho negativo da suspensividade da reintegração, para tentar, com este prosaico estratagemma, esconder, certamente, o equivocado e por isso mesmo perigoso encaminhamento dado por ele, compromissário comprador, à questão surgida a partir da refalada avença.

É preciso que ainda não se ignore a viabilidade de se fazer, neste passo, uma indagação a mais a respeito: considerando a inexistência de uma única prova a respeito de suas alegações, será de se crer mesmo que o agravante somente deixou de pagar as prestações quando, segundo alega, teve chamada a sua atenção para a questão do registro do segundo

terreno em nome de terceiro, ou haveria outra razão por trás de seu ato caracterizador de inadimplência?

Aliás, a respeito da pouca consistência e nada fundamentadas razões do então agravante (v. g. inviabilização, pelos promitentes vendedores, da realização plena do contrato, divergência no nome da mulher de Roberto Benvenuti), já chamava a atenção o despacho denegatório do efeito suspensivo (fls. 153/154).

Posto isso, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, conheceu do agravo regimental e negou-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Florianópolis, 24 de maio de 2001.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 01.006304-2, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Jorge Mussi

Habeas corpus — Paciente presa em flagrante — Inocorrência de quaisquer das hipóteses descritas no art. 302 do CPP — Estado flagrantial não configurado — Nulidade evidente — Constrangimento ilegal caracterizado — Relaxamento que se impõe — Ordem concedida.

Não ocorrendo, na espécie, quaisquer das hipóteses previstas no art. 302 do CPP, impõe-se a declaração de nulidade do flagrante procedido contra a paciente, com a sua conseqüente soltura.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 01.006304-2, da comarca de Criciúma (2ª Vara Criminal), em que é impetrante a Dra. Salete Silva Sommariva, sendo paciente Alba Paz Rabelo:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem em favor da paciente, expedindo-se o competente alvará de soltura, se por al não estiver presa.

1 — Cuida-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado pela Dra. Salete Silva Sommariva,

com espeque no art. 5º, incisos LXV e LXVIII, da Carta Constitucional Federal, e no art. 648, incisos I e VI, do Código de Processo Penal, em favor de Alba Paz Rabelo, contra ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma.

Informou a impetrante que a paciente está segregada desde 5 de abril do corrente ano, em razão de prisão em flagrante por eventual prática de estelionato, homologada pela autoridade judiciária apontada como coatora.

Alegou que a paciente está sofrendo constrangimento ilegal, argumentando que o auto de prisão em fla-

grante é nulo, ex vi do art. 564, inciso IV, do Estatuto Processual Penal, eis que não se encontrava a paciente em estado de flagrância, quando lhe foi dada voz de prisão, “motivo pelo qual tornou-se ilegal a prisão”, por ausência de justa causa, “autorizando a ordem, e em consequência ensejando a imediata expedição de alvará de soltura” (fl. 2).

Asseverou que a paciente somente teve negado o pedido de liberdade provisória pelo Juízo dito coator, em razão da juntada de certidão de seus antecedentes criminais, considerados péssimos. Sustentou, porém, que os processos a que responde a paciente não podem ser óbice à liberdade provisória, porquanto ainda não possuem sentença condenatória transitada em julgado.

Aduziu também que a paciente “é casada, possui família constituída, residência fixa, profissão autônoma, exercendo a atividade de técnico em contabilidade, além de cursar a faculdade de Direito da Unesc, consoante estão a demonstrar os documentos inclusos, inexistindo pois quaisquer motivos para fugir do distrito da culpa, sendo totalmente desnecessária qualquer medida coercitiva a fim de garantir a ordem pública, que, frise-se, jamais esteve ameaçada com a presença da paciente” (fl. 6).

Ressaltou, ainda, que, até o momento, não foi ofertada denúncia pelo Ministério Público.

Dessa forma, e alegando a presença dos pressupostos legais — *fumus boni juris* e *periculum in mora* — requereu a concessão liminar da ordem para que, reconhecida a nulidade da prisão em flagrante, fosse ela rela-

xada, ou, caso assim não se entenda, fosse concedida a liberdade provisória à paciente, uma vez ausentes os pressupostos da preventiva que justificariam a manutenção da sua segregação, postulando a concessão definitiva da ordem, ao final.

Instruiu o pedido com cópia do Inquérito Policial em que é indiciada a paciente (fls. 9 a 90).

O pleito liminar foi indeferido (despacho de fls. 92 e 93) e, solicitadas as informações de praxe, a autoridade apontada como coatora prestou-as a fls. 96 e 97, oportunidade em que acostou documentos (fls. 98/151).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

2 — Com efeito, o writ é de ser concedido, porquanto, analisando-se perfunctoriamente os elementos contidos nos autos, especialmente pela lavratura do Auto de Prisão n. 015/2001 (fls. 9/45), não se vislumbra o estado de flagrância da paciente.

Dos documentos que instruíram a inicial, bem como das informações trazidas pelo Juízo coator, infere-se que a paciente é proprietária de um escritório de contabilidade, na cidade de Criciúma, e que durante aproximadamente 3 (três) anos prestava seus serviços à suposta vítima — JLM Oficina de Chapeação e Pintura, de propriedade do Sr. Jorge Luiz da Silva. Este, desconfiado de que a paciente vinha lhe aplicando “golpes”, no tocante aos pagamentos de contribuições do INSS e FGTS, entre outros, dirigiu-se até os órgãos competentes para averiguar a legalidade de determinados tributos, tendo constatado

que provavelmente algumas autenticações bancárias eram falsas. Diante desse fato, registrou ocorrência na Delegacia de Polícia, na data de 4 de abril do ano em curso, contra a paciente, uma vez que esta era a responsável pelos pagamentos, haja vista ser-lhe repassados os referidos valores. Considerando que Alba teria de ir até o seu estabelecimento, a fim de receber outros valores, relativos à guia de recolhimento da Previdência Social e honorários profissionais, no dia seguinte, quando a paciente no local apareceu, entrou em contato via telefone com a polícia, informando que ela lá estava. Ato contínuo, os policiais para a oficina dirigiram-se, dando-lhe voz de prisão em flagrante.

Lavrado o respectivo auto, nele consta que a prisão deu-se quando Alba estava naquele estabelecimento para receber seus honorários profissionais, sendo imediatamente conduzida à Delegacia, sem receber qualquer pagamento, sendo com ela apreendidos apenas os cartões da firma de contabilidade que prestava serviços à referida oficina.

Depois de homologado, restou a paciente denunciada pelo cometimento do delito disposto no art. 168, § 1º, inciso III, art. 171, caput, e art. 299, c/c 69, todos do Código Penal, sendo que a exordial acusatória narrou os crimes de apropriação indébita, estelionato e falsidade, sem sequer descrever o que ocorreu no dia em que Alba foi presa em flagrante delito.

Na verdade, do contido no Auto de Prisão em Flagrante n. 015/2001 não se observa que a paciente estivesse, naquele momento, ou seja, quando permanecia na oficina de pro-

priedade da vítima, nas hipóteses taxativamente prescritas no art. 302 do Código de Processo Penal, o qual preceitua que em flagrante delito encontra-se o indivíduo que está cometendo a infração penal, ou acaba de cometê-la, ou é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração, ou ainda se é encontrado, logo depois, com instrumentos, arma, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Não obstante existirem elementos indiciários a apontar a paciente como autora dos ilícitos em que restou denunciada, não se vislumbra a ocorrência de quaisquer das espécies de estado flagrancial, no caso sub judice, pelo que se impõe a declaração de nulidade da prisão em flagrante procedida.

Não estava a paciente, naquele instante, cometendo qualquer delito, porquanto, simplesmente, fora até àquela oficina; do mesmo modo não acabara de praticar o ilícito, pois este se ocorrente fora perpetrado dias antes; muito menos foi perseguida ou encontrada logo após com os instrumentos que fizessem presumir ser a autora dos crimes, eis que com a paciente foram apenas apreendidos dois cartões de visita, referentes ao seu escritório de contabilidade. Não se encontrou qualquer guia falsificada em seu poder, nem mesmo chegou a receber quantia numerária do suposto ofendido no momento em que irregularmente foi presa em flagrante.

Assim, vê-se que se algum crime foi cometido pela denunciada, este foi dias antes da sua prisão e não na

ocasião em que se disse estar ela em flagrante, pois “Embora as expressões ‘logo após’ e ‘logo depois’ empregadas na lei processual penal (art. 302 do CPP) admitam certo elastério temporal, e a última também espacial e modal, a não ser interpretado com demasiada rigidez, é bem de ver que a lavratura de flagrante contra o paciente, dois dias depois de ter sido praticado o crime, não se insere nas hipóteses previstas no Código de Processo Penal” (RJDTACrim 12/184).

Sobre o tema o Professor Frederico Marques leciona:

“A conexão temporal é indeclinável, pois que se configura o quase-flagrante — consoante lição de Luigi Granata — através do ‘elemento temporale della immediatezza dopo il reato’, elemento que em nossa legislação vem expresso nas locuções adverbiais logo após e logo depois. É preciso, portanto, que essa conexão temporal se consubstancie em ‘termo bastante vizinho do crime’, como o diz a legislação penal francesa. Impossível dar-se medida cronometricamente exata de tal circunstância; ao Juiz cabe fixá-la, em cada caso, para verificar se, entre a prisão e o fato delituoso, o tempo decorrido pode considerar-se próximo ou imediato, devendo usar, para isso, de prudente poder discricionário em que lhe cabe, precipuamente, tudo envidar para não causar gravame ao réu e ao seu direito de liberdade (...) Se o intervalo entre a prática do ato delituoso e a captura não for pequeno, poderá registrar-se — como disse o Desembargador Odilon da Costa Manso — ‘uma feliz diligência da Polícia, nunca, porém, o quase-flagrante’” (in Elementos do Direito Processual

Penal, Rio de Janeiro: Forense, vol. 4, págs. 68/9).

Nesse rumo segue o entendimento jurisprudencial, veja-se:

“Não tendo sido o indiciado surpreendido cometendo a infração penal, ou quando acabava de cometê-la, e tampouco perseguido em situação que fizesse presumir fosse o autor da mesma, porém localizado e preso horas depois, em virtude de diligências policiais, não há falar em flagrante delito” (RT 568-255/6).

E nesses casos os tribunais pátrios têm decidido pelo relaxamento do auto, leia-se:

“E não autorizando os elementos informativos do flagrante a ilação de fundada suspeita para a prisão do paciente, impõe-se o seu relaxamento” (RT 547/395).

No mesmo sentido colaciona-se:

“Mero juízo de suspeita, embora baste para o oferecimento da denúncia, é imprestável para aperfeiçoar prisão em flagrante” (JTACRESP 68/160).

Também a respeito do relaxamento cita-se decisão extremamente semelhante à do caso em testilha:

“Se o exame, ainda que sucinto e superficial do auto de prisão em flagrante, levanta sérias suspeitas quanto à sua legitimidade, impõe-se o relaxamento” (RT 440/317).

Na espécie, como já mencionado, a prisão da paciente não se ajusta a nenhuma hipótese legal de flagrante ou quase-flagrante, preceituada no art. 302 do Código de Processo Penal, verificando-se, in casu, mera prisão casual, realizada num liame temporal

muito longo entre a possível prática delitativa, sem que, destaca-se, tivesse ocorrido perseguição.

Essa orientação está patente na jurisprudência, como se demonstra no caso a seguir, extraído do egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

“**Prisão em flagrante** — Hipóteses de espaço de flagrância — Art. 302 do CPP — Interpretação extensiva — Inadmissibilidade.

“— As hipóteses normativas de prisão em flagrante, estabelecidas no art. 302 do CPP, modelam e qualificam situações de flagrância, a fim de arredar eventual violência ao direito constitucional de locomoção. Daí, o preceito processual mostrar-se insuscetível de analogia, ou de interpretação extensiva, pois a liberdade individual não se submete a critérios de simples conveniência processual, pois trata de substância e não só de forma” (RJDTACrim 9/197).

Na hipótese em apreço, o que se verifica é que entre a consumação dos supostos ilícitos e a prisão em flagrante da paciente decorreu muito tempo, o que elimina a possibilidade de existência de quase-flagrante, e

que na verdade a detenção da paciente foi oriunda de verdadeiro procedimento investigatório, violando direito constitucional de locomoção, impondo-se, por isso, o seu relaxamento, desfazendo-se os seus efeitos, para colocar a paciente em liberdade, e tornar os atos praticados no flagrante nulo, diante da ilegalidade.

Assim, é de conceder-se a ordem, a fim de relaxar o auto de prisão em flagrante lavrado contra a paciente, sem prejuízo de ulterior segregação cautelar, se ocorrerem as hipóteses legais exigidas, bem como do prosseguimento da ação penal contra si deflagrada.

3 — Diante do exposto, concede-se o writ em favor da paciente, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura, se por al não estiver presa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 15 de maio de 2001.

Jorge Mussi,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.024119-9, DE JOINVILLE

Relator designado: Des. Nilton Macedo Machado

Ação penal — Sonegação fiscal — 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, pois 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. 00.024119-9, da comarca de Joinville (Vara do Juizado Especial, Delitos de Trânsito e Precatórias Criminais), em que são impetrantes Dr. Maurício Salvadori C. de Oliveira e outro, sendo pacientes Anselmo Batschauer e Marcelino Mosca:

ACORDAM, em Câmara de Férias, por maioria de votos, conceder a ordem para trancar a ação penal em relação aos pacientes.

Cuida-se de habeas corpus impetrado pelos Drs. Maurício Salvadori C. de Oliveira e Romeo Hermann Günther em favor de Anselmo Batschauer e Marcelino Mosca, relatando, em suma, que os pacientes foram denunciados por infração ao art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, c/c art. 71 do Código Penal, eis que sócios de empresa que não recolheu, no prazo legal, o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) no período de julho e setembro de 1998 e agosto e

setembro do mesmo ano, conforme respectivas notificações fiscais.

Sustentam a inépcia da denúncia, alegando que os pacientes não faziam parte da gerência/administração da empresa e tampouco do seu quadro societário nos períodos mencionados, conseqüentemente não detendo poderes para decidir quanto ao recolhimento ou não do referido imposto. Ressaltaram a existência da 26ª alteração contratual, onde há expressamente, em sua cláusula 6ª, a nomeação de terceiros como superintendente e gerente da aludida empresa, os quais eram os únicos que efetivamente detinham poderes e administravam os negócios.

Complementam que o primeiro paciente não era sócio da empresa, tendo deixado a sociedade antes dos fatos denunciados, e que o segundo não tinha qualquer responsabilidade na administração.

Alegam que a denúncia é inepta por não descrever a participação dos pacientes, sendo genérica, e não apresenta provas de seu poder na

gestão dos negócios e tampouco em relação à época dos fatos denunciados, sequer explicitando que funções de direção exerciam e se tratavam diretamente da área tributária.

Após indeferida a liminar postulada, a autoridade impetrada prestou informações, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela concessão da ordem somente em relação ao paciente Anselmo Batschauer.

É o relatório.

1. 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 legal (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 Carvalho, "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 inflição 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, Sarai-va, 1993, pág. 71).

Nesta 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 esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

2. A denúncia impugnada detonada contra Marcelino Mosca, Nelson Krelling e Anselmo Batschauer está assim redigida:

“Em procedimento fiscal regular de verificação contábil, o funcionário público Werner Gerson Dannebrock, agente fazendário, deu início a fiscalização junto a empresa Química Catarinense Ltda., localizada na Rua Boa Vista, n. 580, na cidade de Rio dos Cedros/SC, nesta comarca, cujos sócios e administradores são os denunciados, constatando que durante os meses do ano de 1998 referida empresa, por obra e comando dos denunciados, não recolheu no prazo regulamentar o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, declarado pelos denunciantes e apurada da seguinte forma:

“— julho e setembro de 1998, resultando na notificação fiscal n. 339.238-26, no valor de R\$ 3.973,31

(três mil, novecentos e setenta e três reais e trinta e um centavos);

“— agosto e setembro de 1998, resultando na notificação fiscal n. 339.237-25, no valor de R\$7.208,23 (sete mil, duzentos e oito reais e vinte e três centavos).

“Diante do exposto, incidiram os denunciados Marcelino Mosca, Nelson Krelling e Anselmo Batschauer nas sanções do artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, por 4 (quatro) vezes, razão por que é oferecida a presente denúncia para, após provados os fatos descritos e processados nos regulares termos, serem, ao final, condenados” (fl. 18).

Vê-se que a denúncia limitou-se a acusar os pacientes de forma abstrata e genérica, não descrevendo as condutas (ação ou omissão) individuais de cada um e as circunstâncias dos eventos tidos como criminosos, muito menos a base fática, ainda mais quando ficou consignado no respeitável voto vencido que um dos pacientes nem sequer fazia parte da administração da empresa na época do acontecido.

Ora, é sabido, 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), que é necessário conhecer, 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 da

expressão ambígua “e/ou” muito menos “massificação de responsabilidades, 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 Pedroso, 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 a 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 hão 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.

n. 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 n. 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 descritivo, 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 Câm. Crim. 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).

3. 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, 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 pessoalidade 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 Scarcezini, 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 n. 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”.

Nesse sentido precedente desta Corte em hipótese adequada aos autos, da lavra deste Relator designado:

“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, pois 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” (HC n. 00.016056-3, da Capital).

Ora, reitera-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 criminoso, 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 de eventualmente serem sócios e administradores da empresa, ainda quando um dos pacientes não fazia mais parte da sociedade, conforme se depreende do respeitável voto vencido.

Daí resulta que a peça acusatória 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, e fundamentar a pretensão condenatória nas notificações fiscais acostadas aos autos), não se podendo responsabilizá-los de forma objetiva; da inépcia decorre falta de justa causa, que produz constrangimento ilegal, sanável pelo writ.

4. Por estas razões, por maioria de votos, vencido o Exmo. Sr. Des. Relator originário, que votou no sentido de conceder parcialmente a ordem, concede-se a ordem para trancar a ação penal por inépcia da denúncia, estendendo seus efeitos ao co-denunciado Nelson Krelling.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos, e lavrou parecer, pela douda

Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 17 de janeiro de 2001.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Nilton Macedo Machado,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do
Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos

Ementa aditiva

Habeas corpus. Crimes contra a ordem tributária. Lei n. 8.137/90. Trancamento da ação penal. Acusado que não integrava o quadro social. Inépcia da denúncia afastada. Concessão parcial da ordem.

Constatado de forma patente e visível que o acusado não mais integrava o quadro societário da empresa quando do cometimento dos fatos denunciados, mister o trancamento da ação penal, por ausência de justa causa.

“Não se pode pela via estreita do mandamus trancar ação penal por falta de justa causa quando o seu reconhecimento exigir um exame aprofundado e valorativo da prova dos autos” (Mirabete).

Dissenti da douda maioria por entender ser cabível o trancamento da ação penal apenas em relação ao paciente Anselmo Batschauer. Vejamos.

Com efeito, ao analisar a documentação acostada aos autos, denota-se que o paciente Anselmo Batschauer, quando da 26ª alteração contratual da empresa Química Catarinense Ltda. (fls. 57/62), realizada em 16/9/96, deixou de integrar o quadro

societário da referida sociedade, tendo a empresa WF Corretora de Seguros Ltda. adquirido todas as suas cotas sociais, conforme cláusula III da referida alteração contratual, sendo que a 27ª alteração contratual sobreveio somente no ano de 2000 (fls. 63/66), excluindo então qualquer possibilidade de reintegração na sociedade do referido paciente durante o interregno em que foram apuradas as aludidas irregularidades fiscais.

Patente, portanto, a total ausência de responsabilidade do paciente Anselmo Batschauer quanto aos fatos denunciados, eis que se vislumbra de plano a ausência de participação deste na administração da sociedade.

A respeito da possibilidade do trancamento da ação penal por ausência de justa causa, comenta Julio Fabbrini Mirabete:

“Também somente se justifica a concessão do habeas corpus por falta de justa causa para a ação penal quando ela é evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. É possível verificar-se perfunctoriamente os elementos em que se sustenta a denúncia ou a queixa, para reconhecimento da fumaça do bom direito, mínimo demonstrador da existência do crime e da autoria, mas não se pode pela via estreita do mandamus trancar ação penal por falta de justa causa quando o seu reconhecimento exigir um exame aprofundado e valorativo da prova dos autos” (Processo Penal, 3ª ed., Atlas, pág. 690).

Contudo, em relação ao paciente Marcelino Mosca, tal facilidade no reconhecimento da ausência de qualquer participação no ilícito não se afigura tão patente a ponto de acatar, em sede de habeas corpus, as alegações dos impetrantes.

Ocorre que, ao analisar a mencionada 26ª alteração contratual, percebe-se que Marcelino Mosca, representante da empresa B & B Empreendimentos Empresariais Ltda., até então sócia da Química Catarinense Ltda., vendeu suas cotas sociais à empresa Charter Brasil Participações S.A., contudo, também na condição de representante da empresa WF Corretora de Seguros Ltda., adquiriu todas as cotas sociais que pertenciam ao primeiro paciente, figurando ainda como representante desta última sócia inclusive quando da 27ª alteração contratual, já referida.

Quanto à aludida ingerência suscitada pelos impetrantes em relação ao paciente Marcelino, há que se destacar que a cláusula 6ª da 26ª alteração contratual não exclui, em princípio, sua total participação na administração da empresa, porquanto é clara ao dispor que “A administração dos negócios sociais competirá aos sócios que delegarão seus poderes a um Superintendente e a um Gerente, cuja remuneração será fixada por acordo entre os sócios” (grifo nosso).

Ressalte-se que, quando da 27ª alteração, outro representante da empresa WF Corretora de Seguros Ltda., que o paciente Marcelino também representa, passou a ser o superintendente da Química Catarinense Ltda., conforme o parágrafo único da sua cláusula 6ª, sendo, portanto, im-

possível acolher-se, nesta fase, a alegação de total ausência de participação deste paciente na gerência/administração da empresa, devendo referida questão ser dirimida oportunamente pelo Magistrado que conduzir a instrução processual, a vista do conjunto probatório carreado aos autos.

Nesse sentido:

“Processo penal — Habeas corpus — Exame de prova — Excesso de prazo — Ordem denegada — Precedentes jurisprudenciais.

“O Habeas corpus não é meio próprio para declarar a inocência, antecipando julgamento que depende do acurado exame de provas” (HC n. 97.000549-0, de Itajaí, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 4/3/97).

“O elemento subjetivo que determina a conduta do réu de uma ação penal não pode ser aferido em sede de habeas corpus, pois reclamaria antecipada análise da prova” (HC n. 98.006200-4, de Dionísio Cerqueira, rel. Des. Paulo Gallotti, DJ de 24/7/98).

Ou ainda:

“Habeas corpus — Ação penal e prisão preventiva — Ausência de justa causa — Inocorrência — Desnecessidade de certeza da autoria — Ordem denegada.

“Não há como falar em ausência de justa causa, existindo prova da existência de crime e indícios suficientes da autoria” (HC n. 99.009961-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 24/8/99).

E, por fim:

“Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Quei-

xa-crime que atende as disposições do artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo a ocorrência de crime, em tese, e a participação do paciente como autor. Vedada em sede de habeas corpus a análise aprofundada dos elementos de prova. Ordem denegada” (HC n. 98.000547-7, de Blumenau, rel. Des. Genésio Nollí, DJ de 24/3/98).

De outra parte, a alegação de inépcia da denúncia não tem como ser acolhida, haja vista ter sido elaborada em consonância com o art. 41 do Código de Processo Penal e consubstanciada em documentação idônea e apta à promoção da ação penal, havendo suficiente descrição das condutas dos denunciados, a imputar-lhes o cometimento de ação típica, de forma a permitir aos pacientes, por conseguinte, o exercício do direito de defesa.

A respeito, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“A denúncia é uma exposição, por escrito, de fatos que constituem em tese um ilícito penal, ou seja, de fato subsumível em um tipo penal, com a manifestação expressa da vontade de que se aplique a lei penal a quem é presumivelmente o seu autor e a indicação das provas em que se alicerça a pretensão punitiva” (Processo Penal, 3ª ed., Atlas, pág. 122).

E complementa:

“O artigo 41 do CPP trata dos requisitos que devem estar presentes na denúncia a fim de que possa ser ela recebida instaurando-se a ação penal condenatória. Exige-se em primeiro lugar, no artigo citado, que a denúncia contenha ‘a exposição do fato, com todas as suas circunstâncias’,

dispondo-se, ainda, que será ela rejeitada quando 'o fato narrado evidentemente não constituir crime' (art. 43). O fato descrito deve ser subsumível a uma descrição abstrata na lei (tipo penal)", concluindo, então, que "É inepta e não deve ser recebida a denúncia que não especifica, nem descreve, ainda que sucintamente, o fato criminoso atribuído ao acusado, que seja vaga, imprecisa, lacônica" (ob. cit., pág. 123), o que, a toda evidência, não é o caso dos autos, pois, apesar de sucinta, é clara ao imputar aos administradores da empresa a responsabilidade pela não-recolhimento do tributo no momento devido.

Ademais, a jurisprudência pátria tem sedimentado o entendimento de que em tais casos, quando praticados crimes coletivos, societários ou multitudinários, sendo impossível apurar-se antes da instrução probatória a participação específica de cada um dos acusados, possa a denúncia ser oferecida sem descrever pormenorizadamente os atos perpetrados por cada um dos acusados, bastando a descrição englobada dos fatos típicos praticados.

Adverte o citado doutrinador que, "havendo concurso de pessoas, é necessário que a denúncia especifique qual o comportamento de cada um dos co-autores ou partícipes e como ele concorreu para o resultado. Evidentemente, caso não seja possível a individualização do comportamento de cada um deles, como acontece, por exemplo, nos crimes societários, uma descrição geral de que concorreram para o ilícito é perfeitamente aceitável" (Código de Processo Penal Interpretado, 6ª ed., Atlas, pág. 94).

Colhe-se do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Não é inepta a denúncia que, embora sintética, permite o exercício de ampla defesa. A descrição da co-autoria, sem particularizar a atuação dos acusados, é possível quando a natureza do crime e suas circunstâncias não permitem a individualização pormenorizada dos atos de cada um" (RSTJ 68/91).

"RHC — Crime multitudinário — Denúncia — Descrição minuciosa — Desobrigação.

"Em se tratando de crime multitudinário, basta que a denúncia narre a participação englobada dos denunciados, não se exigindo minudência do comportamento pessoal de cada um dos envolvidos.

"Recurso a que se nega provimento" (RSTJ 84/299).

Do Excelso Pretório apanham-se os seguintes julgados:

"Habeas corpus. Crime continuado de corrupção ativa em concurso de pessoas (arts. 333 e 29 e 71 do CP). Inépcia da denúncia. Crime multitudinário ou de autoria conjunta ou coletiva. Documentos que devem acompanhar a denúncia. Ilegitimidade de parte. Princípios da legalidade, obrigatoriedade, indivisibilidade e indisponibilidade da ação penal. Justa causa.

"1. Não é inepta a denúncia por eventuais omissões quanto aos requisitos do art. 41 do CPP — as quais podem 'ser supridas a todo tempo, antes da sentença final' (art. 569 do CPP) —, desde que permita o exercício do direito de defesa.

"2. Nos crimes de autoria coletiva, a denúncia pode narrar generica-

mente a participação de cada agente, cuja conduta específica é apurada no curso do processo. Precedentes.

“3. A denúncia deve ser acompanhada dos elementos indispensáveis à sua sustentação, não sendo exigida a juntada de elementos que o titular da ação penal considere desnecessária. A defesa pode juntar os documentos que entender úteis no momento processual oportuno.

“4. O Código Penal, ao tratar do concurso de pessoas, prevê as figuras de autor, co-autor e partícipe, podendo, assim, ser parte legítima na ação ‘quem, de qualquer modo, concorre para o crime’ (art. 29 do CP), ainda que não pratique o núcleo do tipo.

“5. O órgão acusador pode excluir da denúncia, depois de melhor exame, quem era objeto de suspeita inicial; pode aditá-la para ampliar os limites da imputação e o rol de acusados, ocasião em que poderá ocorrer alteração da competência, sem que restem feridos os princípios da legalidade, obrigatoriedade, indisponibilidade e indivisibilidade, este só aplicável à ação penal privada (art. 48 do CPP); precedentes.

“6. A reiterada tolerância das autoridades não descriminaliza a con-

duta nem subtrai a justa causa para a ação penal.

“7. Habeas corpus conhecido, mas indeferido” (HC n. 71.899/RJ, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 2/6/95, pág. 16.230).

“Inépcia da denúncia: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se orientando no sentido de que é admitida a narração genérica dos fatos, sem discriminação da conduta específica de cada denunciado (CPP, art. 41), quando se trata de crime multitudinário, eis que só a instrução pode esclarecer quem concorreu, participou ou ficou alheio à ação ilícita ou ao resultado com ela obtido; no caso, a denúncia indica o fato imputado ao paciente e possibilita o exercício do direito de defesa. Precedente” (HC n. 73.208/RJ, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 7/2/97, pág. 1.337).

Por estes fundamentos, concedi parcialmente a ordem, somente para determinar o trancamento da ação penal em relação ao paciente Anselmo Batschauer.

Florianópolis, 22 de janeiro de 2001.

Jaime Ramos.

HABEAS CORPUS N. 00.025110-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Prisão em flagrante — Tráfico ilícito de entorpecentes — Crime permanente — Desnecessidade de mandado judicial — Alegação de flagrante preparado ou forjado — Impossibilidade de verificação na via estreita do writ.

O direito constitucional da inviolabilidade domiciliar não se estende a locais ou pontos de comércio clandestino de drogas; a casa é o asilo inviolável do cidadão enquanto respeitada sua finalidade precípua de recesso do lar.

Saber se houve ou não flagrante preparado, ou dizer da inocência do réu quanto ao crime de tráfico, implica análise de matéria probatória, não condizente com a via estreita do habeas corpus.

Prisão em flagrante — Tóxicos — Denúncia classificando o fato no art. 12 da Lei n. 6.368/76 — Liberdade provisória — Art. 2º, II, da Lei dos Crimes Hediondos — Impossibilidade — Constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal — Ordem denegada.

Tratando-se de crime classificado como tráfico de entorpecentes (art. 12 da Lei Antitóxicos) e denominado hediondo, impossível a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, em face da proibição legal (art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.025110-0, da comarca da Capital (3ª Vara Criminal), em que é impetrante a Dra. Oraidá Medeiros, sendo paciente Ednei Resende de Souza:

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

Trata-se de habeas corpus impetrado pela Dra. Oraidá Medeiros em favor de Ednei Resende de Souza, aos argumentos de flagrante forjado, ausência de mandado de busca e apreensão e presença dos requisitos para o deferimento do pedido de liberdade provisória, ainda não apreciado na origem.

As informações foram prestadas pela autoridade judiciária apontada como coatora, esclarecendo que o

paciente foi preso em flagrante, devidamente homologado; denunciado nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76, seu interrogatório já foi realizado e, não obstante os rigores da Lei n. 8.072/90 no tocante à possibilidade de concessão de liberdade provisória aos denunciados por crimes hediondos e equiparados, o pedido está com vista ao Ministério Público para manifestação.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, oficiou o Dr. Vilmar José Loef, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

1. Inicialmente, deve ser afastada a tese de ilicitude da ação policial decorrente do ingresso na residência do réu sem o devido mandado de busca e apreensão, porquanto o tráfico de entorpecentes, delito tipificado no artigo 12 da Lei de Tóxicos, é crime permanente, cuja consumação prolon-

ga-se no tempo e “havendo crime em execução, inclusive nos delitos permanentes, ou hipótese de flagrante delito, permite-se a entrada sem a aquiescência do morador” (Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed. atual., SP, Atlas, 1997, pág. 376)

Nesses casos, a autorização advém da Carta Magna, na qual é determinado que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (CF, art. 5º, XI)

Neste sentido, deste Relator:

“Prisão em flagrante — Tráfico ilícito de entorpecente — Crime permanente — Desnecessidade de mandado judicial — Flagrante preparado inócidente — Habeas corpus denegado.

“O direito constitucional da inviolabilidade domiciliar não se estende a locais ou pontos de comércio clandestino de drogas; a casa é o asilo inviolável do cidadão enquanto respeitada sua finalidade precípua de recesso do lar” (HC n. 11.231, de Itajaí, j. 25/10/93).

Ora, tratando-se de crime tráfico de entorpecentes, de natureza permanente, havendo notícia de sua prática e, sendo encontrada maconha com Regina Bernadete Riewe, que afirmou tê-la adquirido do paciente momentos antes da apreensão de 355,3g (trezentos e cinquenta e cinco gramas e três decigramas) da referida droga, além de um “desmurrugador, peça utilizada para soltar maconha” (fl. 2), na lixeira de sua residência. As

assertivas relativas à ocorrência de flagrante preparado ou forjado, além de se mostrarem, em tese, totalmente infundadas, não devem ser consideradas sob qualquer aspecto; tais discussões devem ser feitas no momento oportuno, ou seja, após a instrução, e por quem de direito colhendo-se da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Saber se houve ou não flagrante preparado, bem como dizer da inocência do réu quanto ao tráfico ou se está ele submetido ao art. 18, IV, da Lei n. 6.368/76, demanda revolvimento de aspectos fático-probatórios, não condizentes com a via eleita” (HC n. 9472/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 2/8/99, pág. 226).

2. Como salientado pelo ilustre Procurador de Justiça, preso o paciente em flagrante e denunciado como infrator do mencionado art. 12 da Lei de Tóxicos, impossível falar-se em concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, porque tal benefício é expressamente proibido pelo disposto no art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90, de vez que o crime denominado de tráfico de entorpecentes é equiparado a hediondo e, como tal, insuscetível da concessão do mencionado benefício processual.

A jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça já assentou:

“REsp — Homicídio qualificado tentado — Crime hediondo — Réu preso em flagrante — Liberdade provisória — Impossibilidade — Art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90.

“1. Tratando-se de crime hediondo, a norma contida no art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 é taxativa quanto à vedação da liberdade provisória.

"2. Iterativa jurisprudência, do Excelso Pretório e desta Corte, afirma a constitucionalidade de tal preceito.

"3. Recurso conhecido" (REsp n. 149535/MG, rel. Min. Anselmo Santiago, DJU 1º/2/99, pág. 239).

Cita-se precedente do Supremo Tribunal Federal:

"Habeas corpus. Estupro. Liberdade provisória. Impossibilidade. Artigo 2º, II, da Lei n. 8.072/90. Ausência de ilegalidade. Os crimes hediondos são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória. Art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90. Inexistência de ilegalidade. Habeas corpus indeferido" (HC n. 74108/DF, rel. Min. Francisco Rezek, j. em 26/11/96).

Quando se tratar de afirmar sobre constitucionalidade ou não de

texto legal federal, resta lembrar, consoante o caput do art. 102 da Constituição Federal, que o intérprete único da Carta Magna é o Supremo Tribunal Federal; em conseqüência, é a palavra do Supremo que é a definitiva na solução do tema constitucional.

3. Diante do exposto, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 10 de janeiro de 2001.

João José Ramos Schaefer,

Presidente com voto;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

HABEAS CORPUS N. 00.025338-3, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Habeas corpus — Execução penal — Quando é admissível — Pedido de mudança de regime ou concessão de prisão domiciliar — Matéria afeta ao juízo da execução — Hipótese de não conhecimento.

Admite-se habeas corpus em execução penal quando a liberdade do paciente estiver cerceada ou ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder, pouco importando a existência de recurso específico para impugnar o ato.

O habeas corpus não é remédio adequado a substituir recurso de agravo, cabível contra decisão a ser proferida pelo juiz da execução penal.

Habeas corpus — Sentença condenatória — Negativa do direito de apelar em liberdade — Paciente que respondeu ao processo preso por força de prisão em flagrante — Reincidente — Subsistência da necessidade da prisão.

Se, quando da prolação da sentença condenatória, o réu encontra-se preso por força de flagrante, e sendo ele portador de maus antecedentes, como também reincidente, resta inaplicável o benefício previsto no art. 594 do CPP.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 00.025338-3, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que é impetrante o advogado Alfredo da Silva Júnior, sendo paciente Wilson Nazareno da Silva:

ACORDAM, em Câmara de Férias, por votação unânime, não conhecer do writ no que tange ao pedido em relação ao regime prisional e à prisão domiciliar, e denegar a ordem quanto ao pleito de recorrer em liberdade.

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Dr. Alfredo da Silva Júnior, em favor de Wilson Nazareno da Silva, o qual restou condenado e preso em 9/2/98 pelo crime de tráfico de entorpecentes, obtendo livramento condicional dia 26/10/99; mas em 22/3/00 foi preso em flagrante, acusado de infração ao art. 304 do CP (falsificação de documento).

Nesse passo, regrediu ao regime fechado, naquela condenação, cuja pena foi extinta em 6/12/00 e, após, acabou condenado por infração ao art. 304, c/c o art. 61, I, do Código Penal (reincidente), à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por sentença publicada em 13/7/00, tendo iniciado o cumprimento em 6/12/00.

Aduz que o regime para o cumprimento de pena não pode ser o fechado eis que o crime previsto no art. 304 do CP é classificado como hedion-

do; que por possuir "residência fixa, família e emprego e, ter ficado quase 5 meses em liberdade sem cometer algo que ameaçasse a paz pública, além de estar há mais de 9 (nove) meses preso novamente, é de ser concedida a ordem para permitir que aguarde o trâmite de sua apelação em liberdade". Sustenta ainda que a sentença é nula porque o Juiz sentenciante não fundamentou os motivos de não poder aguardar o trânsito em julgado do processo em liberdade. Alternativamente, requer a concessão da prisão domiciliar.

Após prestadas as informações (fl. 44), a liminar foi indeferida por este Relator (fl. 46), e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Vilmar José Loef, opinou pela "denegação da ordem para que o paciente recorra em liberdade e pelo não conhecimento do writ quanto ao pleito em relação ao regime prisional e à prisão domiciliar".

É o relatório.

1. Não se conhece dos pedidos relativos à mudança de regime e concessão de prisão domiciliar.

Inicialmente, vale salientar que "o procedimento relativo aos incidentes de execução da pena, correspondente às situações previstas na Lei de Execuções Penais, será judicial e contraditório, e, portanto, mais abrangente do que a restrita via do writ, exigindo análise aprofundada dos aspectos subjetivos do sentenciado e da prévia

manifestação do Ministério Público, desenvolvendo-se, por isso, perante o juízo da execução, sendo que do inconformismo caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo (art. 197 da LEP)” (HC n. 96.009446-6, de Ibirama, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. 12/11/96).

Todavia, admite-se habeas corpus mesmo em execução penal quando a liberdade do paciente estiver cerceada ou ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder, pouco importando a existência de recurso específico para impugnar o ato, razão pela qual o writ pode ser conhecido e analisado para verificação da apontada ilegalidade, única capaz de justificar a admissibilidade do habeas corpus em execução penal.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

“O habeas corpus é ação de natureza constitucional. Destina-se a proteger o cidadão contra toda e qualquer ameaça de violência ou de coação de liberdade de locomoção, pouco importando a existência, na Lei de Execução Penal, de recurso específico para impugnar o ato. Possibilidade de impetração do remédio heróico concomitantemente com recurso específico e mesmo na sua ausência” (STJ — RHC n. 4066-1, rel. Min. Pedro Acioli, in DJU de 28/11/94, pág. 32.643).

Porém, na hipótese em questão, não há apontamento de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, mas se discute apenas a possibilidade de cumprimento da pena em regime menos severo que o fechado e a concessão de prisão domiciliar.

Nesse passo, não é possível o conhecimento dos pedidos por ser matéria afeta ao juízo da execução e enfrentado por intermédio de recurso de agravo (art. 197, LEP).

Acerca do assunto, o colendo Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que “o habeas corpus é o remédio constitucional destinado, única e exclusivamente, a proteger direito ambulatorial das pessoas, vale dizer, de ir e vir, livremente, razão pela qual se mostra inadequado para dirimir questões atinentes à progressão de regime prisional” (HC n. 6.942/SP — Relator: Min. Fernando Gonçalves — DJU de 15/06/98, pág. 166), “a menos que se constate ilegalidade flagrante, o que não ocorre in casu” (STJ — HC n. 883/SP — 5ª Turma, rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJU 17/2/92, pág. 1.380).

2. Não merece acolhida o pedido de o paciente aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação interposto, pois, tendo permanecido preso durante toda a instrução, nesta situação agora deve permanecer, em decorrência não mais da prisão em flagrante, mas por força de sentença condenatória que, por sua vez, estribada no disposto pelo artigo 594 do Código de Processo Penal, negou-lhe o direito de recorrer em liberdade, uma vez que faltando-lhe as exigências legais para tanto, qual seja, seus antecedentes e reincidência, não há razões para que seja concedido o benefício.

Ora, se o recolhimento à prisão do réu condenado para recorrer é a regra geral determinada pelo referido artigo 594 do CPP, e se, além disso, não preenche ele um dos requisitos para

receber o benefício de recorrer em liberdade, pois seus antecedentes não recomendam a benesse, abstraído o fato de já ter sido condenado por outro crime (tráfico ilícito de entorpecentes) que, por isso mesmo, não permite tal concessão, resulta evidente que nenhum constrangimento ilegal há a ser sanado pela via expressa do habeas corpus.

Acrescente-se, ainda, a lição de Julio Fabbrini Mirabete, ao dizer que “não pode ser concedida a liberdade provisória para apelar se o réu já se encontrava preso preventivamente ou em razão de flagrante ou de pronúncia. Tais espécies de prisão, em princípio, permanecem até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Aliás, o art. 594 prevê o ‘recolhimento’ do réu à prisão, o que, evidentemente, se refere àquele que está solto. Além disso, seria um paradoxo possibilitar sua soltura após a sobrevivência da sentença condenatória” (Código de Processo Penal Interpretado, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, pág. 687).

Nesse sentido também é o entendimento desta egrégia Corte de Justiça:

“Direito de apelar em liberdade — Reincidência — Fator que coíbe a benesse disposta no art. 594 do CPP — Paciente preso em flagrante e que assim permaneceu durante toda a instrução criminal — Recomendação que assim se mantenha — Decisum a quo bem fundamentado — Pleito afastado.

“Writ denegado” (HC n. 00.004743-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Jorge Mussi, j. em 18/4/00).

Ainda:

“Habeas corpus — Apelação em liberdade — Réu que respondeu ao processo crime recolhido em decorrência de prisão em flagrante — Inteligência do art. 594 do CPP e da Súmula 9 do STJ.

“Não afronta o princípio constitucional da presunção de inocência a disposição da sentença que nega o direito de recorrer em liberdade, se o paciente está preso desde o flagrante, ‘porquanto um dos efeitos da sentença condenatória é ser o preso conservado na prisão’ (STJ)” (HC n. 00.001234-3, de Dionísio Cerqueira, deste Relator, j. em 15/2/00).

Por fim:

“Pretensão de apelar em liberdade. Impossibilidade. Paciente que encontra-se preso em virtude de prisão em flagrante durante toda a instrução processual. Inviável a análise de matéria probatória na via estreita do writ. Ordem denegada.

“É orientação consolidada no STF que, se o réu está preso — por força de flagrante ou preventiva — ao momento da sentença condenatória, não se lhe aplica o benefício do art. 594 do CPP’ (RT 639/379)” (HC n. 99.019383-7, de Lages, rel. Des. Genésio Nollí, j. em 23/9/99).

De outro lado, ressalta-se que não há falar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação quando o Magistrado sentenciante negou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, pois como muito bem ponderou o culto Procurador de Justiça “a regra é o recolhimento à prisão para apelar, no entanto, além de o paciente ser reincidente, respondeu ao processo preso, sendo motivo bastante para permanecer segregado.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete:

“Não pode ser concedida a liberdade provisória para apelar se o réu já se encontrava preso preventivamente ou em razão de flagrante ou de pronúncia. Tais espécies de prisão, em princípio, permanecem até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Aliás, o art. 594 prevê o ‘recolhimento’ do réu à prisão, o que, evidentemente, se refere àquele que está solto. Além disso, seria um paradoxo possibilitar sua soltura após a sobrevinda da sentença condenatória” (in Código de Processo Penal Interpretado, 7ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, pág. 1.272).

Da jurisprudência desta Corte, citando o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso crime — Apelação — Sentença condenatória — Negativa do direito de apelar em liberdade — Paciente que respondeu ao processo preso — Maus antecedentes — Subsistência da necessidade da prisão.

‘Se, quando da prolação da sentença condenatória, o réu encontra-se preso por força de flagrante ou preventiva, e sendo ele portador de maus antecedentes, resta inaplicável o benefício previsto no art. 594 do CPP.

‘Habeas corpus — Alegação de crime de bagatela — Análise de prova — Inviabilidade na via estreita do writ — Matéria submetida à apelação — Ordem denegada.

‘Se para o deslinde da questão é necessário o revolvimento da prova condensada no bojo dos autos, o tema situa-se fora do alcance do habeas corpus, que não é instrumento processual próprio para se obter sentença de absolvição sumária’ (STJ, RHC n. 7944/GO, rel. Min. Vicente Leal, j. em 29/10/98)” (HC n. 99.004478-5, de Joinville, deste Relator).

5. Pelo exposto, não se conhece do writ no que tange ao pedido em relação ao regime prisional e à prisão domiciliar, e denega-se a ordem quanto ao pleito de recorrer em liberdade.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu e Jaime Ramos, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 17 de janeiro de 2001.

João José Ramos Schaefer,
Presidente;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.020969-4, DE SÃO MIGUEL DO OESTE

Relator: Des. Alberto Costa

Apelação criminal — Casa de prostituição — Condenação — Recurso defensivo visando à absolvição, sob o argumento de não estar caracterizado o delito, e desconhecerem os apelantes a ilicitude do fato — Alegações improcedentes — Prova testemunhal referendada pela confissão dos réus, na polícia e em Juízo, de que mantinham boate com o intuito de praticar, de forma habitual, o lenocínio — Incomprovação de que o lupanar estava localizado na zona de meretrício, era fiscalizado pela autoridade policial e funcionava mediante alvará, com recolhimento de tributo — Erro sobre a ilicitude do fato inócurren-te — Delito previsto no artigo 229 do Código Penal, devidamente provado nos autos — Condenação mantida — Pena reclusiva, no entanto, reduzida — Pena-base fixada acima do mínimo legal com base nos maus antecedentes indemonstrados nos autos — Impossibilidade — Redução ao mínimo legal — Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.020969-4, da comarca de São Miguel do Oeste (2ª Vara), em que são apelantes Osvaldo Macena de Oliveira e Milda Santos Varga e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, apenas para reduzir a pena-base aplicada ao réu Osvaldo Macena de Oliveira ao mínimo legal, mantidas as demais cominações da sentença recorrida.

Custas na forma da lei.

Na comarca de São Miguel do Oeste, 2ª Vara, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Osvaldo Macena de Oliveira e Milda Santos Vargas, dando-os como incurso nas sanções dos artigos 229, 218 (três vezes) e 299, caput (duas vezes), c/c os artigos 61, inciso II, letra b, e 29, todos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: "Os denunciados são proprietários da Boate Gaúcha, localizada às margens da BR 282, na Linha Santo Expedito, nesta Cidade e Comarca.

"Ocorre que aludida boate é destinada à prostituição e venda de bebidas alcoólicas, de onde os denunciados retiram lucros.

"Na administração do prostíbulo, em meados do segundo semestre do ano de 1994, os denunciados facilitaram a corrupção das menores: D. R. H., S. S. dos S. e I. A. da S., todas contando, à época, com 17 anos de idade, sendo que permitiam sua permanência no recinto, com o fim de prostituir-se.

"Com o intuito de assegurar a ocultação e impunidade do crime acima descrito, os denunciados pediram para que as menores, D. e I. conseguissem certidões de nascimento de mulheres de maioridade. Com as certidões nas mãos, entre os meses de setembro e novembro de 1994, os denunciados encaminharam as menores para tirar fotografias e para fazer cartelas de identidade na Delegacia de Polícia. Sendo que em aludidos documentos fizeram constar as fotografias das menores, com a qualificação de terceira pessoa.

"Assim, os denunciados fizeram inserir declaração falsa, por duas vezes, em documento público, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante" (fls. 2/3)

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Osvaldo Macena de Oliveira às penas de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, por infração ao artigo 229 do Código Penal, substituída a pena reclusiva por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas e multa; e Milda Santos Vargas às penas de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, por infração ao artigo 229 do Código Penal, substituída a pena reclusiva por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas e multa.

Os réus foram absolvidos da imputação dos delitos previstos nos artigos 218 e 299, ambos do Código Penal, com fulcro no artigo 386, incisos VI e III, do Código de Processo Penal.

Inconformados, os acusados apelaram objetivando a absolvição, alegando desconhecerem a ilicitude do fato, haja vista de o estarem praticando há mais de vinte anos, e que o delito no qual foram condenados não restou configurado, em virtude de a casa de prostituição estar localizada em zona de meretrício.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O pleito absolutório dos apelantes não merece provimento.

Com efeito, consoante ressumbra das peças que integram os presentes autos, a materialidade e a autoria do crime previsto no artigo 229 do Código Penal, restaram comprovadas pela confissão dos apelantes, tanto na polícia (fls. 35 e 38) quanto em Juízo (fls. 52 e 61), e pelos depoimentos das testemunhas D. R. H. (fl. 7), S. S. dos S. (fl. 10), R. F. Z. (fl. 13) e I. A. da S. (fl. 14), que, segundo afirmam, praticavam na Boate Gaúcha, de propriedade dos réus, o comércio habitual do amor sexual.

Na verdade, os acusados, quando interrogados, afirmaram, categoricamente, que eram proprietários da Boate Gaúcha, que tinha por finalidade a prostituição de mulheres, esclarecendo, inclusive, a forma como auferiam seus lucros.

Ademais, referido estabelecimento funcionava regularmente, segundo ainda os réus, há aproximadamente 15 (quinze) anos, restando configurada, assim, a habitualidade exigida para caracterizar o delito previsto no artigo 229 do Código Penal.

É da jurisprudência desta Corte de Justiça:

“Tratando-se de crime relacionado com a manutenção de casa de prostituição, uma vez comprovada através de testemunhas a regularidade de funcionamento do local, fica óbvia a reiteração, estando preenchido o requisito da habitualidade necessária à configuração do delito” (Ap. Crim. n. 31.186, de Canoinhas, rel. Des. José Roberge).

No que tange ao argumento defensivo, no sentido de desconhecerem os réus a ilicitude do fato, constata-se ser improcedente, haja vista inexistir nos autos qualquer comprovação de que a casa de prostituição estava localizada em zona de meretrício, era fiscalizada pela autoridade policial e, tampouco, possuía alvará de licença para o regular funcionamento e recolhia tributos.

Nesse sentido:

“Casa de prostituição — Delito caracterizado — Erro de proibição — Inocorrência — Se a atividade ilícita do réu não era fiscalizada pela autoridade pública e nem ao menos está evidenciada a existência de alvará para o funcionamento do estabelecimento, não há como furtar-se da sanção penal sob a alegação de erro de proibição quanto à antijuridicidade de sua conduta. Recurso desprovido” (Ap. Crim. n. 97.014189-0, de Itajaí, rel. Des. Genésio Nollí).

Portanto, fica rejeitado o pleito absolutório.

Por outro vértice, e em atenção à amplitude do recurso da defesa, a reprimenda merece ser reduzida, uma vez que o Magistrado sentenciante não se houve com o costumeiro acerto na fixação da pena-base em relação ao réu Osvaldo Macena de Oliveira, pois aumentou-a de 6 (seis) meses, em virtude de considerá-lo possuidor de maus antecedentes, com base na certidão de fl. 50.

No entanto, na certidão de fl. 50 verifica-se constar, apenas, que o réu respondeu a três processos — Autos ns. 1.637/82, 1.973/83 e 2.339/84 — restando absolvido em todos, não ha-

vendo, portanto, como considerá-lo portador de maus antecedentes.

Assim, e levando em consideração que as circunstâncias judiciais apontadas no artigo 59 do Código Penal em relação ao réu são idênticas às da co-ré Milda Santos Vargas, consoante consignado pelo Togado, aplica-se a ele a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, fixada definitivamente neste patamar, em virtude de não ser possível, na 2ª fase, aplicar a atenuante da confissão espontânea (pena-base no mínimo legal) e, na 3ª fase dosimétrica, inexistirem causas de especial aumento e de diminuição, mantida a substituição da

pena efetuada no r. decisum condenatório.

Por esses motivos, dá-se provimento parcial ao recurso, apenas para reduzir a pena-base aplicada ao réu Osvaldo Macena de Oliveira ao mínimo legal, mantidas as demais cominações da sentença recorrida.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2000.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.022164-3, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Alberto Costa

Crime contra a saúde pública — Narcotraficância — Cocaína — Condenação — Recurso defensivo — Preliminares de nulidade do processo: falta de citação de réu preso e ausência de defesa — Mérito visando à absolvição ou à desclassificação do delito para uso próprio — Pedido alternativo de aplicação da Lei n. 9.714/98 — Preliminares de nulidade rejeitadas — Delito do artigo 12 da Lei de Tóxicos, devidamente comprovado nos autos — Inviabilidade da substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos — Recurso desprovido.

— Encontrando-se o réu preso, desnecessária sua citação, porque a requisição corresponde ao referido ato processual, sendo dado ciência da acusação quando do interrogatório.

— Se o defensor do réu, dativo ou constituído, é regularmente intimado à audiência de inquirição de testemunhas e não comparece, não enseja nulidade a nomeação de defensor ad hoc tão e só para os efeitos dos atos a serem realizados naquele ato judicial.

— *Para a caracterização do delito previsto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76 não se faz necessária a prisão do réu no ato de mercancia, pois o crime se consuma com o simples transporte ou em trazer consigo substância entorpecente sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

— *Em virtude de o elevado grau de danosidade do crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins ser incompatível com a política criminal descarcerizadora adotada pela Lei n. 9.714/98, queda inviável a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.022164-3, da comarca de São José, em que é apelante Lenício Oliveira Alves e apelada a Justiça por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, rejeitar as preliminares de nulidade argüidas e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de São José, Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Lenício Oliveira Alves, dando-o como incurso nas sanções do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, porque, segundo narra a exordial acusatória: "(...) Em data de 10 de setembro do corrente ano (1999), por volta das 11h30min, na BR 101, próximo ao Shopping Itaguaçu, nesta Comarca, policiais federais abordaram o denunciado e quando o revistaram encontraram em seu poder uma porção de pó branco envolta em um saco plástico azul (auto de apresentação e apreensão de fl. 4), contendo cem (100) gramas de cocaína (laudo pericial de fls. 19/21).

"O denunciado transportava o entorpecente para fins do comércio ilícito" (fl. 2).

Concluída a instrução criminal, a Dra. Juíza sentenciou, condenando Lenício Oliveira Alves às penas de 3 (três) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime fechado, e 55 (cinquenta e cinco) dias-multa, por infringir o disposto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

Inconformado, o acusado apelou, alegando, em preliminar, a nulidade do processo por não ter sido devidamente citado para o interrogatório, e ocorrer cerceamento de defesa, eis que deficiente, haja vista que o defensor nomeado não compareceu à audiência de inquirição de testemunhas.

No mérito, requer a absolvição, sob o argumento de não restar comprovada nos autos a narcotraficância, eis que a droga apreendida era para consumo próprio, por ser viciado, devendo, assim, ser desclassificado o delito para a forma do artigo 16 da Lei de Tóxicos,

Alternativamente, pugna pela aplicação do benefício previsto na Lei n. 9.714/98.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância e foram com vista à douda

Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

As preliminares de nulidade invocadas no apelo improcedem.

De fato, quanto à primeira prefacial suscitada, constata-se a sua improcedência, haja vista o entendimento jurisprudencial consolidado, no sentido de que a requisição do réu supre a falta de citação, no caso em que este estiver preso, de conformidade com as disposições do artigo 360 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Não constitui nulidade o fato de o réu preso ter sido requisitado e não citado mediante mandado” (HC n. 77.357/PA — 2ª Turma — Relator: Ministro Carlos Velloso — DJU de 4/12/98).

E, desta Corte de Justiça:

“Estando o réu preso por força de prisão em flagrante, a falta de sua citação para comparecer ao interrogatório não macula o ato. A sua requisição à autoridade competente é o suficiente. Artigo 360 do CPP. A presença do réu no interrogatório afasta o vício da nulidade citatória” (Habeas Corpus n. 99.001065-1, de Brusque, relator Des. Genésio Nollí).

Por outro lado, a segunda preliminar invocada, a de ser nulo o processo por cerceamento de defesa, eis que deficiente, também não pode prosperar, impendendo enfatizar-se que, conforme exsurge das peças que integram os presentes autos, o defensor nomeado ao réu foi devidamente

intimado para comparecer à audiência de inquirição das testemunhas (certidão de fl. 46v.). No entanto, ante a sua ausência àquele ato, o Dr. Juiz a quo, acertadamente, nomeou defensor ad hoc ao réu, tão e só para defendê-lo na audiência de oitiva das testemunhas de acusação, o qual exerceu a defesa do réu em sua plenitude, eis que, inclusive, formulou perguntas aos testigos.

Sobre a matéria, leciona Vicente Greco Filho:

“O defensor ad hoc é nomeado pelo Juiz para atos processuais determinados, na hipótese de o defensor, constituído ou dativo, apesar de regularmente intimado, e ainda que motivadamente, não comparecer (art. 261, parágrafo único). Isto porque o ato processual, tendo havido intimação do defensor, não se adia pelo não comparecimento (art. 265, parágrafo único). Também deverá o Juiz nomear defensor ad hoc se entender que um ato é importante à defesa e não foi praticado pelo dativo ou pelo constituído, como, por exemplo, a elaboração de alegações finais ou de razões de recurso” (in Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1991, pág. 221).

Ficam, portanto, rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas.

Quanto ao mérito, o recurso é improvido.

A materialidade do crime está comprovada pelo termo de apreensão de fl. 8, pelo laudo de constatação de fl. 11 e laudo pericial de fl. 23, que concluiu ser cocaína o material apreendido com o réu e submetido a exame técnico pericial.

A autoria do delito restou comprovada pela confissão do réu, efetuada na polícia (fl. 7), embora retratada em Juízo, e nas declarações dos policiais federais que o prenderam em flagrante (fls. 6/7 e 55/57).

Com efeito, o réu, no auto de prisão em flagrante, afirmou que “na quarta-feira passada, dia 8, Carlinhos Gordo esteve em sua residência lhe oferecendo cem gramas de cocaína, sendo certo que aceitou; que só aceitou aquela oferta por se encontrar em uma situação econômica muito difícil, pois está aposentado e recebe apenas cento e trinta reais por mês, desejando ainda dizer que faz mais de cinco anos que não se envolve com drogas”.

Em Juízo, quando interrogado (fl. 41), modificou sua versão efetuada na polícia, alegando que “pesca camarão em Imbituba; que Carlinhos compra camarão do interrogando; que o interrogando comprou R\$ 200,00 de cocaína de Carlinhos e iria pagar com camarão; que cada vez que Carlinhos pegava camarão com o interrogando, descontava R\$ 20,00 de seu crédito; que o interrogando tinha a droga para seu consumo porque costuma pescar à noite e a droga o mantém acordado”. E, mais adiante, afirma “...tinha apenas 30 gramas que custou R\$ 200,00 e era a dose certa para seu consumo em trinta dias; que não ia dividir a droga com ninguém (...); que é viciado em cocaína”.

In casu, em que pese a retratação efetuada em Juízo, ao afirmar que a droga foi adquirida para consumo próprio, verifica-se, no entanto, que tal assertiva não restou comprovada nos autos, devendo prevalecer a declara-

ção prestada na polícia, por retratar a veracidade dos fatos, comprobatória do crime que lhe foi imputado.

Ora, porque o réu, quando abordado na posse da droga apreendida, e diga-se de passagem, não foram só 30g (trinta gramas) como assinalado no interrogatório, mas, sim, 100g (cem gramas), consoante estampado no termo de apreensão de fls. 8, ao ser preso em flagrante e perante a autoridade policial, ao prestar depoimento, não afirmou que a droga se destinava a uso próprio, eis que viciado?

Na verdade, perante a autoridade policial, e ante a surpresa de ter sido flagrado na posse da droga, sem tempo para engendrar qualquer história, preferiu dizer a verdade, qual seja, que adquiriu a droga, com o intuito de comercializá-la, pois passava por dificuldades financeiras, haja vista ser aposentado e receber, apenas, R\$ 130,00 (cento e trinta reais) por mês.

Quanto à assertiva de que a droga era para seu consumo, em virtude de pescar à noite, e a utilizava para manter-se acordado, apresenta-se inverídica. A uma, porque não comprovou a profissão de pescador, como se intitula, atividade esta que até poderia justificar a quantia de R\$ 200,00 que dispunha para comprar a droga com ele encontrada, se for levado em consideração que recebe, apenas, a quantia de R\$ 130,00 (cento e trinta reais) por mês de aposentadoria. A duas, por ter afirmado que faz mais de 5 (cinco) anos que não se envolve com drogas.

Por outro vértice, a ressaltar a culpabilidade do apelante, os depoimentos prestados pelos policiais fede-

rais Ilson Correa Mirapalheta (fl. 55), José Eloi Werner Júnior (fl. 56) e Leonardo Avelino Lima (fl. 57), os quais afirmam, de forma harmônica, terem abordado o réu, porque o segundo policial o reconheceu em face de tê-lo prendido outras duas vezes por tráfico de drogas.

A mais, convém ressaltar que o réu já foi condenado pelo delito previsto no artigo 12 da Lei de Tóxicos, consoante certificado à fl. 70.

Destarte, o acusado transgrediu, in casu, a norma insculpida no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, na modalidade do verbo “transportar” substância entorpecente ou que determine dependência física e/ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, não havendo, in casu, como desclassificar-se o crime para o previsto no artigo 16 da Lei de Tóxicos, pois, consoante entendimento jurisprudencial, a condição de usuário do réu não é incompatível com a sua de traficante, ainda mais quando o laudo de exame de dependência toxicológica concluiu que o seu grau de dependência é leve ao uso, sendo, portanto, plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato imputado.

É da jurisprudência desta Corte de Justiça:

“O fato de o réu-traficante ser dependente psíquico, em grau leve, à cannabis sativa, não impede sua condenação pelo delito de tráfico, máxime quando os senhores expertos de-

ram-no, sob o ponto de vista psiquiátrico-forense-penal, como plenamente responsável relativamente à prática desse crime” (Ap. Crim. n. 32.641, de Itajaí, deste Relator).

Por derradeiro, inviável o acolhimento do pleito alternativo de aplicação das disposições da Lei n. 9.714/98, em face, dentre outras considerações, do elevado grau de danosidade do crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins, de per se incompatível com a política criminal descarcerizadora adotada pela Lei n. 9.714/98.

Nesse sentido: Apelação Criminal n. 99.014047-4, de Santo Amaro da Imperatriz, deste Relator.

Pelo exposto, rejeitam-se as preliminares de nulidade argüidas e, no mérito, nega-se provimento ao recurso, ressalvado o entendimento do Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi que entendeu ser possível a aplicação da Lei n. 9.714/98 aos crimes erigidos à categoria de hediondos, desde que preenchidos os requisitos legais.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Maurílio Moreira Leite, e lavrou parecer, pela doutra Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2000.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.022503-7, DE LAGUNA**Relator: Des. Alberto Costa**

Crime contra o patrimônio — Roubo qualificado pelo emprego de arma e por ser a vítima mantida em poder do réu, com restrição de sua liberdade — Recurso defensivo visando à absolvição, por ocorrer a desistência voluntária — Pedido alternativo de desclassificação do delito para a forma tentada, a redução da pena ante a comparência da atenuante da confissão espontânea, e a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo — Réu que, mediante o emprego de violência exercida com emprego de arma, se desloca com a vítima, no automóvel em que se encontrava, para outro local e lhe subtrai dinheiro — Roubo qualificado, na sua forma consumada, devidamente caracterizado — Conjunto probatório formado na confissão extrajudicial e judicial do réu, nas palavras da vítima e declarações dos policiais que efetuaram a prisão, a demonstrar ter ele praticado o delito imputado — Reconhecimento da figura de a desistência voluntária inadmissível, em face de o réu ter percorrido completamente o iter criminis — Impossibilidade da aplicação da atenuante da confissão espontânea, em virtude de a pena-base ter sido cominada no mínimo legal — Inaplicabilidade da suspensão condicional do processo, haja vista a pena mínima cominada ao delito de roubo ser superior a um ano — Condenação mantida — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.022503-7, da comarca de Laguna (2ª Vara), em que é apelante Reginaldo Domingos e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Laguna, 2ª Vara, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Reginaldo Domingos, dando-o como incurso nas

sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e V, do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: "(...) no dia 28 de julho do corrente ano (2000), por volta de 21h30min o denunciado Reginaldo Domingos abordou a vítima Larissa Emanuelli Nichelli, que se encontrava no interior de um veículo Fiat/Uno de propriedade de Eduardo Domiciano Fiera, o qual encontrava-se estacionado na Rua Barão do Rio Branco, nesta Cidade, ocasião em que o denunciado mediante violência colocou no pescoço da vítima uma arma branca (faca) exigindo que a mesma lhe entregasse dinheiro, tendo a

vítima lhe entregado a importância de R\$ 10,00 (dez reais), insatisfeito o denunciado entrou no veículo assumindo a direção, saindo em alta velocidade, levando consigo a vítima.

“O denunciado dirigiu-se até a Praia do Gi, e ficou rodando com a vítima pelas ruas desertas daquele local, ocasião em que novamente exigiu mais dinheiro da vítima, tendo a mesma nessa oportunidade entregue o valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

“Na seqüência, o denunciado ao retornar para o centro da Cidade foi perseguido por uma viatura da Polícia Militar, tendo o mesmo empreendido fuga, sendo que havia outra viatura nas proximidades da rótula do bairro Portinho impedindo a passagem, ocasião em que o denunciado na direção do veículo Fiat/Uno subtraído, perdeu o controle do referido veículo vindo a chocar-se contra um muro, causando as lesões corporais à vítima Larissa Emanuelli Nichelle, descritas no Receituário Médico de fl. 7, e os danos materiais ao veículo pertencente à vítima Eduardo Domiciano Fiera, descritos no Laudo Pericial de fls. 22 a 27” (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Reginaldo Domingos às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e 13 (treze) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato, por infringir o disposto no artigo 157, § 2º, incisos I e V, do Código Penal.

Inconformado com a prestação jurisdicional desfavorável, o acusado apelou objetivando a absolvição, alegando ter desistido da prática do delito, eis que estava trazendo a vítima de

volta para o local em que foi abordada, quando foi perseguido e preso pelos policiais, estando caracterizada, in casu, a desistência voluntária.

Alternativamente, requer: a desclassificação do delito para a forma tentada, em face de a res furtiva não ter saído da esfera de vigilância da vítima, pois se encontrava em sua companhia; o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea na dosimetria da pena; e a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Em que pese a argumentação da combativa defesa, o recurso merece ser desprovido.

Com efeito, conforme ressumbra das peças que compõem os presentes autos, a materialidade do crime restou comprovada no termo de apreensão de fl. 15 e nos termos de reconhecimento e entrega de fls. 16 e 17.

A autoria está comprovada pelas declarações do réu, tanto na polícia (fl. 6) quanto em Juízo, em seu interrogatório (fl. 41), nas palavras da vítima (fls. 22 e 67) e nos depoimentos prestados pelo policiais participantes da diligência que culminou com a prisão em flagrante do réu (fls. 5/6 e 64/66).

Na verdade, o acusado, quando prestou suas declarações na polícia, perante testemunhas, sem qual-

quer tipo de coação, declarou que abordou a vítima na janela do automóvel onde se encontrava e, após pedir-lhe um cigarro e acendê-lo, adentrou no veículo e encostou uma faca no pescoço dela, exigindo a entrega de dinheiro, recebendo naquele momento R\$ 60,00 (sessenta reais). Ato contínuo, acionou o veículo e levou a vítima até uma praia, denominada “Praia do Gi”, onde exigiu mais dinheiro, tendo a vítima informando que não tinha. Ao retornar à Cidade, percebeu uma viatura policial, a qual saiu em sua perseguição e, ao empreender fuga em alta velocidade, acabou perdendo o controle do veículo numa curva, vindo a colidir no muro de uma residência.

Todavia, em Juízo, quando interrogado, ratificou as declarações prestadas na polícia, modificando-as, apenas na parte em que assegura estar voltando para deixar a vítima no local onde anteriormente se encontrava, culminando por ser abordado pela polícia.

Já a vítima Larissa Emanuelli Nichelli, na polícia (fl. 22) e em Juízo (fl. 67), narrou os fatos de forma harmônica e coerente, no sentido de ter sido abordada pelo réu no veículo de seu namorado e, após lhe fornecer um cigarro, foi rendida por ele, com uma faca encostada em seu pescoço, sendo obrigada a lhe entregar a quantia de R\$ 10,00 (dez reais). Não satisfeito, o réu, agora na posse do veículo, a levou até uma praia, denominada “Praia do Gi”, e ao exigir mais dinheiro, teve resposta negativa. Acrescenta, ainda, que o réu retornava com o veículo e, quando percebeu a presença da polícia, empreendeu fuga, vindo a ser perseguido e preso após perder

o controle do automóvel, em uma curva, e abalroar o muro de uma residência.

Ora, in casu, restou configurado o delito de roubo qualificado imputado ao acusado, na sua forma consumada, pois, ao receber o dinheiro da vítima, passou a ter a posse tranqüila da res furtiva, muito embora estivesse aquela sempre ao seu lado dentro do veículo, pois esta (vítima) não pôde esboçar qualquer reação para impedir ou reaver o que lhe foi subtraído, de forma violenta, não havendo, assim, falar em tentativa.

Nesse sentido, a jurisprudência:

“Roubo. Momento de sua consumação. O roubo se consuma no instante em que o ladrão se torna possuidor da coisa móvel alheia subtraída mediante grave ameaça ou violência.

“Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ela saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, ou por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição — não fosse a legitimidade do desforço imediato — seria ato de turbação (ameaça) à posse do ladrão” (RTJ 135/161).

Ademais, convém ressaltar que no delito de roubo, a palavra da vítima assume inegável valor probatório para lastrear uma condenação, porque o entendimento contrário equivaleria a

deixar-se sem punição os meliantes que praticam crimes contra o patrimônio alheio, empregando violência com emprego de arma.

É da jurisprudência:

“Em crime de roubo, a palavra da vítima tem valor probante de modo a autorizar a prolação de um decreto condenatório, máxime quando referendada pelos elementos dos autos, dos quais sobressaem as declarações de informante menor partícipe do assalto, e a confissão extrajudicial dos acusados, não obstante retratada isoladamente” (Ap. Crim. n. 31.084, de Mafra, deste Relator).

Por outro lado, inviável a pretensão defensiva de que o réu desistiu voluntariamente da empreitada criminosa, ante o propósito de trazer a vítima de volta ao local onde a abordou.

No caso sub judice, como alhures afirmado, o delito de roubo restou consumado e, para que haja a caracterização da desistência voluntária, necessário se faz que o iter criminis não tenha sido completamente exaurido, o que não ocorreu nos presentes autos.

Sobre a matéria:

“Caracterizado pela interrupção do processo de execução, não há que se falar em desistência voluntária quando completamente percorrido o iter criminis” (RJDTACrim 8/244).

Aliás, convém ressaltar que se o réu, conforme afirma sua defensora, havia desistido, voluntariamente, de continuar na empreitada criminosa, pois se encontrava retornando com a vítima para deixá-la no local onde a abordara, porque não estancou a marcha do veículo quando os policiais sa-

íram em sua perseguição, fazendo sinais de luz e com a sirene da viatura ligada? Ora, se preferiu continuar a deslocar-se com o veículo, em desabalada carreira, só vindo a parar quando chocou-se contra o muro da residência, não há como dar-se guarida à referida tese defensiva.

Como já referido, o roubo praticado pelo acusado deu-se mediante violência exercida com emprego de arma, tendo a vítima sido reduzida à impossibilidade de resistência, além de restar caracterizada a qualificadora prevista no inciso V do § 2º do artigo 157 do Código Penal, haja vista ter o réu mantido a vítima em seu poder, restringido a sua liberdade.

Por outro vértice, em relação ao pedido de redução da pena, ante a comparência da confissão espontânea, faz mister ressaltar ser totalmente inviável, em face de o Togado sentenciante ter agido acertadamente, pois ao aplicar a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 4 (quatro) anos de reclusão, deixou consignado, na segunda fase dosimétrica, que embora reconhecesse a presença da referida atenuante, deixava de aplicá-la ante a impossibilidade de diminuir a pena aquém do mínimo legal.

É da jurisprudência desta Corte de Justiça:

“A circunstância legal da confissão espontânea, por integrar a segunda fase da dosimetria da pena (CP, art. 68, 2ª parte), não tem o condão de reduzir a pena aquém do quantum mínimo cominado. Pedido improcedente. Revisão indeferida” (Revisão Criminal n. 2.399, de Curitiba, deste Relator).

Por derradeiro, o pleito alternativo de que deva o réu ser beneficiado com a suspensão condicional do processo não pode prevalecer à falta de um dos requisitos exigidos pelo artigo 89 da Lei n. 9.099/95, qual o de que a pena mínima abstratamente cominada ao delito praticado não exceda de 1 (um) ano, não sendo o caso, à evidência, do delito de roubo, ainda mais qualificado.

Pelo exposto, 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 Antônio Günther.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2000.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.006420-0, DE CURITIBANOS

Relator: Des. Amaral e Silva

Processual e penal — Porte ilegal de arma de fogo — Art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97 — Ausência de perícia — Prescindibilidade — Prova que cabe à defesa — Art. 156 do CPP — Dúvida quanto à autoria — Absolvição mantida — Recurso do Ministério Público desprovido.

No porte ilegal de arma, sendo a capacidade lesiva presumida, é dispensável que o revólver, para ser objeto do crime, seja submetido à perícia.

O estigma da condenação e os reflexos na liberdade e dignidade da pessoa humana exigem prova convincente.

Suspeitas, mesmo fortes, não autorizam a condenação.

Sem certeza quanto à participação no crime, não se condena.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.006420-0, da comarca de Curitiba, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Roberto David Correa:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Roberto David Correa foi denunciado como incurso nas sanções do art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, porém restou absolvido com fulcro no art. 386, VI, do CPP, em face da au-

sência de prova da potencialidade lesiva da arma.

Alega o representante do Ministério Público, em síntese, ser a perícia na arma prescindível para atestar sua potencialidade. Requer a condenação do acusado.

Também, em resumo, diz o recorrido que a sentença deve ser mantida pelos próprios fundamentos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — Data venia do Dr. Juiz, para a configuração do delito previsto no art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, é dispensável a realização da perícia atestando a potencialidade da arma, porquanto esta é presumida.

Ao questionar a capacidade ofensiva, deveria a defesa comprová-la.

Incide o art. 156 do Código de Processo, dispondo que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”.

Quedando-se o apelante inerte, tem-se que a arma era, mesmo, eficiente.

Da jurisprudência:

“Eficácia da arma que não foi posta em dúvida durante a instrução. Ausência de exame pericial. Irrelevância.

“Desnecessário é o exame pericial quando há nos autos elementos suficientes para confirmar o potencial lesivo da arma apreendida. Ademais, trata-se de produção de prova perti-

nente à defesa” (Ap. Crim. n. 00.001604-7, de Lages, rel. Des. Genésio Nollí).

“Porte ilegal de arma de fogo. Autoria e materialidade comprovadas. Inexistência de perícia. Irrelevância. Presença de elementos bastantes à conclusão de sua eficiência. Recurso provido.

“O artigo 10 da Lei n. 9.437/97, ao mencionar ‘arma de fogo’ está se referindo a um instrumento de defesa ou ataque, ‘que funciona mediante deflagração de uma carga explosiva que dá lugar à formação de gases, sob cuja ação é lançado no ar um projétil’, sendo que a potencialidade lesiva decorre de sua própria natureza, por presunção juris tantum” (Ap. Crim. n. 00.021976-2, de Chapecó, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

2 — De outro lado, em que pese entender que a potencialidade da arma é presumida, observo que inexistente prova suficiente de que o revólver pertencesse ao apelado.

A materialidade está consubstanciada pelo auto de exibição e apreensão de fl. 12.

O acusado negou a autoria nas duas oportunidades em que foi ouvido.

Na presença da autoridade judicial, afirmou que:

“no dia dos fatos mencionados na denúncia o declarante foi na casa de uma amiga conhecida por Lúcia, a qual reside em local diverso do mencionado na denúncia, e ali foi convidado para almoçar na casa da mesma. Que o declarante mandou comprar o almoço quando ali chegou o ex-marido de Lúcia, perguntando se poderia almo-

çar ali. Que Lúcia disse que poderia quando então mencionada pessoa saiu para fazer compras e ao retornar, o fez com a polícia. Que a autoridade policial ao chegar ao local revistou o interrogando nada encontrando com o mesmo. Em seguida os policiais pediram para o interrogando sair fora da casa, onde então efetuaram nova revista e, igualmente, nada foi encontrado com o interrogando. Enquanto um policial fazia a revista corporal no interrogando, o policial Cipriano adentrou na casa de Lúcia, e quando saiu da mesma o fez com a arma na mão. Que o interrogando não possuía arma, não sabia de quem era aquela arma que lhe foi mostrada" (fl. 50).

O condutor do flagrante, Abranador de Oliveira Gomes Filho, informou que "encontrava-se de plantão no dia dos fatos mencionado na denúncia, e via rádio recebeu a orientação para se dirigir ao local dos fatos mencionados na denúncia onde existia um homem que teria apontado uma arma a outro. Que em direção ao local dos fatos em um orelhão encontraram a pessoa que havia efetuado a denúncia. Que mencionada pessoa era o Sr. José Moacir Moraes o qual ao ver a viatura policial pediu para parar e indicou a casa onde, segundo ele, o acusado lhe apontou uma arma. Segundo José, o mesmo conversava com o acusado quando este lhe mostrou revólver, e então saiu do local e foi chamar a polícia. Que ao que o declarante sabe que a casa que o acusado estava era de sua esposa. Ao chegar no local, o declarante viu o acusado pelas costas, e imediatamente pediu que o mesmo colocasse as mãos para o alto. Atendido o pedido o declarante ficou com seu revólver em mira para o

acusado quando o seu colega, o policial Cipriano adentrou na casa e encontrou a arma e a munição ao lado de um fogão, onde estava o acusado dando-lhe então voz de prisão. Que posteriormente na viatura o acusado disse que a casa onde estava era da ex-esposa do acusado. Também disse o acusado que anteriormente, o Sr. José estivera no local. Que o acusado negou a propriedade de posse da arma. Que a dona da casa a tudo assistia em silêncio. (...) Que quando o declarante visualizou o acusado estava abaixado, no local onde estava a arma mas não viu o mesmo portando a arma" (fl. 59).

Cipriano Vanderlei Carneiro disse que "adentrou na casa onde estava o acusado e encontrou dentro de um armário cuja a porta estava aberta um revólver mencionado na denúncia. Que no momento que o acusado foi visto o mesmo estava próximo a um armário. Que o acusado não possuía porte, ou autorização ou registro da arma" (fl. 61).

José Moacir dos Santos Rodrigues, na única oportunidade em que foi ouvido, afirmou "que foi o declarante quem chamou através de uso de um telefone público a autoridade policial, mas naquela ocasião, não disse aos agentes da força pública que 'existia um homem que teria apontado a arma para o outro'. Que no dia dos fatos mencionados na denúncia o declarante chegou em casa e viu que no pátio de sua propriedade o acusado conversando com Juvelino quando então o declarante viu o acusado portando uma arma. Que não sabe explicar se o acusado teria ou não comprado a arma de Juvelino" (fl. 81).

Por sua vez, Vera Lúcia Téplis, arrolada como Vera Lúcia Moreira, declarou que “no dia dos fatos narrados na denúncia por volta das 13h conversavam no pátio de sua casa o acusado e um vizinho de nome Juvelino, que até este momento a declarante não sabia que o acusado estava armado. Em seguida chegou no local o esposo da declarante Sr. José Moacir e passou a conversar com aqueles, para posteriormente sair e em seguida, retornar com a polícia. Antes porém Juvelino já tinha saído do local e o acusado foi tomar um cafezinho na casa da declarante quando então ali chegou a polícia” (fl. 22).

Como visto, diante dos depoimentos, observa-se inexistir prova de que o revólver realmente pertencesse ao apelado.

O acusado negou veementemente a propriedade da arma; os depoimentos dos policiais que realizaram o flagrante apresentam-se contraditórios com o de José Moacir; a proprietária da casa em que o réu foi preso, Vera Lúcia Moreira, afirmou não ter visto em momento algum o réu portando arma; Juvelino, cujo depoimento poderia esclarecer melhor os fatos, não foi ouvido.

É cediço: sem certeza, não pode haver condenação.

Fernando da Costa Tourinho Filho ensina:

“Para que o Juiz possa proferir um decreto condenatório é preciso haja prova da materialidade delitiva e da autoria. Na dúvida, a absolvição se impõe. Evidente que a prova deve ser séria, ao menos sensata.

“(…)

“Uma condenação é coisa séria; deixa vestígios indelévels na pessoa do condenado, que os carregará pelo resto da vida como um anátema. Conscientizados os Juízes desse fato, não podem eles, ainda que, intimamente, considerem o réu culpado, condená-lo, sem a presença de uma prova séria, seja a respeito da autoria, seja sobre a materialidade delitiva” (Código de Processo Penal Comentado, vol. 1, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, págs. 635/636).

Nesse sentido, a jurisprudência:

“Prova — Insuficiência para a condenação — Dúvida quanto à materialidade e autoria do delito — Condenação que não pode se estear apenas na alta probabilidade desta ou daquela ou na íntima convicção do julgador, pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio — Aplicação do princípio in dubio pro reo e do art. 386, VI, do CPP — Absolvição decretada.

“No processo criminal, máxime para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. 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” (RT 619/267).

Diante do acima exposto, mantenho a absolvição do apelado com base no art. 386, VI, do CPP, pelo fato

de não restar provado que fosse o proprietário da arma.

3 — 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 Noll e Souza Varela e, pela douta Procuradoria-Geral, lavrou o parecer o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 5 de junho de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.006422-7, DE ARARANGUÁ

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal — Tráfico ilícito de entorpecentes — Agente dependente em grau leve — Apreensão de expressiva quantidade de maconha, aproximadamente 2,1kg, e balança — Prova — Testemunho de policiais — Indícios e circunstâncias que convencem da autoria — Pretendida desclassificação para o art. 16 da Lei n. 6.368/76 — Impossibilidade — Dosimetria — Circunstâncias judiciais parcialmente desfavoráveis e quantidade da droga — Elevação da pena — Valor do dia-multa — Adequação.

Trazer o entorpecente consigo, cuja destinação comercial é comprovada por indícios e circunstâncias, inclusive com a apreensão de balança para pesagem da droga, basta à configuração do delito, não se exigindo seja o agente flagrado no momento da comercialização.

“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais — especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório — reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal” (STF).

O fato de o agente ser viciado não descaracteriza o narcotráfico, haja vista que na maioria dos casos, para manter o vício, os dependentes também traficam.

Em se tratando de dependente em grau leve, não convence que a posse de mais de dois quilogramas de maconha se destine ao uso próprio.

A quantidade da droga influi na fixação da pena sob o risco de se igualar o pequeno ao grande traficante.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.006422-7, da comarca de Araranguá, em que são apelantes e apelados a Justiça, por seu Promotor e Eduardo Tomaz Milioli:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso da defesa e dar provimento ao do Ministério Público para elevar a pena para 4 (quatro) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa. De ofício, adapta-se o valor do dia-multa para o mínimo legal.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Eduardo Tomaz Milioli restou condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor individual de R\$ 10,00 (dez reais), por infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Inconformados, apelaram o representante do Ministério Público e o réu.

Alega o Dr. Promotor, em síntese, que a pena deve ser elevada, pois as circunstâncias do art. 59 do CP não foram de todo favoráveis ao réu.

Demanda a defesa, também, em resumo, a absolvição, alegando que o tráfico não restou comprovado. Alternativamente, pleiteia a desclassificação para o delito do art. 16 da Lei n. 6.368/76, sustentando que trazia a

droga consigo para uso próprio e não para comercializar.

Contra-arrazoando o apelo ministerial, alega o réu que a pena não deve ser elevada, até porque não poderia nem ser condenado ante a fragilidade da prova colhida.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do recurso do Ministério Público, e pelo desprovimento do apelo da defesa.

Os recursos seguiram os trâmites legais.

II — Voto

1 — O tráfico restou comprovado.

A materialidade se vê consubstanciada no termo de apreensão de fl. 12, laudo de constatação provisório de fl. 15 e laudo pericial de fls. 82/86.

A autoria restou evidenciada pelos depoimentos dos policiais que efetuaram o flagrante, culminando com a apreensão da droga.

Em Juízo, o policial Antônio Manoel da Silva, corroborando as declarações prestadas no auto de prisão em flagrante (fls. 5/6), disse "que estava de ronda quando ao passar pelo réu numa primeira oportunidade desconfiou do mesmo; que passou duas outras vezes, sendo que na terceira resolveu efetuar a abordagem; que estava fardado com a viatura; que sentiu reação por parte do réu; que ao efetuar a abordagem encontrou junto ao réu a quantia de seis gramas de

maconha, aproximadamente; que conduziram o réu até a delegacia de polícia; que ao efetuarem nova revista encontraram as chaves de um veículo; que o réu conduziu o depoente até o local onde estava estacionado o veículo; que lá chegando, encontraram no porta-malas do carro uma balança, um facão e uma marreta; que havia resíduos de maconha na balança; que o réu confessou a existência de dois quilos embaixo do banco e cerca de trezentos gramas no porta-malas; que encontrou também roupas e outros objetos no porta-malas do carro; que o réu informou que havia brigado com a família, razão pela qual estava se retirando de casa; que o réu na delegacia informou que havia brigado com a família e que, desesperado, teria adquirido a droga para vendê-la, pois estava sem dinheiro; que o réu informou que adquiriu a droga em Florianópolis de uma pessoa cujo nome não se recorda" (fl. 112).

Também sob o crivo do contraditório, confirmando o depoimento prestado no flagrante (fls. 6/7), o policial José Everton Alves esclareceu que ao ouvir pelo rádio que o réu havia sido preso, dirigiu-se até a delegacia, onde tomou conhecimento de que ele "possuía um carro que estava estacionado na frente do Vapor Max; que foram com o réu até o local onde estava o carro; que no meio do trajeto, conversando com o réu, o mesmo confessou a existência de mais drogas; que o réu informou que parte da maconha estava no banco dianteiro do carona, cerca de dois quilos; que encontraram no porta-malas uma balança com farelos de maconha e uma faca grande; que encontraram muitas roupas dentro do carro; que segundo

o réu lhe relatou, havia brigado com a sua família e esposa razão pela qual havia saído de casa; que o réu relatou que havia adquirido a droga em Criciúma e que em virtude do desentendimento com o pai, não sabia o que iria fazer; que o réu não comentou se iria usar ou vender a droga" (fl. 111).

O simples fato de apenas um dos policiais ter ouvido o réu confessar que a droga seria comercializada não elide a certeza do narcotráfico.

O réu não aponta qualquer justificativa capaz de tisonar de má-fé os depoimentos dos policiais, mercedores de crédito, como qualquer outra pessoa, especialmente porque aliados à apreensão da balança de precisão com resíduos da erva, faca, tesoura e marreta, indícios que caracterizam mercancia.

Eduardo, em Juízo, alegou que as declarações prestadas na fase policial, nas quais afirmou que pretendia vender a droga, foram obtidas sob coação, não tendo dito que a droga seria comercializada; que na verdade a tinha para uso próprio, pois é viciado em maconha; e "que a balança estava em seu carro, pois retirou os pertences que estavam na casa de praia e estava pretendendo retornar para Criciúma; (...) que comprou a quantidade descrita na exordial porque em Criciúma em Rincão não existe traficante, pois estão todos presos; que ia consumir a droga durante o verão" (fl. 47).

A coação não restou demonstrada.

Ademais, as declarações do flagrante foram tomadas na presença da irmã do réu, Tatiana Tomaz Milioli, e no outro depoimento estavam presentes o tio Márcio Sonego e os advo-

gados Loris Douglas Américo e Léo Cassetari Filho.

As testemunhas de defesa (Samira Abdenur — fl. 108, Marcos Rogério Figueiredo — fl. 109 e Adão Harmínio Bernardes — fl. 110) apenas vieram confirmar a condição de Eduardo como usuário de droga, dizendo que desconheciam que ele também traficava.

É cediço: o depoimento do policial merece credibilidade como o de qualquer outra pessoa, não podendo ser desacreditado tão-somente em razão do cargo por ele exercido.

Doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de que declarações de policiais, isentas de má-fé, constituem importantes elementos de prova, merecendo crédito.

Na lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Mas não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha” (Processo Penal, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, pág. 303).

No mesmo sentido o entendimento da Suprema Corte:

“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais — especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório — reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal” (STF — HC n. 73.518/SP — rel. Min.

Celso de Mello — j. 26/3/96 — DJU 18/10/96).

Nesta Corte:

“Os depoimentos de policiais civis que, devidamente compromissados e não contraditados, narraram em juízo as circunstâncias do flagrante com detalhes e coerência, dando ênfase ao fato ter sido o agente flagrado na posse do estupefaciente e a negativa de usuário, têm valor probatório suficiente para condenação.

“O testemunho de policial não pode ser rejeitado só pela sua condição funcional; suas declarações devem ser consideradas como as de qualquer testemunha, especialmente se não contraditadas, e não invocada suspeição posterior, sem apresentação de motivos suficientes” (Ap. Crim. n. 99.010904-6, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“É assente na doutrina e jurisprudência que os depoimentos dos policiais, quanto aos atos de diligências, prisões e apreensões, devem merecer credibilidade como qualquer outro. O simples fato de serem servidores públicos, não invalida, por si só, as suas declarações, não se podendo presumir que os informes prestados em testemunhos ou em documentos oficiais têm por vil escopo inculpar inocentes” (Ap. Crim. n. 99.003612-0, de Laguna, rel. Des. José Roberge).

Em resumo, analisou com propriedade o MM. Juiz a quo:

“Portanto, todas as provas, convincentes, apontam para o fato de o réu ‘ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar’ (art. 12 da Lei n. 6.368/76) substância conhecida como maconha. O lamentável incidente com sua família, amplamente provado nos

autos, não é motivo suficiente ou determinante para que haja absolvição. Além dos depoimentos dos policiais, o réu trazia em seu veículo uma balança; uma tesoura; uma faca e uma marreta, instrumentos tipicamente utilizados para a comercialização do produto. O fato de o réu estar realizando mudança (no mesmo veículo a polícia encontrou roupas, ventilador e outros utensílios) igualmente não desnatura a tipicidade dos fatos”.

2 – No tocante à circunstância de ser o réu dependente (dependência leve, demonstrada no exame de dependência toxicológica de fls. 148/151), nada interfere na certeza de ser ele também narcotraficante, por isso que, lamentavelmente, os viciados, em regra, também traficam.

Anotaram Alberto Silva Franco e outros:

“A alegação de viciado não obsta o reconhecimento da figura de traficante, mormente na hipótese vertente, em que ambas se mesclam num mesmo agente, preponderando a última, de maior gravidade’ (TJSP — HC n. 42.229-3 — rel. Onei Raphael — RTJSP 101/498)” (Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. 2, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, pág. 1.004).

“Narcotráfico — ‘Embora o réu seja viciado em ‘Alganfan’, a prova demonstra que o mesmo fazia distribuição da droga em sua residência, como o que vai confirmada a sentença que o condenou por tráfico’ (TJRS — AC n. 69.106.948-8 — rel. Nério Letti — RJTJRS 154/141)” (op. cit., pág. 1.005).

É entendimento neste Tribunal:

“O fato de ser viciado ao uso de cocaína em grau leve, não tem o condão de desnaturar o delito de tráfico, vez que, no mais das vezes, os traficantes também são viciados, utilizando-se da revenda para angariar fundos como meio de sustentar o seu próprio vício” (Apelação Criminal n. 98.009528-0, de Joinville, rel. Des. Álvaro Wandelli).

Inviável a desclassificação para o art. 16 da Lei de Tóxicos.

Em se tratando de dependente em grau leve, não convence que a posse de mais de dois quilogramas de maconha se destine ao uso próprio.

Já se decidiu no Superior Tribunal de Justiça:

“REsp — Entorpecentes — Tráfico — Uso próprio — Comprovação.

“— A circunstância de encontrar-se o acusado na posse de grande quantidade de tóxicos configura, por si só, a plena demonstração do animus de traficar, somente ilidível quando alega a exclusiva finalidade para uso próprio, com robusto material cognitivo favorável ao mesmo.

“— Recurso conhecido e provido” (REsp n. 60.654/PR — rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini — j. 26/8/97 — DJU 27/10/97).

Além disso, o réu tinha consigo uma balança com resíduos da droga, faca, tesoura e marreta, instrumentos que indicam que a maconha continuaria sendo dividida e comercializada.

A posse da balança constitui forte indicio da mercancia, pois não é comum que usuários se utilizem de balança. Pelo contrário, o instrumento é de utilização própria dos traficantes.

É o entendimento:

“Tráfico de cocaína — Substância entorpecente — Condenação — Apreensão de balança e de grande quantidade de ‘pó’ na residência do réu — Decisão mantida. A simples apreensão, na residência do apelante de uma balança de precisão própria para pequenas medidas, aliada à grande quantidade de cocaína, demonstra o dolo genérico a evidenciar a traficância” (TAPR — Ap. Crim. n. 73679800 — rel. Juiz Marques Cury — j. 18/5/95, JUIS — Jurisprudência Informatizada Saraiva n. 17).

“Crime contra a saúde pública — Tráfico ilícito de entorpecentes — Cocaína, crack e maconha — Grande quantidade — Circunstâncias e indícios suficientes — Depoimentos de policiais — Validade — Condenação mantida.

“Para a configuração do crime previsto no art. 12 da Lei 6.368/76, não se exige prova da venda do tóxico a terceiro; basta a posse, a guarda e depósito do entorpecente, aliados, no caso, também à presença de balança de precisão e a afirmação, pelo próprio agente, de que não é usuário, além dos depoimentos firmes e coerentes dos agentes policiais” (Ap. Crim. n. 00.019202-3, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Tráfico de entorpecente — Flagrante legal — Confissão extrajudicial — Retratação em juízo — Réu detido quando transportava cocaína e balança de precisão no seu veículo — Materialidade e autoria comprovadas — Declarações uníssonas e fortes dos policiais revelando a conduta delituosa do acusado — Conjunto de provas suficiente para embasar o decreto condenatório — Absolvição inviável

— Sentença mantida — Recurso de-
fensivo improvido” (Ap. Crim. n. 00.019949-4, de Jaguaruna, rel. Des. Jorge Mussi).

3 — Recurso do Dr. Promotor:

O Magistrado assim analisou as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP:

“(…) considero que o réu agiu com manifesta culpabilidade; o réu não possui antecedentes certificados e é primário; o motivo da infração foi ditado pelo desejo do réu em auferir lucro fácil às custas do sofrimento alheio; a conduta social do acusado não é boa, mantendo, ao arrepio da lei, droga em seu poder para revenda; o réu não revela personalidade distorcida; as conseqüências do delito são maléficas para o acusado e, mais ainda, para toda a sociedade”.

No entanto, fixou a pena-base no mínimo legal, desconsiderando, inclusive, a expressiva quantidade de droga apreendida (aproximadamente 2,1kg de maconha), o que autoriza a elevação da reprimenda, pois não é justo igualar o traficante surpreendido com pequena quantidade de entorpecente àquele com quem é apreendida grande porção da droga.

Já decidimos:

“Penal — Revisão criminal — Dosimetria — Tráfico — Quantidade de droga — Influência na dosimetria da pena — Individualização correta — Precedentes jurisprudenciais.

“A quantidade da droga influi na fixação da pena, sob o risco de se igualar o pequeno ao grande traficante.

“Hipótese de considerável quantidade de cocaína, reveladora da ne-

cessidade de mais severa reprovação penal" (Revisão Criminal n. 97.015586-7, de Chapecó, que relatei).

"Apelação criminal — Tráfico de drogas — Pena-base fixada no mínimo legal — Existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente — Majoração.

"A pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal quando pesarem contra o agente circunstâncias judiciais desfavoráveis.

"No crime de tráfico a grande quantidade de entorpecente deve influir no grau de reprovabilidade da conduta, ante a potencialidade de risco que oferece à saúde pública.

"Recurso ministerial provido" (Ap. Crim. n. 00.006386-0, de Chapecó, rel. Des. Genésio Nolli).

Assim, elevo a pena-base para 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa.

Inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento ou diminuição de pena, razão pela qual mantenho a reprimenda no mesmo quantum.

Mantido o regime fechado para o cumprimento da reprimenda, bem como as demais cominações da sentença.

4 — De ofício, adapto o valor do dia-multa, que fora fixado em R\$ 10,00 (dez reais) — bem acima do mínimo —, sem que existisse nos autos

qualquer comprovação acerca das condições econômicas do réu.

Não havendo prova da capacidade financeira do apenado, fixo o valor de cada dia-multa no mínimo legal, ou seja, em R\$ 0,51 (cinquenta e um centavos), de acordo com o art. 38 da Lei n. 6.368/76.

5 — Pelo exposto, nego provimento ao recurso da defesa e dou provimento ao do Ministério Público para elevar a pena para 4 (quatro) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa. De ofício, adapto o valor do dia-multa para o mínimo legal.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Negaram provimento ao recurso da defesa e deram provimento ao do Ministério Público para elevar a pena para 4 (quatro) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa. De ofício, adaptaram o valor do dia-multa para o mínimo legal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 26 de junho de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.008059-1, DE URUBICI**Relator: Des. Amaral e Silva**

Penal e processual — Tentativa de estupro — Criança de apenas cinco anos de idade — Prova — Palavra da vítima e de sua irmã — Validade — Tentativa impunível — Inadmissibilidade — Sentença extra petita — Inocorrência — Crime hediondo — Ausência de lesão corporal grave ou morte — Manutenção do caráter hediondo — Regime fechado — Voto do relator vencido no que tange ao regime da pena.

A tentativa de estupro não exige contato sexual, basta que as circunstâncias convençam do intuito da conjunção carnal, mediante grave ameaça, violência presumida ou real.

Não há como falar em insuficiência de prova ou dúvida que justifique a absolvição pela prática de estupro se os elementos de prova, aliados ao depoimento coerente da vítima, formam conjunto sólido, autorizador de seguro juízo de convicção.

Na tentativa o quantum de diminuição é determinado pelo maior ou menor avanço do agente em relação ao momento consumativo.

Hipótese em que o agente, surpreendido nu, estando a pequena vítima também despida, escapou, fugindo do local, ante a aproximação de terceiro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.008059-1, da comarca de Urubici, em que é apelante Antônio Rogério de Lima, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para adequar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Vencido o relator que afastava a hediondez do delito.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Antônio Rogério de Lima restou condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 213, caput, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal.

Alega o apelante, em síntese, que deve ser absolvido, pois que inexistente prova da tentativa de estupro; que as declarações da vítima e de sua irmã são contraditórias, sendo insuficientes a embasar o decreto condenatório. Alternativamente, sustenta que ocorreram apenas atos preparatórios, devendo ser a pena reduzida em seu

grau máximo, ou seja, 2/3 (dois terços); que a sentença deve ser anulada, pois ultrapassou os limites da denúncia ao considerar a conduta do apelante como crime hediondo; que da violência não resultaram lesões corporais de natureza grave ou morte, devendo ser desconsiderada a hediondez; que as circunstâncias do art. 59 do CP são favoráveis, o que leva a pena-base ao mínimo legal; e, ainda, que faz jus à suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

Também, em resumo, diz o Dr. Promotor que a sentença deve ser mantida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovemento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — Autoria e materialidade restaram suficientemente demonstradas.

A vítima, A. R., de apenas 5 (cinco) anos de idade, perante a autoridade policial, com simplicidade, contou que “ele tirou minha calcinha e minha camiseta, e deitou na cama e me chamou, que eu não fui, chamei a A., e ela veio e ele pulou a janela” (fl. 32).

Em Juízo, prestou depoimento mais elaborado, contando com maiores detalhes o ocorrido, afirmando “que estava em casa com sua irmã A., o acusado tirou sua calcinha e a camiseta, e após tirar a sua roupa (do declarante) deitou-se na cama; que na realidade o acusado deitou em cima da declarante; diante daquele com-

portamento chamou por A., sua irmã, que veio até o quarto, abriu a porta com um pedaço de pau; que então o acusado ainda pelado pulou a janela e correu para um milharal (...), que o acusado tirou toda a sua roupa ficando completamente pelado e após deitou-se com a declarante” (fl. 46).

A irmã da vítima, de 10 (dez) anos de idade, corroborando, em parte, as declarações prestadas na fase policial (fls. 17/18), em Juízo (fl. 45), afirmou que “a declarante foi acender o fogo no fogão da cozinha; na sequência, a declarante foi até o quarto pedir o fósforo para o acusado; quando chegou no quarto encontrou a porta fechada, como estava com uma faca na mão conseguiu abrir a porta; aberta a porta encontrou o acusado nu deitado na cama tendo a vítima também nua sobre seu corpo; quando o acusado percebeu que a declarante havia entrado no quarto escapou por uma das janelas, levando consigo suas roupas; que o acusado estava nu quando pulou a janela; uma vez do lado de fora da casa, antes de ultrapassar uma tela que separa do quintal, o acusado vestiu a calça; que o cinto do acusado ficou pendurado em um prego no quarto; que declarante tem absoluta certeza, que ao entrar no quarto encontrou sua irmã A., nua, deitada sobre o corpo nu do acusado”.

A negativa do apelante não encontra respaldo na prova colhida. Em ambas as fases do processo (fls. 26/27 e 39/40), afirmou que o irmão mais velho da vítima, O., estava em casa. Na polícia, disse que O. estava dormindo; em Juízo, que estava acordado, tendo inclusive tomado “caipirinha” juntos.

O. J. R., tanto perante a autoridade policial (fls. 28/29) quanto judicial (fl. 49), negou estivesse em casa no momento dos fatos, o que foi corroborado pelos depoimentos da vítima A. e por sua irmã A.

As declarações das meninas não foram contraditórias. Pequenas divergências quanto a aspectos secundários relativos ao fato principal, por normais, devido à circunstância de partirem de duas crianças de 5 (cinco) e 10 (dez) anos de idade, nada interferem na respectiva credibilidade.

O apelante estava trancado no quarto, com a vítima, estando ambos nus e deitados na cama. Claro está que o estupro só não se consumou porque A. chegou no quarto, circunstância que fez com que o apelante se vestisse rapidamente e pulasse a janela.

Ensina Julio Fabbrini Mirabete:

“A tentativa de estupro é possível quando, havendo constrangimento para a prática da conjunção carnal, esta não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente” (Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, pág. 1.252).

E anotou:

“Caracterização da tentativa sem contato sexual — TJSC: ‘A tentativa de estupro, mesmo não havendo contato sexual, resta configurada se as circunstâncias deixam manifesta a intenção do agente em praticar, mediante violência, a conjunção carnal’ (JCAT 59-3156). TJSP: ‘A tentativa de estupro é reconhecível ainda quando não tenha havido o contato dos órgãos genitais da vítima, desde que as circunstâncias deixem manifesto o in-

tuito da conjunção carnal pelo agente’ (RT 467/339)” (op. cit., pág. 1.252).

No crime de estupro, geralmente praticado às escondidas e sem testemunhas, a palavra da vítima, quando firme, coerente e corroborada por outros elementos de prova, é suficiente à condenação, ainda mais quando o réu não apresenta justificativa plausível para a grave acusação de que foi alvo.

Pretender-se prova direta, testemunhal, seria incentivar a impunidade de graves crimes, deixando na insegurança indefesas vítimas.

Hugo Nigro Mazzilli anotou:

“Pequenas contradições na prova oral são normais e até mesmo ínsitas à sua natureza. O importante é que essa prova seja coerente nos pontos fundamentais, pois as dissonâncias secundárias, longe de apontarem para a incoerência dos depoimentos, antes reforçam sua autenticidade, porque próprias do testemunho oral’ (JTACrim 95/262).

“Além disso, é ‘de se lembrar que, muitas vezes, o que aparentemente é contradição, nada mais é do que disciplina imposta por quem conduz as oitivas, maneira de formular indagações, maneira de ditá-las’ (Ap. n. 1.088.467-1 — TACrimSP).

“Conhecendo as imperfeições da prova testemunhal, suspeita, sim, seria a prova se tivesse uma coerência estereotipada e excessiva’ (JTACrim 95/262). Como ensinou Almeida Júnior, ‘as pequenas contradições decorrem das próprias imperfeições do psiquismo humano, agravadas pelas condições em que a prova é realizada. O testemunho demasiado perfeito, esse sim, é que deve gerar desconfian-

ça' (Lições de Medicina Legal, 2ª ed., pág. 565). No dizer de Dellapiane (Nova Teoria da Prova, 2ª ed., pág. 145), 'o importante é verificar se, embora discrepando nos detalhes mínimos, a prova pessoal concorda a final nos pontos essenciais, nas circunstâncias mais importantes do fato, que cada um isoladamente reconstitui. Nessa esteira já decidi acertadamente o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo' (Ap. n. 487.405-5/SP, 11ª Câ. — JTACrim-Lex 95/262)" (Questões Criminais Controvertidas, São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 775).

Reiteradamente decide esta Corte:

"Apelação criminal. Tentativa de estupro. Uso de violência comprovado por exame pericial. Depoimento da pequena vítima. Validade. Recurso desprovido.

"O depoimento de menor de pouca idade, despido dos sentimentos de vingança e ressentimento próprios do mundo adulto, deve ter credibilidade, especialmente quando relata fatos que não fazem parte do imaginário infantil, narrando detalhes e apontando seu agressor.

"Em tema de delitos sexuais é verdadeiro truísmo dizer que quem pode informar da autoria é quem sofreu a ação. São crimes que exigem o isolamento, o afastamento de qualquer testemunha, como condição mesma de sua realização, de sorte que negar crédito à ofendida quando aponta quem a atacou é desarmar totalmente o braço repressor da sociedade (RT 422/380)' (JC 73/609, rel. Des. Alberto Costa)" (Ap. Crim. n. 97.009681-0, de Joaçaba, rel. Des. Álvaro Wandelli).

"Estupro. Tentativa. Ocorrência, visto ter o agente demonstrado inequívoca intenção de manter relações sexuais com a vítima, de apenas quatro anos de idade, não consumando o ato em virtude da eficiente intervenção da genitora da ofendida. Recurso desprovido. Sentença confirmada" (Ap. Crim. n. 31.879, de Tangará, rel. Des. Aloysio de Almeida Gonçalves).

2 — Caracterizada a tentativa, não há que se falar em tentativa impunível.

Não ocorreram meros atos preparatórios, mas, sim, atos de execução.

O apelante estava trancado no quarto, já havia tirado a roupa e a da pequena vítima, momento em que A. chegou, abrindo a porta e gritando com o ofensor, o que fez com que se vestisse e deixasse o quarto, não consumando o estupro por circunstâncias alheias a sua vontade.

É entendimento pretoriano:

"Execução inacabada de procedimento típico e atos preparatórios não puníveis. Distinção.

"Se a execução do plano se inicia e coloca em risco o bem juridicamente tutelado, mas não se completa por circunstâncias alheias à vontade do agente, a espécie passou da simples cogitatio para a espécie punível da tentativa" (Apelação Criminal n. 98.002596-6, de Indaial, rel. Des. José Roberge).

"III — Reconhecimento da tentativa impunível (prática somente de atos preparatórios), e/ou diminuição da pena imposta no máximo previsto no art. 14, inciso II, do CP (=2/3) — Rejeição dos argumentos: caracteri-

zação da tentativa de estupro ante o inequívoco constrangimento para a prática da conjunção carnal, não consumada por circunstâncias alheias à vontade do agente ('A tentativa de estupro é reconhecível ainda quando não tenha havido o contato dos órgãos genitais da vítima, desde que as circunstâncias deixem manifesto o intuito da conjunção carnal pelo agente' (RT 467/339) — Atos exteriores que se aproximaram em muito da consumação — Justificada a redução no mínimo previsto no art. 14, inciso II, do CP ('Quanto mais o sujeito se aproxima da consumação menor deve ser a diminuição da pena (1/3); quanto menos ele se aproxima da consumação maior deve ser a atenuação (2/3)')" (Ap. Crim. n. 97.007895-1, de Caçador, rel. Des. Álvaro Wandelli).

Do voto:

"Doutro vértice, insinua o combativo defensor, no que foi secundado de modo expresso pelo nobre parecerista, que a hipótese não pode ser tratada como tentativa de estupro, quando muito tentativa imperfeita ou impunível, ante a prática somente de atos preparatórios.

"Sabe-se que 'a tentativa de estupro é reconhecível ainda quando não tenha havido o contato dos órgãos genitais da vítima, desde que as circunstâncias deixem manifesto o intuito da conjunção carnal pelo agente' (RT 467/339).

"Ora, repita-se: o apelante arastou a vítima ao seu leito, retirando-lhe a calça, constrangendo-a à conjunção carnal, e tais atos exteriores são logicamente traduzidos em indubitável começo de execução de estupro, não consumado por circuns-

tâncias alheias à vontade daquele (vide RT 559/373, 383, 532/334)".

3 — A sentença não foi extra petita.

A Lei n. 8.072/90 dispôs, em seu art. 1º, quais os delitos descritos no Código Penal são considerados hediondos, sendo desnecessário constar da denúncia indicação à mencionada lei.

Ademais, o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da classificação que a eles é atribuída.

4 — Sem razão o apelante no tocante à dosimetria da pena.

O Dr. Juiz, apesar de ter considerado desfavoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, dosou a pena-base no mínimo legal, ou seja, 6 (seis) anos de reclusão.

No entanto, observo que a culpabilidade do agente é normal à espécie; não registra antecedentes (fl. 36); em relação à conduta social e à personalidade, inexistem elementos probatórios nos autos para uma segura análise; os motivos e as circunstâncias do crime foram próprios do tipo; as conseqüências, como bem observou o Magistrado a quo, "foram até certo ponto graves, principalmente pelo drama psicológico envolvendo a vítima, que não contribuiu decisivamente para o delito".

Quanto à causa especial de diminuição de pena, agiu com acerto o Magistrado. O crime foi abortado a meio caminho, pois o agente foi surpreendido nu com a criança também despida.

Conforme o art. 14, II, do Código Penal, aplica-se à tentativa a pena

prevista para o crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Celso Delmanto explica que essa “redução deve ter em vista o caminho percorrido pelo agente na prática delituosa. Assim, se seu desenvolvimento foi impedido no início, a diminuição será maior; ao contrário, se já percorreu maior espaço, o abatimento será menor. A quantidade da redução (‘diminuída de um a dois terços’) deve ser fixada pelas circunstâncias da própria tentativa, e não pelas do crime” (Código Penal Comentado, 5ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pág. 24).

Pelo iter criminis, agiu acertadamente o digno Juiz ao reduzir a reprimenda pela metade, restando a pena definitivamente fixada em 3 (três) anos de reclusão.

No mesmo sentido, a jurisprudência:

“Pena criminal — Tentativa — Critério para a redução — Iter criminis.

“A redução especial da pena, na tentativa (e que se opera na terceira fase da dosimetria — art. 68, caput, CP), deve levar em conta o maior ou menor caminho percorrido pelo agente em direção à consumação do crime, desvinculada das circunstâncias judiciais e legais; a diminuição será maior quando abortada a ação delituosa no seu limiar, e menor quando próxima da consumação” (Ap. Crim. n. 00.020498-6, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Impossível a concessão do sursis, posto que a pena aplicada é superior a 2 (dois) anos, não estando preenchido um dos requisitos do art. 77 do Código Penal.

5 — Em relação à hediondez do crime, embora divergente do entendimento de meus eminentes pares, dava provimento por entender não ser hediondo o delito.

É que de acordo com o recente entendimento do STF e do STJ não mais se considera como hediondo o estupro, assim como o atentado violento ao pudor, seja com violência real ou ficta, dos quais não resultem lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 223, caput, e parágrafo único do CP).

Da Suprema Corte de Justiça:

“Habeas corpus. 2. Atentado violento ao pudor e crime hediondo. Regime de cumprimento da pena. 3. Hipótese enquadrada nos arts. 214 e 224, letra a, e não nos arts. 214 e 223, caput, e parágrafo único, todos do Código Penal. 4. Para que o atentado violento ao pudor possa ser classificado como crime hediondo, nos termos da Lei n. 8.072/1990, art. 1º, inciso VI, é necessário que do fato resulte lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 214 combinado com o art. 223, caput, e parágrafo único). 5. Não se podendo, desse modo, enquadrar o crime a que condenado o paciente (CP, arts. 214 e 224, letra a) como hediondo, ut Lei n. 8.072/1990, o regime de cumprimento da pena a que foi condenado somente pode ser o inicialmente fechado e não o regime fechado durante o período integral de sua duração. 6. Dessa maneira, se não procede o fundamento da petição inicial do habeas corpus, com base na Lei n. 9.455/1997, que, de acordo com a jurisprudência do STF, é aplicável, tão-só, ao crime de tortura e não aos demais delitos tidos como hediondos

pela Lei n. 8.072/1990, cabe, aqui, deferir o habeas corpus, porque o crime de atentado violento ao pudor, pelo qual condenado o paciente (CP, arts. 214 e 224, letra a), não se enquadra entre os delitos hediondos, ut art. 1º, inciso VI, da Lei n. 8.072/1990, visto que do fato não resultou nem lesão corporal grave nas vítimas, nem morte (art. 214, em combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único do Código Penal). 7. Habeas corpus deferido para garantir ao paciente a progressão no regime de cumprimento da pena, que se há de ter, tão-só, como inicialmente fechado" (HC n. 78.305/MG — rel. Min. Néri da Silveira — j. 8/6/99 — DJU 1º/10/99).

Do Superior Tribunal de Justiça:

"Processual penal. Estupro sem violência real. Não configuração de crime hediondo. Progressão de regime. Possibilidade.

"1 — Nos termos do art. 1º, inciso V, da Lei n. 8.072/90, somente o estupro praticado com violência real (lesão corporal grave ou morte) é considerado hediondo, motivo pelo qual, perpetrado o delito na sua forma simples (art. 213), há possibilidade de progressão do regime prisional, haja vista que as normas penais incriminadoras devem ser interpretadas de maneira restritiva. Precedente do STF" (HC n. 10260/SP — rel. Min. Fernando Gonçalves — j. 21/9/99 — DJU 1º/8/00).

Neste Tribunal de Justiça, idêntico tem sido o entendimento:

"Estupro — Ausência de lesões corporais graves ou morte — Inaplicabilidade da Lei n. 8.072/90 — Prece-

dentos jurisprudenciais do STF, do STJ e desta Corte — Recurso provido.

"O estupro sem qualificação pelo resultado lesão corporal grave ou morte, segundo precedentes do STF e STJ, não é crime hediondo, a ele não se aplicando a restrição prevista no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90" (Ap. Crim. n. 99.010069-3, de Içara, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

"Regime prisional — Crime contra os costumes — Violência ficta (art. 214, c/c art. 224, a, do CP) — Inexistência de lesão corporal grave ou morte — Tipificação simples — Necessidade de incidência da qualificadora do art. 223 do CP para enquadrar o ilícito no rol dos crimes hediondos — Possibilidade de progressão — Inocorrência da aplicação do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 — Precedentes do STF e STJ — Caráter de hediondez excluído de ofício" (Ap. Crim. n. 00.013606-9, de Capinzal, rel. Des. Jorge Mussi).

No caso, considerando que da tentativa de estupro não resultaram lesões corporais de natureza grave ou morte para a vítima (laudo pericial de fl. 11), não há como considerá-lo hediondo, razão pela qual o regime de cumprimento da pena deve ser o aberto.

6 — Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso para adequar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e afastar a hediondez do crime.

III — Voto do Des. Genésio Nollí

A Lei n. 8.072/90, no seu art. 1º, redação dada pela Lei n. 8.630/94, define os crimes hediondos, referindo-se

no inc. V ao estupro da seguinte forma: “estupro (artigo 213 e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único)”.

O artigo 213 define a conduta típica como “constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Por sua vez, o artigo 223 define as formas qualificadas: “se da violência resulta lesão corporal de natureza grave” e “se do fato resulta a morte”.

Desde o advento da referida lei, a doutrina e a jurisprudência consideraram como hediondo o estupro com violência real ou ficta, não exigindo para tanto lesão corporal de natureza grave ou resultado morte.

Todavia, recentemente, vem tomando corpo na jurisprudência orientação de que o referido crime não deve ser enquadrado como hediondo, quando cometido na sua forma básica.

Data venia, em que pese o respeitável posicionamento, não é possível, da análise do contido na legislação, chegar a tal entendimento, haja vista a existência da conjunção e — “estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único)”.

A interpretação seria diferente se na redação não existisse a conjunção referida — art. 213, combinado com o art. 223, caput, e parágrafo único; isso porque a conjunção, no caso, dá idéia de alternatividade — de uma ou outra forma é crime hediondo e o cumprimento da pena deve ser integralmente no regime fechado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não discrepa desse entendimento:

“Constitucional e penal. Lei dos crimes hediondos. Regime prisional.

“1. Os condenados pela prática de crimes hediondos e os a estes assemelhados (tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo), deverão cumprir integralmente a pena em regime fechado (Lei n. 8.072/90, art. 2º, § 1º).

“2. Exsurge claramente da redação da Lei n. 8.072, art. 1º, que o crime de atentado violento ao pudor — Assim como o estupro — Foi considerado hediondo em qualquer de suas formas, simples e qualificada.

“3. Recurso conhecido e provido” (nossos grifos) (STJ: REsp n. 136504—SP, 5ª T., rel. Min. Edson Vidigal, DJ 1º/2/1999).

Como é consabido, os crimes contra a liberdade sexual vêm sendo cada vez mais repudiados pela sociedade, e é com o propósito de combater delitos dessa natureza que foi promulgada a Lei n. 8.072/90, tornando mais severas as penas.

Destarte, por ser o estupro simples crime hediondo, a pena irrogada ao apelante deverá ser cumprida integralmente em regime fechado, na forma do § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90.

IV — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Deram provimento parcial ao recurso para adequar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Vencido o Relator que afastava a hediondez do delito.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Souza Varel-

la. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 19 de junho de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.021310-1, DE ABELARDO LUZ

Relator: Des. Genésio Nolli

Apelação criminal.

Índigena — Contravenção penal — Incompetência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito — Inteligência da Súmula 38 do STJ.

Negativa de vigência de lei federal — Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73) — Inocorrência.

A condição de indígena, por si só, não implica em reconhecimento de irresponsabilidade penal, ainda mais quando, como é o caso, o réu reside em centro urbano, está integrado à população dita civilizada e exercente de seus direitos políticos.

Preliminares afastadas.

Embriaguez — Estado de alcoolização confessado espontaneamente pelo agente e confirmado pelos testemunhos colhidos — Ebriedade constatável ictu occuli — Desnecessidade de exame pericial de dosagem etílica.

Apelante que trazia consigo arma branca (faca) em local público (bar) — Infração de mera conduta — Inexigência de dano concreto.

Contravenções plenamente configuradas. Arts. 19 e 62 do Decreto-Lei n. 3.688/41.

Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.021310-1, da comarca de Abelardo Luz, em que é apelante Avelino Norberto de Almeida, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, afastar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

No Juízo de Direito da comarca de Abelardo Luz o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Osmar da Silva e Avelino Norberto de Almeida, dando-os como incurso nas sanções dos arts. 19 e 62, ambos da Lei de Contravenções Penais.

Segundo consta da peça acusatória, “na data de 31/10/98, por volta das 19h, na localidade de Samburá, em frente ao bar de Antônio Bertol, os denunciados, em visível estado de embriaguez, promoviam desordens, consistentes em algazarra e pancadas com instrumentos cortantes em paredes e mesas do bar.

“O denunciado Avelino encontrava-se com uma faca de vinte centímetros de lâmina enquanto o denunciado Osmar da Silva se encontrava com uma faca de 17,5 centímetros, sendo que ambos em união de esforços praticaram os fatos acima narrados”.

Citado por edital, o réu Osmar da Silva não compareceu para o interrogatório, nem constituiu advogado, sendo o processo, então, suspenso com relação a ele, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal.

Regularmente instruído o feito, sobreveio sentença que condenou o acusado Avelino Norberto de Almeida ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 30 (trinta) dias de detenção, em regime aberto, substituída por pena restritiva de direitos, consistente em limitação de final de semana, por infração ao disposto nos arts. 19 e 62 da Lei de Contravenções Penais.

Inconformado, a tempo e modo o réu apelou objetivando a reforma da decisão a quo para que seja absolvido

dos delitos que lhe foram imputados. Sustenta, em preliminar, a nulidade de todo o processado, porquanto competente para o feito a Justiça Federal. Aduz, ainda, negativa de vigência de lei federal, por inobservância da Lei n. 6.001/73 (Estatuto do Índio).

Contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos a esta Superior Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto.

É o necessário relatório.

Preliminarmente, sustenta o douto defensor a incompetência da Justiça Estadual para apreciar o presente feito, porquanto, tratando-se de indígena, é da competência absoluta da Justiça Federal o processo e julgamento.

Sem razão, contudo.

A regra de competência inscrita no art. 109, XI, da Constituição atribui à Justiça Federal o processo e julgamento das demandas que versem a respeito de “disputa sobre direitos indígenas”, o que não é a hipótese dos autos.

Trata-se de infração penal comum cometida por silvícola, sem que envolva “disputa sobre direitos indígenas”, a teor do mandamento constitucional.

Nesse sentido, a jurisprudência dominante:

“Constitucional. Conflito de competência. Crime praticado por silvícola. CF, art. 109, XI. Não incidência. Competência da justiça comum estadual. Súmula 140/STJ.

“A regra de competência inscrita no art. 109, XI, da Constituição, que

atribui à Justiça Federal o processo e julgamento das demandas sobre direitos indígenas, não alcança as ações penais fundadas em crimes praticados contra silvícola, mesmo no interior da reserva indígena” (CC n. 21.968/MG, rel. Min. Vicente Leal, DJU 18/12/98, pág. 287).

Ademais, e como bem ressaltou o douto defensor em alegações finais (fl. 70), tratam os autos de “contravenção penal”, matéria que escapa do âmbito de competência da Justiça Federal a partir da Constituição Federal de 88, a teor da Súmula 38 do STJ:

“Compete à Justiça Estadual comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades”.

Assim, afasta-se a preliminar aventada.

Quanto à alegada negativa de vigência de lei federal, por inobservância das disposições preconizadas no Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73), melhor sorte não socorre o apelante.

Como bem sustentou o douto Promotor de Justiça em contra-razões ao recurso (fl. 106), “...nada no decorrer do feito foi constatado por este Juízo que pudesse incutir dúvida acerca de sua higidez mental (pelo contrário, restou clara e evidente que se trata de índio integrado, votante, ligado intrinsecamente a comunhão nacional).

“A condição de indígena, por si só, não implica em reconhecimento de irresponsabilidade penal, ainda mais quando, como é o caso, o réu reside em centro urbano, onde costumeiramente os índios interagem com a po-

pulação dita civilizada. Relevante também o fato de exercer seus direitos políticos e trabalhar conjuntamente com o homem branco”.

Assim, inexistindo nos autos qualquer elemento que permita concluir que Avelino Norberto de Almeida não era apto a entender a ilicitude da conduta que praticou, tendo ele, inclusive, afirmado à autoridade policial que “estavam errados e tinham que pagar pelo que fizeram” (fl. 6), não há que se falar em supressão ou redução da capacidade de entendimento.

No que respeita à alegada infringência ao disposto no parágrafo único do art. 56 do Estatuto do Índio, que dispõe sobre o regime de cumprimento de pena, o argumento não se verifica.

Por oportuno, transcreve-se o dispositivo em comento:

“Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada, e, na sua aplicação, o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

“Parágrafo único. As penas de reclusão e detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próxima da habitação do condenado”.

Conforme se infere da r. sentença, o douto Magistrado a quo sope-sou a condição de silvícola do acusado e seu grau de integração social, aplicando-lhe a pena no mínimo legal, substituída por restritiva de direitos consistente em limitação de fim de semana, que não importa em segregação permanente, traduzindo-se em regime muito mais brando que o de

semiliberdade preconizado pelo Estatuto do Índio.

Destarte, a preliminar de negativa de vigência de lei federal é de ser afastada.

No mérito, o recurso não merece provimento.

Concernente ao porte de arma, a existência material da infração decorre do termo de apreensão à fl. 7, donde se extrai que em poder do acusado foi encontrada uma faca com 20cm de lâmina.

Cumpra destacar inicialmente que, “embora a faca seja tida como arma imprópria (a chamada arma branca), se possui potencialidade ofensiva e se presta à defesa, bem como ao ataque, de quem a porta, com possibilidade de dano físico, há que ser considerada como elemento caracterizador da contravenção do art. 19” (TACrimSP, rel. Silva Rico, in RJD 11/153).

E ainda,

“Embora, muitas vezes, tenha outras destinações a faca é, inegavelmente, uma arma, constituindo, assim, contravenção penal seu porte não autorizado” (TACrimSP, rel. Valentim Silva, in JUTACrim. 23/200).

Frise-se que a contravenção do art. 19 do Decreto-Lei n. 3.688/41 consubstancia-se em infração de mera conduta, sendo suficiente à sua configuração o porte de arma, fora de casa ou de dependência desta, sem licença de autoridade, independentemente de sua potencialidade ou do propósito do acusado em trazê-la consigo.

É o entendimento jurisprudencial:

“O simples porte de arma, independentemente da intenção que o determinou, fora de casa e sem licença da autoridade competente, tipifica a figura contravencional prevista no artigo 19 da lei específica.

“Na repressão do porte de arma fora do domicílio e sem licença da autoridade pública, não é levado em conta o propósito ou a necessidade que tem o agente de trazê-la consigo, eis que o elemento subjetivo não é integrativo da contravenção prevista no art. 19 da lei” (Ap. Crim. n. 006/96, da comarca de Jaraguá do Sul, rel. Juiz Paulo Roberto Sartorato, 5ª Turma de Recursos).

Na hipótese que versa, o acusado foi surpreendido por policiais portando uma faca, com as agravantes de estar embriagado e promovendo algazarra em local público.

Destarte, resta plenamente configurada a infração ao art. 19 da Lei de Contravenções Penais, razão pela qual inviável é a absolvição do apelante.

Relativamente à contravenção inculpada no art. 62 do Decreto-Lei n. 3.688/41, configura-se por “apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia”.

Em que pese não ter sido realizado exame de dosagem alcoólica, ao ser interrogado o próprio acusado admitiu estar embriagado, tendo declarado que “no dia dos fatos, bebeu em bares na localidade de Samburá (...)” e, “...que acredita que Osmar assim como o interrogando também estivesse embriagado” (fl. 30).

Os policiais que empreenderam a diligência, por sua vez, informaram que receberam um comunicado dando conta que dois elementos provocavam desordens em frente a um bar, na localidade de Samburá, sendo que lá chegando verificaram que ambos se encontravam em evidente estado de embriaguez, tendo relatado:

"no dia dos fatos recebeu um comunicado de que pessoas estavam promovendo desordens no bar descrito na inicial, sendo que para lá dirigiram-se, tendo constatado de que, embora o bar já estivesse fechado, do lado de fora do estabelecimento onde existe um balcão em que servem bebidas e também onde ficam as mesas e as cadeiras, encontravam-se os acusados Osmar e Avelino em visível estado de embriaguez, sendo que ambos portavam na cinta faca; (...)" (Dani Pedro Motim, em Juízo, fl. 54).

"no dia dos fatos encontrava-se a serviço, quando receberam um comunicado de que dois elementos estavam promovendo desordens em um bar situado na localidade de Samburá; (...) que ambos os elementos encontravam-se em visível estado de embriaguez; (...)" (Pedro de Paiss, em Juízo, fl. 55).

"no dia dos fatos, dirigiu-se até o bar descrito na inicial em companhia do delegado Dani e do soldado Paiss, sendo que lá chegando constataram a presença dos acusados, ambos em visível estado de embriaguez e portavam consigo facas; (...)" (Lauri Ebert, em Juízo, fl. 56).

Diante do conjunto probatório, suficiente a demonstrar a materialidade delitiva, dispensável é a realização de prova técnica consistente em exa-

me de dosagem alcoólica, conforme reiteradamente tem-se decidido:

"Em matéria de embriaguez, são provas hábeis à sua comprovação, tanto o laudo de exame clínico, fundamentado de acordo com quesitos previamente estabelecidos e subscrito por profissional médico, como o depoimento das testemunhas, que derivam da observação primeira do estado etílico do acusado, a qual a observação clínica depois se seguiria" (Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial, 5ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, RT, 1995, pág. 279) (grifos nossos).

"Não apenas pelo exame de dosagem alcoólica, mas também por indícios e circunstâncias, pela confissão e depoimento de testemunhas, é possível provar o estado etílico do contraventor" (JC 2/383).

A circunstância de estar o acusado em companhia de outrem causando escândalo e algazarras em local público está suficientemente demonstrada nos autos.

Com efeito, atestam os policiais (fls. 54 a 56) que receberam chamado para deslocarem-se à localidade de Samburá porque dois elementos estavam promovendo desordens em frente a um bar naquela povoação.

O policial Dani Pedro Mottin (fl. 54) informa que no local haviam "...cadeiras viradas e fora do lugar, bem como líquido derramado no chão, não sabendo se tratava-se de bebida alcoólica; (...)".

Pedro de Paiss (fl. 55) atesta que ao chegarem ao local verificaram que os acusados estavam promovendo desordem, "...estando como 'donos do bar'; (...)".

Lauri Ebert (fl. 56), policial que acompanhou a diligência, confirma: "...que ambos os acusados já haviam tomado conta do bar como se 'donos fossem'; que constataram desordem no local, consistente em cadeiras caídas e garrafas quebradas no chão; (...)"

Desse modo, sendo possível a formação de um juízo seguro também quanto a esta prática contravencional, inafastável a procedência da denúncia.

Em situação semelhante, da mesma forma, já se decidiu:

"Contravenção penal — Agente embriagado e portando arma apta a causar dano — Caracterização dos delitos previstos nos arts. 19 e 62 da LCP.

"Ao definir os crimes e as contravenções de mera conduta, o legislador teve em mira cercear um comportamento danoso ou perigoso em si

mesmo, com a finalidade de evitar um mal maior, que seria o crime decorrente do desenvolvimento da conduta, ou por ela propiciado" (TACrimSP, rel. Munhoz Soares, in JUTACrim. 78/260).

Ante todo o exposto, afasta-se as preliminares argüidas e, no mérito, 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. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 13 de fevereiro de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente;
Genésio Nolli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.024592-5, DE JAGUARUNA

Relator: Des. Genésio Nolli

Apelação criminal. Estupro praticado contra menor de 14 anos, e alienada mental.

Confissão extrajudicial. Retratação em juízo. Irrelevância. Palavra da vítima firme e coerente quanto à agressão ocorrida. Laudo pericial conclusivo.

"Se o depoimento prestado perante a autoridade policial se ajusta ao conjunto de provas reunidas, a retratação em juízo, por si só, não tem o condão de impor o descrédito daquelas declarações" (Ap. Crim. n. 33.459, de São Francisco do Sul, rel. Des. José Roberge).

Crime hediondo. Configuração. Inteligência do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90. Resgate integral da reprimenda em regime fechado.

Aplicação do parágrafo único do art. 213 do CP na redação dada pela Lei n. 8.069/90. Impossibilidade. Dispositivo revogado expressamente antes do cometimento de delito pelo acusado.

Recurso a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.024592-5, da comarca de Jaguaruna, em que é apelante Pedro Antônio Albino, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

No Juízo de Direito da comarca de Jaguaruna, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Pedro Antônio Albino, dando-o como incurso nas sanções dos arts. 213, c/c 224, alíneas a e b; arts. 214, c/c 224, alíneas a e b; combinados com o art. 71, todos do Código Penal.

Segundo consta da peça acusatória, "O denunciado Pedro Antônio Albino, há aproximadamente 2 (dois) meses, em dias e horários indeterminados, sempre que a adolescente G. C., a qual conta atualmente com 12 (doze) anos de idade, passava por sua residência — situada na localidade de São Gabriel, município de Treze de Maio/SC, nesta Comarca, e que fica a uma distância aproximada de 100m (cem metros) da casa da referida adolescente — ele a chamava e, aproveitando-se da sua condição de alienada mental, a persuadia para que aquela viesse a encontrá-lo, geralmente, no porão da igreja, localizada nas proximidades, o que ocorria cerca de 2 (duas) vezes por semana, sendo

que, nesses encontros, Pedro Antônio Albino, então, aguardava a indigitada vítima no local combinado e, quando a menor chegava, tirava-lhe a roupa e a sua própria e, ato contínuo, fosse de pé ou deitados, acariciava seu corpo, abraçando-a e beijando-a na boca e nos seios, e depois colocava seu pênis no meio das pernas da menor, introduzindo, por várias vezes, um dos dedos dentro da vagina de G., constringendo-a, de tal forma, a praticar com ele ato libidinoso diverso de conjunção carnal.

"Além disso, tendo sido vários os encontros mantidos entre o acusado Pedro e a vítima G., nas condições acima descritas, em diversas ocasiões o ora denunciado, além de acariciar, lascivamente, o corpo da menor, mantinha com ela conjunção carnal, com a penetração do pênis na vagina da mesma (conforme auto de exame de corpo de delito de fl. 20), sendo que, em outras oportunidades, estabelecia relações sexuais de natureza diversa com a vítima, mandando que esta vivesse de costas para ele, praticando coito anal com a mesma.

"Assim é que, então, no dia 23 de abril de 1999, por volta das 7 horas, aproximadamente, o denunciado Pedro Antônio Albino, ao avistar a vítima G., quando esta passava, retornando do Jardim de Infância, onde havia levado seu irmão T., de 5 (cinco) anos de idade, chamou a mesma para dentro de uma roça de aipim, e, utilizando-se do mesmo modus operandi,

deitou-se com a mesma e com ela manteve coito anal.

“Logo depois, a menor G. voltou para casa, onde sua mãe, Z. C., desconfiada do fato de que aquela resolveu ir tomar banho, resolveu verificar as roupas da filha, quando observou que a blusa desta estava molhada, e a saia, suja de areia, não tendo encontrado sua calcinha.

“Ocorre que, já tendo sido alertada por vizinhos, acerca de um provável envolvimento entre a vítima e o acusado Pedro, ainda naquela manhã, por volta das 10 horas, Z. C. mandou G. ir ao Jardim de Infância, agora, para buscar seu irmão T., percebendo que, no momento em que esta saiu, o ora denunciado também deixou sua residência, para ir ao encontro da mesma, razão pela qual, seguiu sua filha, surpreendendo G. embrenhada em uma roça de aipim, com o zíper da bermuda que trajava, aberto, e indagando à adolescente vítima o que ela fazia naquele local, esta afirmou estar na companhia do ora denunciado, levando sua genitora, então, a avançar mais um pouco dentro da roça, vindo a se deparar com Pedro Antônio Albino, deitado no chão, com as calças arriadas, em virtude de que a mãe de G. a levou para casa, e, de imediato, comunicou o ocorrido à autoridade policial, a qual, por seu turno, saiu em perseguição ao acusado, e, ao localizá-lo em um ponto de ônibus, efetuou sua prisão em flagrante delito.

“Cumpre salientar que, momentos antes de o acusado ser surpreendido pela mãe da vítima, ainda submeteu a menor, novamente, à satisfação de sua lascívia, tocando-lhe o

corpo, introduzindo, inclusive, o dedo indicador esquerdo dentro de sua vagina, culminando por manter conjunção carnal com a mesma (auto de exame pericial de fl. 20), sendo que a vítima, após o acontecido, ao ser encaminhada para exame pela autoridade policial, apresentava, segundo verificado por sua genitora, a calcinha suja de sangue.

“Destarte, agiu o acusado em continuidade delitiva, constringendo a vítima, por reiteradas vezes, sempre em condições de tempo e lugar semelhantes, e utilizando o mesmo modus operandi, a praticar, não somente, conjunção carnal, como outros atos de libidinagem de natureza sexual diversa (coito anal), tendo em vista que, diante de sua condição de menor de 14 anos de idade, e de alienada mental, a qual era do conhecimento do agente, não tinha a adolescente em questão capacidade plena de determinação de sua vontade, a fim de oferecer resistência à ação criminoso do ora denunciado”.

Regularmente instruído o feito, sobreveio sentença que absolveu o acusado do delito tipificado no art. 214 do Código Penal, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal, e condenou-o ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, por infração ao disposto no art. 213, c/c art. 224, alínea a, ambos do Código Penal.

Inconformado, a tempo e modo o réu apelou, objetivando a reforma da decisão a quo para que seja absolvido do delito que lhe fora imputado, com fundamento no art. 386, VI, do CPP; alternativamente, postula pela aplica-

ção do disposto no parágrafo único do art. 214, na redação dada pela Lei n. 8.069/90 (ECA), que prevê pena menos rigorosa ao delito, ou a minoração da reprimenda imposta para o mínimo legal; requer, ainda, a descaracterização do crime como hediondo, possibilitando ao apelante a progressão de regime e o livramento condicional mediante o cumprimento de 1/3 da pena.

Contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos a esta Superior Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o necessário relatório.

Não assiste razão ao apelante.

A materialidade delitiva está amplamente demonstrada no laudo pericial de fl. 25, o qual é conclusivo com respeito à conjunção carnal e ruptura himenal recente.

A pretensa desvalia do laudo pela defesa, em função de constar no auto de prisão em flagrante uma fotocópia deste sem assinaturas e com escritas em descompasso com o original, não tem procedência, pois nenhuma prova contrária à sua validade foi por ela produzida, embora tenha tido oportunidade para tanto.

De qualquer forma, ainda que inválido fosse o laudo, em delitos desta espécie, tal prova não é imprescindível, pois “para a comprovação do crime de estupro não há necessidade, como condição sine qua non, de laudo pericial, porquanto no crime de estupro, o qual certas vezes não deixa vestígios, a prova pode ser suprida por outros meios, tais como testemunhos e ainda pelo relato da vítima” (Ap. Crim. n. 99.002442-3, de Santa Cecília, rel. Des. Jorge Mussi), e

quanto a isso o processado é farto de elementos convincentes da prática delitiva.

Quanto à autoria, em que pese a negativa em Juízo, na fase policial o acusado confessou que na data do flagrante praticou atos libidinosos com a menor e, também, que em ocasiões anteriores manteve com esta relações sexuais, tendo declarado:

“...no dia de hoje, por volta das 10 horas da manhã, aproximadamente, encontrava-se no meio de uma roça de aipim, próximo de sua residência, usando uma calça de cor azul, estando a mesma baixada até os pés, e quando a menor G. passou pela estrada, chamou a mesma para o interior da roça, dizendo que baixou a bermuda que a mesma usava, passando as mãos na ‘teta’ da menor, em todo o corpo, beijando a vagina da menor e colocando o pênis no meio das pernas de G.; que afirma também que colocou a mão na vagina da menor e o dedo indicador dentro de sua vagina, alegando que é ‘canhoto’; que o declarante nega ter colocado o pênis na vagina da menor G., e somente ter usado o dedo; que, após o ato, mandou a menor ir embora, afirmando que a mãe de G. entrou na roça e percebeu ainda no local com as calças nos pés; (...) que afirma o declarante que tem problemas sexuais, mas afirma que já ‘empurrou’ o pênis duas vezes na vagina da menor, mesmo não ‘funcionando’; que diz o declarante que vem se encontrando com G. mais ou menos dois meses, todas as semanas duas vezes, no porão da Igreja” (fl. 23) (grifos nossos).

Em Juízo o acusado negou a prática do delito, alegando que na de-

legacia confessou mediante coação e agressões físicas. No entanto, nenhuma prova produziu a respeito desse fato, não obstante tenha tido oportunidade para tanto.

Ademais, os fatos narrados pelo acusado na oportunidade do flagrante estão em plena sintonia com o relatado pela menor e por sua mãe, que no dia dos fatos surpreendeu-o nas condições que o próprio relatou.

Segundo informou Z. C., mãe da pequena vítima, "...há três ou quatro dias suas comadres de nome H. e A. lhe informaram que o acusado Pedro vinha encontrando-se com sua filha, pois estavam 'negaciando' e já tinham percebido alguma coisa; que no dia de hoje diz a declarante que era por volta das 7 horas da manhã, mandou G. levar seu filho de nome T. de 5 anos de idade para o Jardim; que percebeu que ao retornar G. se dirigiu até o banheiro para tomar banho, então estranhou a atitude de sua filha e foi verificar suas roupas, e percebeu que a blusa estava molhada e a saia estava suja de areia, a calcinha diz a declarante que não encontrou, não sabe se G. colocou a mesma; que ao perguntar para sua filha a mesma disse que havia caído na grama, e estava molhada; que por volta das 10h30min, aproximadamente, a declarante pediu para sua filha ir até o Jardim buscar seu filho T., e quando a menor estava indo percebeu que o acusado Pedro descia de sua casa, que fica em cima de um morro; que, como a declarante tem uma filha menor de 2 anos de idade, foi até a casa de sua comadre deixar a menor, para seguir sua filha G.; que percebeu que em um matagal tinha uma trilha, então seguiu, mas nada encontrou, depois foi até uma toca

de bananeira e também nada; que se dirigiu até uma roça de aipim, quando encontrou sua filha saindo com o zíper da bermuda aberto, e ao perceber sua presença ficou 'branca'; que então perguntou quem estava ali, e G. respondeu que estava com Pedro, alegando ainda que Pedro estava 'pelado', ao adentrar mais um pouco percebeu Pedro com as calças nos pés e deitado no chão; que a calça era de cor azul e camisa de listra azul, (...) que G. também contou que no dia de hoje quando tomou banho e trocou de roupas, foi porque teria encontrado Pedro e molhado a blusa e sujado porque se deitaram na grama, tendo relações sexuais; que também falou que teve relação em um porão da igreja, que se localiza próximo de sua casa (...)" (fls. 20/21) (grifos nossos).

A menor, por sua vez, na fase indiciária, com os mesmos detalhes, confirma os fatos confessados pelo acusado e relatados por sua mãe, tendo informado:

"...que no dia de hoje, pela manhã, levava seu irmão T. para o Jardim de Infância, e quando estava retornando para sua casa, que fica próximo, encontrou o acusado Pedro, quando chamou para uma roça de cana, dizendo que ficou toda molhada pois este lhe colocou no chão, e estava molhada, ou seja, sua roupa ficou molhada; que, segundo a vítima, Pedro passou a mão por todo seu corpo, e sabe que Pedro colocou o pênis em sua vagina, em seguida foi para casa; que, ainda na parte da manhã, foi buscar seu irmão no Jardim, quando percebeu que Pedro estava em uma roça de aipim e lhe chamou, não recordando o que o mesmo falava, então Pedro

começou a passar a mão em seu corpo, ou seja, na barriga, nos seios, nas pernas, nas nádegas, beijou sua vagina, vindo a deitar no chão e Pedro fez sexo, pois Pedro colocou o pênis em sua vagina; que quando Pedro lhe chamou o mesmo estava com a calça e a zorba nos pés, e a calça tinha a cor azul, não recordando da cor da camisa que Pedro encontrava-se vestindo; que, segundo a vítima, Pedro puxou sua bermuda para cima, para manter relações, e após pediu que deixasse aquele local rápido; que ao sair do local deparou-se com sua mãe que perguntou com quem ela encontrava-se e disse que era com Pedro, dizendo ainda que ele estava 'pelado'; que sua mãe viu Pedro sem calças, (...) que, diz a vítima que já encontrou-se com Pedro outras vezes naquele local, e também em um porão debaixo de uma igreja, próximo de sua casa (...)" (fls. 27/27v.) (grifos nossos).

Destarte, a sintonia dos depoimentos da vítima e sua mãe, com as declarações prestadas pelo acusado na fase indiciária, é patente, não sendo crível a alegação posterior de que fora coagido a confessar, diante da riqueza de detalhes comuns que se extrai da sua própria confissão e da palavra da menor e sua mãe.

Nesse sentido ressalta Fernando da Costa Tourinho Filho:

"Dependendo do conjunto das provas, a retratação poderá ou não infirmar a força probatória da confissão. Assim, se a confissão encontra eco nas demais provas, a retratação, por si só, isoladamente, será irrelevante, não podendo o Juiz dedicar-lhe qualquer consideração" (in Processo Pe-

nal, 3º vol., 18ª edição, Saraiva, 1997, págs. 288/289).

Também o entendimento jurisprudencial desta Corte é pacífico ao admitir que "se o depoimento prestado perante a autoridade policial se ajusta ao conjunto de provas reunidas, a retratação em juízo, por si só, não tem o condão de impor o descrédito daquelas declarações" (Ap. Crim. n. 33.459 (88.085118-0), de São Francisco do Sul, rel. Des. José Roberge, j. em 25/11/97).

O fato de que, posteriormente, em Juízo, a menor alterou parcialmente o teor de suas declarações, tendo nesta oportunidade afirmado que apenas no primeiro encontro com o réu manteve relações sexuais, em nada altera a situação do acusado, pois certo é que em um dos encontros manteve relações com a menor. Ademais, deve-se levar em conta tratar-se a vítima de uma criança portadora de deficiência mental, além do tempo decorrido desde a data dos fatos até a ocasião em que foi ouvida pela autoridade judiciária.

No que pertine à veracidade dos depoimentos da menor-vítima, absolutamente inocentes e despidos de ressentimentos apenas computados ao mundo adulto, bem lecionou o mestre Mirabete:

"O depoimento infantil deve merecer valor probatório em especial quando a criança relata fatos de simples percepção visual e de fácil percepção e compreensão, mesmo porque em regra se presume a pureza do menor, o que lhe concede credibilidade" (in Processo Penal, Atlas, 2ª edição, pág. 293).

Assim sendo, impossível é a absolvição do acusado.

Também sustenta o apelante ser inaplicável a incidência da Lei n. 8.072/90 ao delito de estupro a ele atribuído, argumentando para tanto que a lei somente considera hediondo o estupro praticado mediante violência física, do qual decorram lesões corporais graves ou morte (CP, art. 223), pois a ele não se refere o art. 1º, inc. VI, da lei pertinente, e sim às formas qualificadas.

Em que pese o respeitável posicionamento, não é possível, da análise do contido na legislação, chegar a tal entendimento, haja vista a existência da conjunção e — “estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único)”.

A interpretação seria diferente se na redação não existisse a conjunção referida — art. 213, combinado com o art. 223, caput, e parágrafo único; isso porque a conjunção, no caso, dá idéia de alternatividade — de uma ou outra forma é crime hediondo.

Além disso, se o legislador pretendesse excluir a forma simples de estupro teria de usar a mesma metodologia empregada para o homicídio qualificado — homicídio (art. 121), quando praticado em atividade de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incs. I, II, III, IV e V).

Assim, a técnica utilizada pelo legislador não deixa dúvida porque “a Lei n. 8.072/90 é clara ao fazer referência aos nomes dos delitos e respectivos dispositivos: crimes de ‘estupro’ e ‘atentado violento ao pudor’, previstos nos arts. 213 e 214 do Cód-

go Penal. Lembrou-se o legislador das formas qualificadas pelo resultado do art. 223, caput, e parágrafo único. Por isso, depois de indicar o nomen juris e o número das disposições incriminadoras, mencionou as figuras qualificadas. Não diz, por exemplo, ‘estupro em sua combinação com o art. 223’, mas ‘estupro e sua combinação...’. Quer dizer, crime de estupro simples e qualificado.

“Em suma, analisando o texto legal (de jus constituto), consideramos o estupro e o atentado violento ao pudor, na forma simples, delitos hediondos” (Damásio E. de Jesus, em recente artigo publicado no seu site — Estupro e Atentado Violento ao Pudor, nas formas típicas simples, são hediondos?, Fevereiro/2001).

Destarte, por ser o estupro simples crime hediondo, a pena irrogada ao apelante deverá ser cumprida integralmente em regime fechado, na forma do § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90.

Por fim, aduz que os limites legais a serem observados na aplicação da pena corporal são os previstos no parágrafo único do art. 213 do CP, na redação dada pela Lei n. 8.069/90 e não a exasperação promovida pelo art. 6º da Lei de Crimes Hediondos.

Razão também não lhe assiste nesta parte.

Isso porque, quando do cometimento do delito pelo acusado, referido dispositivo já se encontrava expressamente revogado por lei posterior (Lei n. 9.281/96). Aliás, é entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência, que a alteração produzida pela Lei n. 8.069/90 no parágrafo único do art. 213 nunca produziu efeito, pois tacita-

mente revogado pela Lei dos Crimes Hediondos que entrou em vigor logo em seguida àquela.

O eminente Celso Delmanto explica:

“O parágrafo único deste artigo, que havia sido acrescentado pela Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), foi revogado pela Lei n. 9.281, de 4/6/96. Já anteriormente a essa revogação expressa, entendíamos que o parágrafo único deste artigo 213, antes mesmo de sua entrada em vigor, havia sido tacitamente revogado pela Lei n. 8.072/90” (Código Penal Comentado, 4ª ed., RJ, Renovar, 1992, pág. 392) (grifo nosso).

Nesse sentido, também a jurisprudência:

“Configurado o crime de estupro, na aplicação da pena, incide a chamada Lei dos Crimes Hediondos e não o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13/7/90), pois, durante a *vacatio legis*, a Lei n. 8.072, de 25/7/90, entrou em vigor com eficácia plena e imediata, revogando o Estatuto da Criança e do Adolescente, pois entrara no mundo jurídico” (STJ, REsp n. 40.557-2, rel. Costa Lima, DJU, de 28/3/94, pág. 6.336).

E ainda:

“Estupro — Violência ficta — Fixação da pena — Estatuto da Criança — Revogação — Lei n. 8.072/92 — Crime hediondo — O artigo 263 do Estatuto da Criança e do Adolescente, na parte que acrescentou parágrafo único ao artigo 213 do CP, foi revogado pelos artigos 6º e 9º da Lei n. 8.072 que trata dos Crimes Hediondos. É que esta Lei (n. 8.072/90) é posterior à Lei n. 8.069 que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Seu dispositivo em questão restou revogado antes mesmo de entrar em vigor” (Repertório IOB de Jurisprudência, 4-92/72).

Ante todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nollí, e dele participaram, também com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Souza Varela e Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 20 de março de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente para o acórdão;
Genésio Nollí,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.000727-0, DE SÃO FRANCISCO DO SUL

Relator: Des. Genésio Nollí

Apelação criminal. Adulteração de chassi.

Cerceamento de defesa.

Falta de intimação das partes de que uma das testemunhas intimadas por carta precatória não foi encontrada no endereço indica-

do. Nulidade inexistente. Defensor que tomou conhecimento do retorno da precatória na oportunidade do art. 500 do CPP.

Falta de assinatura do advogado nomeado ad hoc no termo de audiência. Mera irregularidade que não comporta anulação.

Prejuízo não demonstrado. Preliminares de nulidade afastadas.

Negativa de autoria. Prova farta da participação dos apelantes no delito.

Testemunhas que presenciaram os acusados sob o veículo, tendo ao lado ferramentas e pinos com letras e números próprios para remarcação de chassi.

Prova pericial conclusiva da adulteração.

Recurso a que se nega provimento, afastadas as preliminares de nulidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.000727-0 da comarca de São Francisco do Sul, em que são apelantes Antônio Henrique Rodrigues e Neri Pereira da Silva, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, afastadas as preliminares de nulidade, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

No Juízo de Direito da comarca de São Francisco do Sul, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Antônio Henrique Rodrigues, Neri Pereira da Silva e Eduardo Bendo, dando-os como incurso nas sanções dos arts. 180, § 1º, e 311, c/c art. 29, caput, todos do Código Penal.

Segundo consta da peça acusatória, "Os ora denunciados, Antônio

e Neri, eram empregados do estabelecimento 'Guincho do Bendo', sito no km 71,5, próximo ao Posto Rainha, em Araquari, nesta Comarca, de propriedade do terceiro ora denunciado Eduardo Bendo, sendo que este adquiriria, de modo a ser esclarecido durante a instrução criminal, veículos furtados e/ou sinistrados e mandava que os dois primeiros alterassem as suas características para provocar engano e prejuízos a terceiros, quando, ao serem flagrados perpetrando este crime, restaram presos, como a seguir se expõe:

"No dia 28 de abril de 1999, por volta das 17h, os ora denunciados Antônio e Neri, sob o mando de Eduardo, restaram presos em flagrante delito quando estavam adulterando o número verdadeiro do chassi n. 9BFEXXL37HB54332, do veículo marca Ford, modelo F-1000 ARB Galáxia, a diesel, ano 87, cor cinza, placa GND 6237, de propriedade de Ernani

Luiz Brock, o qual foi subtraído no dia 24/4/99, conforme consta do Boletim de Ocorrência de fl. 32, e no momento da prisão encontrava-se escondido atrás da construção ali existente e do caminhão do guincho, tendo sido apreendido, conforme o Termo de Apreensão de fl. 33.

“Igualmente nesta operação foi encontrado no interior do bolso da calça de Antônio Henrique, uma carteira onde continha o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo marca Ford, modelo F-1000, ano e modelo 1983, cor vermelha, placa LYX 3389, chassis n. LA7NBE53357, de propriedade de Raul Barstch, documento juntado à fl. 33H, porém o veículo não se encontrava no pátio do estabelecimento vistoriado.

“Nesta ocasião, Antônio estava debaixo da camioneta F-1000 de cor cinza e Neri, ao lado da mesma, fazendo uso comum de várias ferramentas, tais como, chaves de fenda, lixa, martelo, lixadeira, dois conjuntos completos de marcadores tipo pino com letras e números na ponta.

“A conduta delituosa dos dois primeiros denunciados consiste na troca do n. do chassis da F-1000 de cor cinza que é o n. 9BFEXXL37-HB54332, pelo da F1000 de cor vermelha do documento que é o de n. LA7NBE53357.

“E ainda, conforme está no Laudo Pericial de fl. 36, os Srs. Peritos relataram que também o mesmo (cor cinza), encontrava-se ‘sem a plaqueta de alumínio fixada na coluna, a qual fora recentemente retirada, permanecendo ainda a sujeira do local de origem...’.

“Já com o co-denunciado Eduardo Bendo foi apreendido o veículo da marca Ford, modelo Versailles, placa LXR 1345, licenciado em Jaraguá do Sul, portador do chassis n. 9BFZZZ338TP014931, cor vermelha, de propriedade de Oswaldo de Oliveira Moreira, juntamente com o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo, conforme o Termo de Apreensão de fls. 33-A e 33-B, os quais, pelo documento denominado de ‘consistência’ obtido pelo Departamento de Trânsito da Delegacia de Polícia local, verificou-se nos dados do referido veículo a anotação feita a 14/4/99 de que existe uma investigação acerca da adulteração do cadastramento, sob o título ‘restrição judicial’.

“A referida suspeita está confirmada com a conclusão do Laudo Pericial de fl. 33-D/E onde é relatado: ‘Examinando-se o chassi do veículo, localizado no compartimento do motor, junto à longarina, constatamos irregularidades junto à gravação, observadas a olho nu, desalinhamento, aprofundamento dos dígitos e prováveis remarcações (...) Constatamos mais ser possuidor do selo de leitura ótica, visivelmente descolado e novamente colado, o qual fora sobreposto sobre um selo divergente em largura e comprimento, retirado com facilidade do veículo pelo perito relator, seguindo junto a este laudo (fl. 33E).

“Referente à Camionete D-20, da General Motors, de cor branca, placa AAU 8516, remarcados oficialmente, conforme está no laudo de fl. 45”.

Tendo em vista a falta de citação do co-denunciado Eduardo Bendo para o interrogatório, e estando os demais co-réus presos, o processo foi

desmembrado com relação a este, prosseguindo nestes autos contra Antônio Henrique Rodrigues e Neri Pereira da Silva, conforme despacho à fl. 165v.

Regularmente instruído o feito, sobreveio sentença que condenou Antônio Henrique Rodrigues ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, e Neri Pereira da Silva à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, ambos por infração ao disposto no art. 311 do Código Penal.

A pena corporal irrogada foi substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em limitação de final de semana e prestação de serviços à comunidade.

Por insuficiência de provas da existência do fato (CPP, art. 386, II) os acusados restaram absolvidos do delito capitulado no art. 180, § 1º, do Código Penal.

Inconformados, a tempo e modo os réus apelaram, objetivando: "a) seja acatada a tese da falta de prova e, conseqüentemente, a nulidade absoluta da ação, por existir flagrante cerceamento à ampla defesa; b) a absolvição de Antônio Henrique Rodrigues e Neri Pereira da Silva, por falta de provas, art. 386, VI, do CPP; c) nulidade parcial do processo a partir do cerceamento de defesa; d) desclassificação para o crime da Lei n. 9.099/95, com a suspensão condicional da pena; e) a diminuição da pena, retirando da sentença a condenação, pela violação ao art. 311, caput, c/c

artigos 29 e 61, inciso I, todos do Código Penal, por total falta de provas e por não ter cometido o crime por ora imputado" (fl. 307).

Contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos a esta Superior Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento do recurso, e, de ofício, seja declarada a nulidade da sentença, por citra petita, uma vez que deixou de apreciar tese defensiva consistente na ausência de intimação das partes para dizerem a respeito de uma das testemunhas arroladas e não encontradas; assim não entendido, opina pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Não assiste razão aos apelantes.

Quanto às preliminares de cerceamento de defesa argüidas, não merecem acolhimento.

Sustenta o defensor a nulidade do processo por ausência de intimação das partes de que a testemunha Osvaldo Oliveira Moreira, intimada por carta precatória, não foi encontrada no endereço indicado na exordial acusatória.

Inexiste qualquer nulidade.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a carta precatória expedida para a comarca de Jaraguá do Sul para inquirição da testemunha em comento, dando conta que esta não foi localizada, retornou em 28/9/99 (fl. 251), sendo que em 30/9/99 o procurador dos acusados retirou os autos em carga para oferecimento de alegações finais, conforme termo de carga à fl. 256v. dos autos.

Destarte, já estando nos autos a precatória quando retirou em carga, o douto defensor tomou conhecimento de que a testemunha não fora encontrada no endereço indicado, de forma que, por simples petição nos autos, poderia ter reiterado o pedido de inquirição da testemunha, informando o endereço correto, já que não fora intimada para tanto.

No entanto, assim não o fez, limitando-se, em alegações finais, a alegar cerceamento de defesa por falta de intimação. Nessa oportunidade, nenhum prejuízo alegou, sabendo-se que, em processo penal, “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (art. 563).

É o entendimento esposado pelo STJ:

“Nulidade processual. Prejuízo para a defesa. Arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal. Sem a prova da ocorrência de prejuízo para a acusação ou para a defesa, não se anula nenhum ato processual” (RSTJ 17/172).

Da mesma forma não merece acolhida a alegada nulidade por ausência de assinatura do defensor ad hoc no termo de audiência realizada por deprecata na comarca de Barra Velha (fl. 184), pois encerra mera irregularidade, nenhum prejuízo decorrendo para a defesa.

Nesse sentido ensina Julio Fabbrini Mirabete:

“Encerrado o depoimento e lavrado o termo, será este assinado pelas testemunhas, pelo Juiz e pelas partes (...) Essa disposição, porém, não é cumprida sempre, constituindo mera irregularidade e não nulidade,

valendo a certidão do escrivão” (Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, 3ª ed., pág. 268).

No que concerne à nulidade argüida pelo douto Procurador-Geral de Justiça, há que se considerar, como acima consignado, que não houve demonstração de prejuízo por qualquer das partes, o que, por si só, já inviabiliza o seu acolhimento.

Ante o exposto, afastam-se as preliminares de nulidade suscitadas.

No mérito:

A materialidade delitiva restou amplamente demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 7/14), termo de apreensão (fl. 40) e laudo pericial (fl. 52).

Quanto à autoria, embora negada pelos acusados, está evidenciada na prova coletada.

Os policiais que efetuaram a diligência são uníssonos ao afirmar que no momento do flagrante os acusados estavam sob a caminhonete, e próximo desta foram encontradas diversas ferramentas, inclusive dois conjuntos de pinos, com números e letras utilizados para remarcação do chassi.

“...que havia informações de que no Guincho do Bendo, sito no Km 71,5, próximo ao Posto Rainha, no município de Araquari, vários veículos sinistrados para lá eram recolhidos, e que naquele local estava ocorrendo remarcação (adulteração de chassi de veículos); que, na data dos fatos, 27/4/99, receberam denúncia de que haviam vários elementos que estavam mexendo no chassi de uma F-1000, de cor prata, e que esta estava escondida atrás da construção e do caminhão do próprio guincho; (...) que

quando chegaram no local, Antônio Henrique Rodrigues e Neri Pereira da Silva, estavam sob o veículo, e defronte à camionete F-1000, prateada, estavam várias ferramentas, dentre as quais, chaves de fenda, lixa, martelo, lixadeira, dois conjuntos completos de marcadores, tipo pino, com números e letras, uma lata de tinta contendo tinta de cor preta; que, observou que a lateral da citada camionete, onde fica a numeração do chassi, havia sido desmontada e remontada, recentemente (...) que o depoente ao proceder uma busca pessoal, em Antônio Henrique Rodrigues, encontrou no interior de uma carteira, no bolso da calça, documentos relativos à F-1000 placa LYX 3389; que observou que a cor constante daquele documento não conferia com a da camionete (...)” (Miraci José Montibeller, fls. 7/8) (grifos nossos).

“...que lá chegaram por volta das 17h e encontraram Antônio Henrique Rodrigues e Neri Pereira da Silva, saindo debaixo da F-1000, de cor prateada; que os mesmos estavam remontando uma peça lateral daquela, que haviam desmontado, para terem acesso ao número do chassi; que observaram que a numeração do chassi havia sido remarcada (adulterada), e que havia sido pintado recentemente com tinta de cor preta, cuja lata se encontrava defronte à camionete, assim como inúmeras ferramentas, tais como, lixa, lixadeira elétrica, chaves de fenda e dois jogos de pinos com números e letras, para remarcação e adulteração de chassi; (...)” (Luiz Alberto Prateate, fl. 9) (grifos nossos).

Os mesmos fatos foram relatados pelos policiais Valmir Angelo Pari-

zotto (fls. 10/11) e Edegar Stuelp (fls. 15/16), este último, investigador policial, com os mesmos detalhes e minúcias narrados pelos policiais militares Miraci José Montibeller e Luiz Alberto Prateate.

É de se ressaltar, nesse passo, que não se tem como inquirir de suspeitos os testemunhos de ditos policiais militares, não só pela segurança com que realizaram o flagrante, evidenciada na prova, mas, também, porque mantiveram-se dignos de seu mister e não se evidenciou indício de inimizade capital entre os apelantes e os policiais — merecendo tais depoimentos plena credibilidade.

Além disso, duas testemunhas, Salles Cornélio da Cunha e Sandro Edilson da Cunha, presentes no local dos fatos no momento do flagrante, confirmam que os acusados estavam “trabalhando” na já referida camionete F-1000, objeto de furto, e junto a eles estavam várias ferramentas, dentre elas pinos, com letras e números próprios para remarcação e adulteração de chassi.

Salles Cornélio da Cunha declarou:

“...que no dia seguinte, 27/4/99, o depoente saiu para prestar serviço, por volta das 8h, retornando às 10h, ocasião em que observou que havia uma Ford/Pampa, e os dois conduzidos, os quais não conhecia, estavam trabalhando para consertar a bomba injetora da F-1000; que quando o depoente chegou, os mesmos estavam lidando na parte da frente do veículo, pois estava com o capô levantado; que, posteriormente, observou que os mesmos tinham tirado a grade dianteira; que os mesmos permaneciam ali

trabalhando no veículo e o depoente foi chamado para outro serviço na BR, tendo saído até o posto Rainha, permanecendo naquela até as 11h20min, depois almoçou e retornou para o pátio do guincho, aproximadamente às 13h; que os dois permaneciam trabalhando no veículo; (...) que, esclarece que os dois conduzidos, estavam junto do carro, quando foram presos, pelos policiais; que, também estava junto daquele a caixa de ferramentas, a extensão, a lixadeira elétrica, a lata de tinta de cor preta, e também dois conjuntos de pinos para remarcação e adulteração de chassi, com letras e números; (...)" (fls. 31/32).

Também Sandro Edilson da Cunha:

"...que o depoente viu que os conduzidos estavam trabalhando na camionete F-1000; que, quando os conduzidos foram presos, havia próximo à camionete uma caixa de ferramentas, uma extensão, martelo, lixadeira elétrica, pinos de números e letras para remarcação de chassi e os policiais encontraram também uma lata de tinta de cor preta (...)" (fl. 34).

Ressalte-se que nenhuma das testemunhas foi contraditada nem teve invocada suspeição posterior, sabendo-se que cabia à defesa a produção de prova eficiente para desconstituição de suas declarações, o que não ocorreu; assim, não há nada que possa desacreditar seus depoimentos, que devem ser reputados válidos como prova da autoria do ilícito imputado aos apelantes.

Além da prova testemunhal coletada, a perícia efetivada na camionete F-1000 na qual os acusados "trabalhavam" na oportunidade do fla-

grante, foi conclusiva ao atestar a adulteração do chassi, tendo os experts concluído:

"...O veículo examinado acima identificado é portador do chassi n. LY7NBL-53357, o qual observamos a olho nu, diferenciamento das gravações originais, havendo o desalinhamento, aprofundamento dos dígitos, determinando sem sombra de dúvidas tratar-se de veículo com chassi remarcado.

"É portador do motor n. D229-04*141616, do eixo dianteiro C7TA3008A. Constatamos encontrar-se sem a plaqueta de alumínio fixada na coluna, a qual fora recentemente retirada, permanecendo ainda a sujeira no local de origem. Fora pesquisado no sentido de identificar o chassi segredo, indicado pela fabricante, não logrando êxito.

"Conclusão:

"Considerando os elementos constatados e relatados, concluem os peritos, encontrar-se o veículo examinado com o chassi LY7NBL-53357 remarcado, caracterizando adulteração do chassi, deixando dúvidas quanto a sua origem" (fl. 52).

Verifica-se dos autos (fl. 48) que a numeração do chassi constante do veículo Ford F-1000 — já remarcado — pertencia a outro veículo da mesma marca, mas com cor e ano diversos, cujo documento fora encontrado na posse do acusado Antônio Henrique Rodrigues, conforme informaram os policiais que efetuaram o flagrante.

Constata-se, ainda, que a camionete cujo chassi fora remarcado, era produto de furto (fl. 39), e a outra, cujo número de chassi fora utilizado

para remarcação, era veículo sinistrado e havia sido vendido a Eduardo Bendo, proprietário do guincho e co-réu de Antônio Henrique e Neri no delito perpetrado.

Destarte, a autoria delitiva está suficientemente demonstrada na pessoa dos apelantes, e a mera negativa não tem o condão de afastar as provas contra si produzidas.

A assertiva do acusado Antônio de que dirigiu-se ao local do flagrante para cobrar do co-réu Eduardo Bendo os cheques que juntou quando do seu interrogatório, além de resultar solteira nos autos, não apresenta qualquer credibilidade, já que estes eram pré-datados para 26/5/99 e 26/6/99, ou seja, sequer tinham vencido.

Assim, impossível acolher-se o pleito absolutório.

No que respeita ao pedido alternativo formulado pelo douto defensor, de “desclassificação para o crime da Lei n. 9.099/95, com a suspensão condicional da pena”, não há como prosperar.

Inicialmente porque a Lei n. 9.099/95 não prevê crimes, mas sim procedimento, e com respeito à suspensão condicional da pena é inviável tendo em vista o quantum de pena previsto para o delito que fora imputado aos acusados.

Quanto ao pedido de diminuição da reprimenda corporal imposta, da mesma forma, não há como ser acolhido.

Com relação ao acusado Neri, a pena irrogada já o foi no mínimo legal previsto para o tipo (3 anos), não sendo possível aplicá-la a quem desse

patamar, ausente qualquer causa de especial diminuição de pena.

Com respeito ao réu Antônio Henrique, verifica-se da r. sentença que o douto Magistrado a quo aplicou a pena-base no mínimo legal (3 anos), sem sopesar, nessa fase, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente por entender confundirem-se com a reincidência, e, assim, evitar o bis in idem. Na segunda fase da dosimetria aumentou a pena em 6 (seis) meses posto que presente aquela agravante, conforme certidão constante à fl. 160 dos autos, no que o fez moderadamente, razão pela qual nenhum reparo merece a pena irrogada.

Sabe-se que, “quando presente o elemento subjetivo desabonador, que se confunde com a agravante, deverá ser excluído de apreciação na primeira fase, aplicando-se valor a maior no cômputo da reincidência (segunda fase)” (Apelação Criminal n. 98.004584-3, de Palhoça, rel. Des. Álvaro Wandelli).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nolli, e dele participaram, também 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. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 13 de março de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente para o acórdão;
Genésio Nolli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.004293-5, DE ITAJAÍ**Relator: Des. Jorge Mussi**

Falsificação de documento privado — Acusação fundada em fotocópia — Necessidade de autenticação, por quem detenha fé pública — Inobservância do descrito no art. 232, parágrafo único, do CPP — Falta de prova da materialidade delitiva — Absolvição quanto a esta conduta típica que se impõe — Exegese do art. 386, IV, do CPP.

Estatuto da criança e do adolescente — Promessa de entrega de filho mediante recompensa — Mãe que declara a intenção de entregar seu bebê, ainda em gestação, a terceiros em adoção — Ausência de expectativa de retribuição financeira — Religiosas que, na qualidade de diretora e vice-diretora de hospital e maternidade, e atendente de enfermagem, apenas socorreram moral e financeiramente a gestante necessitada — Ato que cingiu-se à mera caridade — Elementos probatórios que demonstram a falta do dolo específico exigível para a configuração do crime, tanto na conduta da mãe quanto na das demais acusadas — Absolvição que se impõe — Manutenção da absolvição do casal interessado na adoção que se faz devida — Exegese do inciso CPP.

Recurso defensivo provido e ministerial improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.004293-5, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que são apelantes R. de S., Nadir de Abreu, Sandra Pedrinha Zanotto, Adelina de Souza e a Justiça Pública por seu Promotor, sendo apelados Valdomiro Evangelista e Magali Aparecida Zanotto Evangelista:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso da defesa para: a) com fundamento no art. 386, IV, do CPP, absolver Nadir, Sandra, Adelina e R. do crime do art. 299 do CP, e b) com supedâneo no art. 386, III, do CPP, absolvê-las quanto aos delitos do

art. 238, caput, e seu parágrafo único, do ECA; negar provimento ao recurso ministerial, para manter a absolvição de Magali e Valdomiro, mas com fundamento no art. 386, III, do CPP.

Custas legais.

1 — Na comarca de Itajaí (1ª Vara Criminal), R. DE S. foi denunciada como incurso nas sanções do art. 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente e art. 299 do Código Penal, c/c art. 29 do Estatuto Repressivo, e em concurso material (art. 69 do CP); e Nadir De Abreu, de nome religioso "Irmã Geovana", Sandra Pedrinha Zanotto, conhecida por "Irmã Sandra", Adelina de Souza, Valdomiro Evangelista e Magali Aparecida Zanotto

Evangelista, nas sanções do art. 238, parágrafo único, da Lei n. 8.069/90, e art. 299 do Código Penal, c/c arts. 29 e 69, ambos deste último Diploma Legal, pelos fatos assim narrados na exordial acusatória de fls. 2/5:

“Consta do caderno indiciário que R. de S. possuía relacionamento concubinário com E. G. e, devido à ocorrência de sua gravidez, ambos acabaram se separando de fato, pois este não concordava com o nascimento da criança.

“Em razão de sua situação financeira precária, a qual impossibilitaria a perfeita criação do filho que estava gerando, fator este que não justifica sua atitude, R. de S., quando estava entre o quinto e o sexto mês de gravidez (entre outubro e novembro de 1997), se dirigiu ao Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen, sito nesta Cidade e Comarca, manifestando sua intenção de entregar a criança para terceiro.

“Lá chegando, foi levada por uma atendente à Diretora do Hospital Nadir de Abreu, também conhecida como ‘Irmã Geovana’, que, diante da promessa realizada por R. de S., comprometeu-se que encaminharia a criança a uma família.

“Nesta ocasião já restou entabulado que R. DE S. seria recompensada por sua promessa, tanto que a partir daquele período de gestação passou a receber, mensalmente, a quantia de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) para ajudar no custeio do aluguel de uma residência adequada para morar e de eventuais despesas médicas, ainda recebendo regularmente alimentação adequada para gestante, tudo no intuito de gerar uma

criança saudável. Estes valores e os bens que recebia eram pagos pelo casal que iria ficar com o ser indefeso que estava sendo gerado.

“Os pagamentos eram repassados por Nadir de Abreu e Sandra Pedrinha Zanotto, também conhecida como ‘Irmã Sandra’, sendo esta também responsável pela entrega dos alimentos, juntamente com Adelina de Souza, as quais em tudo concorreram para a perfeita perpetração dos crimes.

“E tanto é verdade que a criança iria ser entregue para o casal Valdomiro Evangelista e Magali Aparecida Zanotto Evangelista, sendo esta irmã de Sandra Pedrinha Zanotto, que possuiu efetiva participação nos delitos, vez que foi responsável pelo encontro de um casal que concordasse com a forma criminosa com que seria alterada a paternidade.

“Já no oitavo mês da gravidez R. de S. recebeu a quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais), tendo também recebido de Nadir de Abreu um documento onde constavam os nomes de Valdomiro Evangelista e Magali Aparecida Zanotto Evangelista, sendo devidamente instruída que no dia da internação deveria falsamente se apresentar com este nome feminino, indicando que o pai da criança possuía o nome do varão acima citado.

“Foi assim que no dia 3 de fevereiro de 1998, ao preencher a Ficha de Internação de Pacientes (fl. 14), R. de S. declarou se chamar Magali Aparecida Zanotto Evangelista e que o pai da criança se chamava Valdomiro Evangelista, fazendo inserir declaração falsa em documento particular, com o fim de alterar a verdade sobre

fato juridicamente relevante, ou seja, a paternidade de seu filho.

“Neste mesmo documento, Adelina de Souza constou como sendo tia da gestante e responsável pelo seu internamento, emprestando seu endereço como se fosse o de Magali Aparecida Zanotto Evangelista, nome falsamente utilizado por R. de S., a mando de Nadir de Abreu.

“R. de S., embora não possuísse condições para tanto, foi internada sob contrato de ‘Pacote Especial’, situação em que o paciente fica responsável pelo pagamento do valor da internação, fato que bem demonstra o tratamento diferenciado que recebeu e a completa intermediação da criança por parte das três agentes do Hospital, do casal a ser favorecido e dela própria.

“Após dar à luz a um menino, que recebeu posteriormente o nome de G. de S., foi confeccionada a Declaração de Nascido Vivo n. 27090152 (fl. 15), fato que propiciaria ao casal Valdomiro Evangelista e Magali Aparecida Zanotto Evangelista o registro da criança em seu nome, como seguramente pretendiam e pagavam para tanto.

“No dia do parto, para bem caracterizar a paga e a recompensa, a mãe de R. DE S. ainda recebeu das mãos de Sandra Pedrinha Zanotto a importância de R\$ 300,00 (trezentos reais). Durante o período em que R. de S. esteve internada, sempre esteve acompanhada de Adelina de Souza, cuja missão era impedir que ela ‘pensasse bobagens’, propiciando a descoberta das ações criminosas”.

Concluída a instrução criminal, foi julgada procedente em parte a de-

núncia, para: a) absolver Valdomiro Evangelista e Magali Aparecida Zanotto Evangelista, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, das imputações contra eles assestadas; b) condenar R. de S. à pena de 1 (um) ano de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por violação ao art. 238 da Lei n. 8.069/90, e a 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 299 do Código Penal, totalizando, em virtude do concurso material, 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumpridos em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo legal vigente à época dos fatos, sendo a reprimenda privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, impondo-se à condenada, durante o lapso de 2 anos, a proibição de frequentar determinados locais e, durante o mesmo prazo, na razão de duas horas semanais, a prestação de serviços comunitários, com base no artigo 44, incisos I, II e III, e § 2º, do CP; c) condenar Nadir de Abreu, Sandra Pedrinha Zanotto e Adelina de Souza, cada uma à pena de 1 (um) ano de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por violação ao art. 238, parágrafo único, da Lei n. 8.069/90, e a 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, por infração ao art. 299 do Código Penal, totalizando, em virtude do concurso material, 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor acima referido, sendo a reprimenda privativa de liberdade substituída por prestação pecuniária, no valor de 20 (vinte) salários mínimos, a ser destinados à Creche Divino Espírito

Santo, e pela prestação, durante o lapso de 2 anos, na razão de duas horas semanais, de serviços à APAE de Itajaí. Não sendo cumpridas as restritivas de direitos impostas, e militando em favor das condenadas as condições dos artigos 77, I, II e III, do Código Penal, e 156 da Lei de Execução Penal, foi concedido às sentenciadas o benefício do *sursis*, pelo prazo de 2 (dois) anos, mediante as condições previstas no artigo 78, §§ 1º e 2º, do Código Penal.

Inconformados com a prestação jurisdicional entregue, Nadir de Abreu, Sandra Pedrinha Zanotto, Adelina de Souza e o Ministério Público recorreram, tempestivamente e com fundamento no art. 593, inciso I, do Código de Processo Penal, requerendo, as condenadas, apresentar as razões do apelo nesta Instância, de acordo com o § 4º do artigo 600 do mesmo estatuto processual.

O Órgão Ministerial, em suas razões, requereu a adequação das horas fixadas para o cumprimento da prestação de serviços à comunidade, estipulada aquém do mínimo previsto no § 3º do artigo 46 do Código Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.714/98. Pugnou, outrossim, pela condenação dos denunciados absolvidos, sob o argumento de que há provas suficientes para embasar a prolação de um edito repressivo contra eles.

Também irredignada com a decisão proferida, R. de S. recorreu, a tempo e modo, com fulcro no art. 593, inciso I, do Código de Processo Penal, postulando pela reforma do *decisum*, apenas para ver-se absolvida do crime de falsificação em que restou

condenada, alegando que não teria agido com dolo na espécie.

Contra-arrazoado o recurso do Parquet a quo e o apelo da sentenciada, os autos ascenderam a este grau de jurisdição.

Aberto o prazo legal, a defesa de Nadir, Sandra e Adelina apresentou os motivos do inconformismo, em que pugnam pelas suas absolvições, sob o sustentáculo, no que diz respeito ao tipo penal previsto no art. 238, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, de que não há nos autos provas suficientes para ensejar um decreto condenatório e que as suas condutas não se coadunam ao tipo penal descrito, posto que se limitaram a prestar auxílio humanitário à gestante desamparada e de que não existiu qualquer transação mediante paga ou recompensa. Com relação à falsidade ideológica, requereram também a absolvição, arguindo a falta de autenticação nas fotocópias dos documentos acoimados de falsos, bem como de não terem, Nadir e Sandra, inscrito qualquer escrito no formulário em questão, e de ter Adelina o feito por ser pessoa simples e desinformada, não sendo tais fatos motivos suficientes para condená-las no delito de falsidade, haja vista principalmente a ausência de dolo. Caso persista a condenação, pleiteiam seja-lhes aplicada a suspensão condicional da reprimenda e com apenas uma das condições enumeradas nas alíneas a, b ou c do § 2º do art. 78 do CP. Em não sendo atendida a alternativa anterior, objetivam, com fundamento no art. 148 da Lei de Execuções Penais e art. 46, § 2º, do Código Penal, exercerem no próprio Hospital e Maternidade Ma-

rieta Konder Bornhausen os serviços à comunidade que lhe foram impostos, mais condizente com suas aptidões.

Rebatido o inconformismo destas apenadas, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento das apelações defensivas e pelo provimento parcial do recurso interposto pelo Órgão do Ministério Público, somente para adequar as penas de prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, impostas às condenadas, ao disposto no art. 46, § 3º, do CP.

É o relatório.

2 — Inicialmente, com razão a defesa de Nadir, Sandra e Adeline, quando alega a imprestabilidade do documento de fl. 20 — Ficha de Internação de Paciente — para comprovar a materialidade do crime de falsidade ideológica.

É que lhe falta o valor probante legal, nos moldes do estabelecido no art. 232, parágrafo único, do Código de Processo Penal, o qual dispõe que: "A fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original".

Ensina o mestre E. Magalhães Noronha:

"Documento original é o escrito, lavrado etc., sobre o ato ou o fato em questão; é o documento em sua forma genuína, o escrito em que, de origem, se lançou o ato'. A cópia é a reprodução dele (...) Cópia é ainda a fotografia do documento, a fotocópia, a que, desde que devidamente autenticada, o parágrafo único, art. 232, dá o valor que tem o original" (Curso de Processo Penal, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 128).

E continuando, ressalta:

"Requisitos indispensáveis do documento são a verdade e a autenticidade. 'Consiste a verdade na existência real do que no instrumento se contém, se relata e se expõe; a sua autenticidade, na certeza legal de ser emanado da pessoa a quem é atribuído'" (ob. cit., pág. 131).

Do ensinamento retrocolacionado não discrepa Tourinho Filho, que na obra Processo Penal, 11ª ed., volume 3, pág. 308, disserta que "no documento o que importa é a autenticidade", daí por que o artigo suso referido enuncia o valor da fotocópia autenticada.

Também nesta linha de pensamento, Walter P. Acosta ensina: "Não somente o original do documento, mas também sua fotografia (fotocópia, xerox ou similar), desde que devidamente autenticada, valerá como tal" (Processo Penal, 18ª ed., pág. 254).

Damásio E. de Jesus, no livro Direito Penal, Parte Especial, 2ª ed., volume 4, pág. 41, lembra: "As cópias não autenticadas (fotocópias, xerox) no plano criminal não são considerados documentos".

Por outro lado, ressalta-se que nos processos que apuram a prática do delito em questão — falsidade ideológica —, essencial para a sua configuração é o documento, público ou particular, no qual se omitiu declaração que nele devia constar ou se inseriu ou fez inserir declaração falsa ou diversa daquela que deveria estar consignada, tudo com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, ou cópia dele, ressaltando-se que a fotocópia só terá valor probante

se apropriadamente autenticada; só assim poderia ser considerada documento hábil a servir de objeto à instauração da ação penal e fundamento de possível condenação futura pelo delito tipificado no art. 299 do Código Penal.

E o direito processual penal, quando se refere à autenticidade dos documentos, busca respaldo subsidiariamente no Código de Processo Civil (*ubi idem ratio, ubi idem jus*), o qual preceitua a necessidade de autenticação por quem detenha fé pública, ou seja, por oficial público ou conferidas em cartório.

Seguindo essa orientação:

“Prova — Documento — Fotocópia anexada aos autos sem a devida autenticação por quem detenha fé pública — Desvalia para o reconhecimento do corpo de delito — Inteligência e aplicação do art. 232, parágrafo único, do CPP.

“Na falta do original, a fotografia do documento (fotocópia, xerox etc.), inclusive de cheques, só terá valor probante se estiver autenticada, obviamente por quem detenha fé pública, como prescreve o art. 232, parágrafo único, do CPP” (RT 651/265).

Mais rigorosamente, já se decidiu:

“Agravado de instrumento — Não conhecimento — Fotocópia sem a devida autenticação — Mero carimbo com os dizeres ‘confere com o original’ — Art. 365/CPC, III — Art. 384/CPC.

“Agravado de instrumento. Petição instruída com fotocópias. Carimbos contendo unicamente os dizeres ‘confere com o original’ apostos no

verso em branco de folhas escritas no anverso. Autenticação. Desvalimento. Recurso inadmitido. Agravo regimental improvido. Na formação do agravo de instrumento, as cópias reprográficas das peças necessárias-obrigatórias e facultativas devem estar validamente autenticadas. Não atende as disposições dos artigos 365, III, e 384 do CPC, carimbo lançado no verso em branco de reprodução fotostática de um escrito contendo unicamente os dizeres ‘confere com o original’ sem qualquer menção ao documento a que se refere” (Tribunal de Alçada do Paraná, Agravo n. 0105547-0/01, de Curitiba, 8ª Câmara Cível, rel.: Juiz Rafael Augusto Cassetari, j. em 30/6/97, publ. no DJEPR, em 22/8/97, pág. 78).

Por fim, desta colenda Segunda Câmara Criminal:

“No processo penal, a fotocópia de documento indicativo da materialidade do delito, somente tem valor probante quando estiver devidamente autenticada por quem detenha fé pública. Caso contrário, não tem serventia para arrimar um decreto condenatório” (Ap. Crim. n. 99.007118-9, de Ituporanga, rel. Des. José Roberge, j. em 8/6/99).

E, no caso, todos os documentos particulares recolhidos na Maternidade Marieta Konder Bornhausen, dentre eles o de fl. 20 — Ficha de Internação de Pacientes — e o de fl. 21 — Declaração de Nascido Vivo — são cópias sem autenticação, ou seja, sem valor probatório.

Dessa forma, inexistindo, quanto a este ilícito, comprovação material dos fatos imputados às apelantes, ante a ausência de documento hábil a comprovar a falsidade ideológica em

que foram Nadir, Sandra, Adelina e R. condenadas, a melhor solução é a absolvição, escorada no art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal, prejudicado o exame do recurso de R., em que pretendia ver-se absolvida tão-somente desse delito, ao argumento de que não se havia conduzido com dolo específico.

3 — Quanto ao delito descrito no art. 238, e seu parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, imputado à Nadir, Sandra, Adelina e R., há que se esclarecer o seguinte: Pune o artigo 238, e seu parágrafo único, do ECA tanto aquele ou aquela que “promete ou efetiva a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa”, como quem “oferece ou efetiva a paga ou promessa de recompensa”, em razão dessa promessa ou da efetiva entrega.

Sobre o tipo penal em análise, traz-se à colação esclarecedor artigo de Maria Auxiliadora Minahim, da Universidade Federal da Bahia, parte integrante da obra Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado — Comentários Jurídicos e Sociais — Coordenado por Munir Cury, Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio Garcia Mendez:

“O Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 238, cria uma nova modalidade de entrega de filho menor a pessoa inidônea, esta prevista no art. 245 do CP. Distingue-se a nova figura, no entanto, por dispensar circunstância elementar daquele tipo — pessoa em cuja companhia saiba o agente ou deva saber que o menor fica moralmente em perigo — para reprovar, na conduta, a motivação que lhe deu causa: paga ou promessa de

recompensa. O resultado superveniente, situação mais ou menos proveitosa para o menor, não importa para a consumação do tipo, já que, no particular, a censura legal é feita em razão da turbação do exercício da tutela ou do pátrio-poder.

“A expressão ‘mediante paga ou recompensa’ está a indicar a existência de um elemento subjetivo do tipo, um especial fim de agir: a expectativa de retribuição. A redação do artigo, todavia, deixa a desejar, porque a paga ou recompensa, sendo a razão de ser da conduta, a força subjetiva que a move, deveria ter sido expressa de maneira diferente, para que não se deixasse dúvida sobre se a reprovação recai sobre o meio (como deixa entrever o termo) ou sobre o fim.

“A recompensa a que se refere o legislador não deve ser confundida com paga, o que tornaria o texto redundante. A palavra tem um sentido mais amplo, querendo significar qualquer recompensa, patrimonial ou não, devida ou indevida, uma vez que a reprovação existe pelo aviltamento do exercício do pátrio-poder ou da tutela.

“As duas condutas previstas situam-se em progressão criminosa, de forma que a promessa de entrega não constitui tentativa de efetivação, mas execução do tipo. A entrega da criança ou do adolescente, embora viole mais gravemente a ordem jurídica, não se configurará sob forma de concurso com a promessa, cabendo ao juiz, no momento de aplicação da pena, aplicá-la na quantidade suficiente para a reprovação da transgressão.

“O parágrafo único incrimina a conduta da pessoa que oferece ou efetiva paga ou recompensa. Não há,

desta forma, concurso entre a ação desta e daquele que promete ou efetiva a entrega do filho ou pupilo na expectativa de concretização do oferecimento, que afinal pode não ocorrer, sendo indiferente para a configuração do delito. Ocorre, aqui, situação assemelhada à da corrupção passiva, art. 217, e da corrupção ativa, art. 233, ambos do CP" (3ª ed., Malheiros, SP, 2000, págs. 771/2).

Segundo a doutrina, a norma penal em questão veio para proteger "a família e a regularidade do exercício do pátrio poder" (Wilson Donizeti Liberati, Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, 4ª ed., 2ª tiragem, Malheiros, SP, 1999, pág. 226 — destacamos).

E, quanto ao tipo objetivo, esclarece o citado autor que "o crime prevê dois núcleos distintos: 'prometer' a entrega de filho ou pupilo ou 'efetivar' a entrega. 'Prometer' é obrigá-lo a fazer alguma coisa, que pode ser por 'escrito' ou 'verbalmente'. O outro núcleo 'efetivar' significa 'tornar efetivo', 'realizar', 'efetuar'.

"As ações 'prometer' e 'efetivar' vêm acompanhadas do elemento determinante do injusto: 'mediante paga ou recompensa'.

"O parágrafo único do art. 238 traz outros núcleos: 'oferecer' e 'efetivar' o pagamento ou recompensa. O tipo penal quer atingir outra pessoa que não os pais biológicos. Alcança terceira pessoa interessada em obter a criança para si. Aquele que intermedia a ação incorre nas mesmas penas" (ob. cit., págs. 226/7, o grifo é nosso).

Continuando na lição, disserta acerca do tipo subjetivo do delito sub

examine, veja-se: "trata o art. 238 de crime doloso, em que o elemento subjetivo é a vontade livre e consciente de praticar qualquer das condutas típicas: prometer ou efetivar a entrega de criança ou adolescente e oferecer ou efetivar o pagamento ou recompensa. Exige-se o dolo específico, ou seja, obter vantagem pecuniária com a promessa de efetiva entrega da criança ou adolescente a terceiro" (ob. cit., pág. 227 — grifamos).

Conclui-se, sem maiores dificuldades, que para a consumação do crime descrito no caput do artigo 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente, basta a simples promessa de entrega do filho ou pupilo, mas com o fito de receber paga ou recompensa, independentemente do efetivo recebimento da vantagem ou da efetiva entrega da criança. Cuida-se de crime formal.

Já no que toca ao parágrafo único do art. 238 do ECA, consuma-se o delito tanto com a mera oferta de recompensa, como quando há a efetiva paga ou recompensa, independentemente da entrega da criança. Nessa hipótese, não se exige qualquer intenção de lucro. Também não se leva em conta se a criança, com a entrega, ficou em melhores condições do que se com a verdadeira mãe estivesse, bem como se a vontade da gestante era esta, independentemente da recompensa, pois trata-se a espécie também de crime formal, bastando, para a sua consumação, a promessa de entrega por parte da mãe, pai ou responsável, e a mera proposta de vantagem em razão desse ato, por terceiro.

E, na hipótese dos autos, não foi isso que ocorreu.

3.1 — Desponta que R. de S., solteira, com então 20 anos de idade e grávida de 4 ou 5 meses, por ter sido abandonada pelo seu então companheiro e pai do bebê que esperava, e por não ter condições de arcar com as despesas de mais uma criança (já tinha uma menina de um primeiro relacionamento), resolveu entregar seu filho, ainda em gestação, à adoção, tendo, a conselho de sua mãe e sua irmã, se dirigido à Maternidade Marieta Konder Bornhausen (Declarações de R. DE S. — fls. 12/13), nosocômio administrado pelo “Instituto das Pequenas Missionárias de Maria Imaculada” (entidade beneficente de fins filantrópicos), documentos de fls. 365/377.

Chegando lá, “munida de uma carta por ela mesma escrita, na qual declinava a intenção de, quando do nascimento da criança, deixá-la na maternidade” (R. de S. — fl. 12) para posterior adoção, foi recebida por uma atendente, a quem anunciou a sua intenção, sendo em seguida encaminhada à presença de Nadir, conhecida religiosamente como “Irmã Geovana”, Diretora-Geral (Administrativa) do Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen, que lhe disse que poderia deixar o bebê na Maternidade, assim que nascesse, o qual seria por ela, Nadir, encaminhado a uma família substituta.

No mesmo dia, diz R. que teve atendimento médico, recebeu diversos remédios e vitaminas e a importância de R\$ 100,00, sendo que a partir do 5º ou 6º mês de gravidez passou a receber R\$ 150,00 por mês, “para cobrir despesas com aluguel e eventual atendimento médico, bem como alimentação” (R. — fl. 12). Esclareceu ainda que todos os pagamentos eram

feitos em espécie ou por Nadir ou por Sandra, conhecida por “Irmã Sandra”, Vice-Diretora-Geral e Chefe da Equipe de Enfermagem do referido Hospital.

Exsurge, ainda, da farta prova oral produzida, que, quando R. encontrava-se no 8º mês de gestação, recebeu mais R\$ 200,00, que teve as despesas de parto pagas pelas freiras que dirigiam o Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen, Nadir e Sandra, e que na tarde em que deu à luz ao menino, sua mãe, L. V. S., recebeu mais R\$ 300,00 em espécie, de Nadir.

Não obstante as quantias que R. de S. recebeu das irmãs, não se vislumbra, em sua atitude de procurar as demais acusadas, religiosas, que assim tivesse agido com a expectativa de receber alguma retribuição pecuniária por seu gesto, ou seja, que objetivava “vender-lhes” o seu bebê, ainda em gestação.

Os elementos coletados levam a crer que essa mãe, de situação econômica deveras precária, vendo-se abandonada por seu companheiro e por sua família, foi socorrer-se na Direção Administrativa do Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen, declarando inclusive que pretendia abortar a criança, pois não tinha condições de sustentar mais um filho.

Bem verdade que disse às irmãs que lhes entregaria sua criança, assim que nascesse, porém, assim agiu para que seu filho fosse encaminhado a uma família que tivesse condições de criá-lo condignamente, isto é, visava unicamente ao bem-estar do menor, e não obter qualquer vanta-

gem pecuniária com a promessa de efetiva entrega da criança a terceiro.

E, como dito, o crime em questão é punido apenas a título de dolo, específico no caso, consistente em prometer a entrega ou entregar filho visando com isso à retribuição pecuniária, elemento subjetivo que não se verifica na conduta de R. de S., razão pela qual deve ser absolvida, com fundamento no art. 386, VI, do CPP.

3.2 — No que toca ao delicto descrito no parágrafo único do citado art. 238 do ECA, atribuído à Nadir, Sandra e à Adelina, o elenco de provas traz elementos de que atuaram imbuídas de sentimento nobre quando ajudaram moral e financeiramente a gestante.

Em Juízo, Nadir disse que conheceu R. quando esta estava no 4º ou 5º mês de gravidez, quando foi ao Hospital pedir-lhe ajuda, sendo que logo de início ela teria dito que desejava entregar a criança. Confirmou que passou a pagar-lhe R\$ 150,00 por mês, sendo R\$ 100,00 para o aluguel e o restante para despesas com remédios e alimentação. Asseverou que “a ajuda nunca objetivou especificamente gratificar R. de S. como forma de assegurar o compromisso dela de entregar o filho”, sendo sim uma ajuda “como tantas outras feitas pela deponente enquanto diretora do Hospital” (fl. 204v.), o que é confirmado pela testemunha Lírio Eing, médico, que afirma que é comum as freiras ajudarem pessoas carentes (fl. 296v.).

Na seqüência, Nadir, corroborando as palavras de R., disse que realmente efetuou-lhe o pagamento de R\$ 200,00 quando esta se encontrava no 8º mês de gravidez. Assegurou ainda

que foi ela, Nadir, quem efetuou o pagamento da internação da parturiente no regime de “pacote especial” (fl. 27), que inclui os honorários do médico obstetra, do pediatra e as despesas com o quarto, mas que tal foi apenas para ajudá-la, salientando que sempre agiu com essa intenção.

Sandra, por seu turno, ouvida tanto na fase investigatória (fls. 82/84) quanto na fase do contraditório (fls. 206/207), relatou que é irmã de Magali Aparecida Zanotto Evangelista, esposa de Valdomiro Evangelista, casal residente em Borborema/São Paulo e que desejava adotar outra criança de R., para fazer companhia à menina que já possuíam, adotada legalmente, sendo que foi a responsável pela entrega à R. do papel contendo o nome de Magali e de Valdomiro. Disse também que a jovem mãe somente foi internada no “pacote especial” por concessão de Nadir de Abreu, e para que recebesse melhor atenção dos médicos de plantão. Aduziu, por fim, que Adelina somente ficou no quarto junto com a parturiente para dar-lhe atenção especial (fl. 207). Declarou também que deu remédios, alimentos e roupas à R., após avaliação médica, por ela entregues na casa de R., e que sempre agiu visando unicamente a salvar a vida do bebê.

A outra acusada, Adelina de Souza, auxiliar de enfermagem, narrou que conheceu R. cerca de dois meses antes do parto, quando foi levar-lhe alimentos, a pedido da Irmã Sandra, e que teria ficado em companhia da jovem mãe no dia do parto a pedido da Irmã Sandra; reconheceu seu erro, ao internar R. como se Magali fosse, e ao indicar seu endereço como o da residência desta, assim co-

mo ao ter consignado no referido documento que era tia e a responsável pela parturiente, quando não o era, sendo que assim agiu acreditando que isso “foi feito para facilitar a adoção e para o bem-estar da criança” (fl. 61).

Quando interrogada, confirmou que já havia estado por duas vezes na casa de R., acompanhando a irmã Sandra, no intuito de levar alimentos, roupas e remédios à gestante. Sustentou que foi Nadir quem determinou que R. fosse internada no regime de “pacote especial” e quem lhe entregou R\$ 300,00 para serem repassados à parturiente. Reafirmou que assim agiu apenas para ajudar.

Ora, são seguidas as declarações das freiras e da ajudante de enfermagem no sentido de que teriam agido caridosamente, no intuito de ajudar mãe e nascituro desamparados, isto é, sem o dolo específico exigido para a configuração do delito descrito no parágrafo único do art. 238 do ECA.

E dos autos emerge realmente que a intenção das religiosas, pessoas diferenciadas até pela índole cristã que as anima, e da atendente de enfermagem, era mesmo social ou humanitária, pois quando ajudaram moral e financeiramente a gestante de precárias condições físicas e materiais (Declarações de fl. 293v.), assim o fizeram por caridade, que no vocabulário cristão significa “o amor que move a vontade à busca efetiva do bem de outrem e procura identificar-se com o amor de Deus” (Dicionário Aurélio — 2000), ou seja, atuaram por compaixão àquela jovem e condoídas pela penúria pela qual esta passava.

Crime algum cometeram, posto que apenas socorreram, nobremente, a gestante e o bebê que estava por nascer, pouco importando de onde provinham os recursos que utilizaram para tanto, se pessoais ou do Hospital que conduziam.

Sequer o fato de que teriam “escolhido” uma família para ficar com a criança, coincidentemente a família da irmã de Sandra, que já havia manifestado a intenção de adotar outro filho, pois já tinham uma menina adotada pelas vias judiciais, não é de molde a justificar seus enquadramentos no parágrafo único do art. 238 do ECA, que exige, como ressaltado, que a promessa de entrega seja precedida da oferta de recompensa ou que o ato de prometer a entrega seja efetivamente retribuído financeiramente, o que não ocorreu na espécie sub examine.

Dessa forma, impõe-se a absolvição de Nadir, Sandra e Adelina, pela violação ao tipo descrito no art. 238, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

4 — Por derradeiro, não há como se dar provimento ao recurso ministerial, quando almeja a condenação de Magali e de seu esposo, Valdomiro, primeiramente porquanto a ajuda financeira entregue à jovem R. deu-se caridosamente e não na forma de recompensa pela entrega de seu bebê à adoção, e segundo porque, mesmo que assim não fosse, dos autos não exsurgem elementos que indiquem seriam eles quem repassavam a quantia entregue à gestante.

Vê-se que Magali, quando inquirida pela autoridade policial federal de Itajaí, disse que “havia comentado

com a Irmã Sandra de que gostaria de adotar outra criança; tendo passado algum tempo, Sandra fez contato com a declarante dizendo que havia uma criança para ser adotada; que a declarante demonstrou interesse (...)” (fl. 52).

Em Juízo, esclareceu que pretendia e ainda pretende adotar uma criança, independentemente do sexo, e que em janeiro de 1998 teria recebido um telefonema de sua irmã, Sandra, “anunciando que iria nascer uma criança, cuja mãe pretendia dá-la em adoção; que a interroganda e seu marido jamais deram qualquer importância para que se concretizasse a entrega da criança indicada no presente processo; que a interroganda sempre imaginou que tudo seria feito pelas vias legais, como na adoção anterior, pois jamais pretendeu ou pretende alguma coisa errada” (fl. 210v.).

Valdomiro, marido de Magali, na fase judicial, também declarou que Sandra tinha ciência do interesse seu e de sua mulher em adotar outra criança, e que sabia, desde janeiro de 1998, por informação de Sandra, da existência de um menino, que estava por nascer, mas que “segundo a informação dela” (Sandra) “a adoção seria legal, através do Fórum” e que “jamais remeteu ou pagou dinheiro, seja um centavo sequer, para a mãe da criança que iria nascer; que nem conhecia essa mulher; que jamais foi dito para o interrogando que a adoção do menino seria diferente daquela feita anteriormente pelas vias legais” (fl. 209v.).

Juntando-se à veemente afirmação do casal paulista no sentido de que jamais teriam repassado qualquer valor à gestante ou às acusadas Nadir

ou Sandra, a fim de que transferissem-no à R., tem-se que, ordenada judicialmente a quebra do sigilo bancário destes apelados, não se revelou nenhum depósito efetuado por estes em contas ou do Hospital ou das acusadas ou mesmo de R. (fls. 427/581), pelo que outra solução não resta senão manter as suas absolvições, não com fundamento no inciso VI, como procedido no decisum, mas com supedâneo no inciso III do art. 386 do CPP, adequação que se faz de ofício, posto que perfeitamente possível o reformatio in melius em recurso aforado pela acusação.

Esta é a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho, que comenta, não obstante “o rigor lógico do raciocínio, o art. 617 do CPP torna claro que o apelo do Ministério Público devolve, integralmente, ao juízo ad quem o conhecimento do thema decidendu. É que naquele dispositivo, não há nenhuma proibição à reformatio in melius” (Processo Penal, São Paulo: Saraiva, vol. 4, 1992, pág. 322).

6 — Diante de todo exposto, a Câmara conhece dos recursos interpostos, dando provimento ao da defesa para: a) com fundamento no art. 386, IV, do CPP, absolver Nadir, Sandra, Adelina e R. do crime do art. 299 do CP, e b) com supedâneo no art. 386, III, do CPP, absolvê-las quanto aos delitos do art. 238, caput, e seu parágrafo único, do ECA; e negando provimento ao recurso ministerial, para manter a absolvição de Magali e Valdomiro, mas com fundamento no art. 386, III, do CPP.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Tor-

res Marques, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

*Jorge Mussi,
Presidente e Relator.*

Florianópolis, 15 de maio de 2001.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.005118-4, DA CAPITAL

Relator: Des. Jorge Mussi

Processual penal — Nulidade — Interrogatório realizado em desacordo com o disposto nos arts. 188 e 190 do CPP — Perquirição que não se procedeu de modo a conduzir à elucidação dos antecedentes e das circunstâncias do crime — Ato que, além de meio de prova, é meio de defesa — Cerceamento caracterizado — Eiva acolhida — Recurso defensivo provido para anular o processo a partir do interrogatório, inclusive.

O interrogatório — meio de prova e defesa — é ato de suma relevância para apuração da verdade real, especialmente quando o agente confessa a autoria delitiva, razão por que, a teor do disposto nos arts. 188 e 190 do CPP, deve o réu ser indagado no tocante aos fatos antecedentes e quanto às circunstâncias da ação criminosa, que exercem importante influência no veredicto final, bem como na graduação da pena. Não se procedendo nesses moldes, estará evidenciado o cerceamento, em virtude do prejuízo e da afronta ao direito constitucional garantista da ampla defesa, causando a nulidade absoluta do ato.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.005118-4, da comarca da Capital (2ª Vara), em que é apelante Ademir Pereira de Moraes e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para anular o processo a partir do interrogatório, inclusive, por cerceamento de defesa.

Custas legais.

1 — Na comarca da Capital (2ª Vara Criminal), o Ministério Público ofereceu denúncia contra Ademir Pereira de Moraes, por infração ao art. 155, caput (duas vezes), art. 155, § 1º, e art. 155, caput, c/c art. 14, inciso II (duas vezes), do Código Penal, todos em conformidade com o art. 71 do mesmo Diploma Legal, porque, consoante se infere da exordial acusatória de fls. 2/4:

"(...) na data de 7/9/1999, durante o período noturno, Ademir Pereira de Moraes, aproveitando-se do horário propício, efetuou diversos delitos na região da Lagoa da Conceição, tendo como vítimas de seus atos cinco pessoas, como a seguir descrito.

"Primeiramente abriu o veículo de Carlos Alberto de Assis da Silva, que se encontrava em frente à Pousada Tarumã, onde então residia a vítima, de lá subtraindo a carteira de identidade de Carlos Alberto (RG n. 04654824-4), um talão de cheques do Banco Itaú e um canivete suíço, cor vermelha (Auto de Exibição e Apreensão, fl. 9).

"Na seqüência, dirigiu-se para a residência de Marlete Meinel Broering, localizada próxima à Pousada Tarumã, e enquanto esta dormia, adentrou na residência por uma das janelas, subtraindo uma mochila de marca 'Nike'; um óculos de sol e uma bicicleta de dezoito marchas de marca Caloi, de cor roxa.

"Em seguida, próximo das 6h30min da manhã, levou consigo uma bicicleta cinza de vinte e uma marchas, com computador do guidom, também da marca Caloi, propriedade de Mariuza Maria Pires, que o filho desta havia deixado ao lado da casa há cerca de cinco minutos. Na residência ao lado, foi encontrada a bicicleta levada da casa de Marlete momentos antes, indicando que o denunciado a abandonou por ter encontrado outra melhor.

"Às 7h15min, naquela mesma localidade do Canto da Lagoa, neste Município e Comarca, da residência de Sandro Manoel Furtado, o denunciado assenhoreou-se de um par de

tênis. Entretanto, quando pretendia deixar o local já com o calçado nas mãos, foi surpreendido pelo proprietário da casa, que o impediu de alcançar seu desiderato. Conseguiu fugir, porém abandonou a bicicleta furtada de Mariuza e a mochila de Marlete, com os documentos de Carlos Alberto em seu interior.

"Por fim, Ademir dirigiu-se à residência de Éric Daniel de Francisco, entrou por uma janela, e já estava mexendo nos pertences do proprietário, inclusive tendo colocado uma mochila do lado de fora, indicando que a levaria, quando foi surpreendido por este. Mais uma vez frustrado em seus objetivos, pôs-se em fuga, sendo perseguido e capturado por Éric e seus vizinhos, que avisaram a polícia.

"Conduzido até a Delegacia por Orli Arnaldo Martins e Leonardo Barcelos dos Santos, lá foi reconhecido por Sandro Manoel Furtado como sendo o mesmo rapaz que havia flagrado em sua residência, tentando levar o tênis".

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada parcialmente procedente, para condenar o acusado Ademir Pereira de Moraes ao cumprimento da pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, sendo-lhe concedido sursis pelo período de 2 (dois) anos, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, na forma disposta no art. 72 do Código Penal, por infração ao art. 155, caput (por três vezes), e art. 155, caput, c/c art. 14, inciso II (por duas vezes), também do Estatuto Repressivo.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, recorreu, de próprio punho e por sua defensora, re-

querendo a desclassificação dos delitos consumados para a forma tentada, uma vez que os objetos que levava não saíram do alcance de suas vítimas e ter sido interrogado de forma bastante sucinta, postulando, ainda, a concessão do perdão judicial.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta Superior Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e improvemento do recurso.

É o relatório.

2 — Com razão o inconformismo quando alega que ao apelante não foi dada “muita chance” ao ser ouvido perante a autoridade judicial, ao argumento de que o ato foi realizado de forma bastante sucinta, caracterizando cerceamento de defesa, pelo que merece provido o recurso para anular o processo a partir do interrogatório, inclusive.

O acusado foi denunciado pelo cometimento dos delitos de: a) furto simples no tocante à carteira de identidade, talão de cheques e um canivete de propriedade da vítima Carlos Alberto de Assis; b) furto noturno relativo à mochila, óculos e uma bicicleta pertencentes à ofendida Marlete Meinel Broering; c) furto simples de uma bicicleta da casa de Mariuza Maria Pires; d) tentativa de furto simples quanto a um par de tênis da residência de Sandro Manoel Furtado; e e) tentativa de furto simples referente a uma mochila e outros objetos da propriedade da vítima Éric Daniel de Francisco.

Citado para ser ouvido, compareceu em Juízo, onde, após ser cientificado da acusação, prestou o seguinte interrogatório:

“que o interrogando esclarece que pratica furtos para viver porque não possui emprego; que reside em Florianópolis/SC há vinte anos” (fl. 76).

Ao ser prolatada a sentença, foi fundamentado que “Em relação à autoria do furto, Ademir, em seu parcimonioso interrogatório de fl. 75, reconheceu como verdadeira a acusação que lhe foi feita” (fl. 144), sendo destacado que confessou os crimes (fl. 146), restando o recorrente condenado pelo cometimento dos delitos a ele imputados.

A respeito do interrogatório, a doutrina tem assentado que, além de meio importantíssimo de prova, “não se pode ignorar que é ele, também, ato de defesa, pois não há dúvida de que o réu pode dele valer-se para defender da acusação (...) dando a sua versão dos fatos” (MIRABETE, J. F., in *Processo Penal*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1995, pág. 275).

E por ser tanto meio de defesa quanto de prova é “que o art. 190 do CPP faz a exigência de que, confessando o réu a autoria, seja especialmente perguntado sobre os motivos e as circunstâncias da ação e se outras pessoas concorreram para a infração” (RJTJRS 112/140).

Especificamente, no tocante a este dispositivo, Damásio E. de Jesus explicita que “Não basta que o juiz transcreva que a acusação é verdadeira, devendo perguntar ao acusado a forma de realização do fato e suas circunstâncias” (in *Código de Processo Penal Anotado*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, pág. 131).

Sobre o ato do interrogatório propriamente dito, colhe-se a lição de Tourinho Filho:

“É pelo interrogatório que o Juiz mantém contato com a pessoa contra quem se pede a aplicação a norma sancionadora. E tal contato é necessário, porque propicia ao julgador o conhecimento da personalidade do acusado e lhe permite, também, ouvindo-o, cientificar-se dos motivos e circunstâncias do crime, elementos valiosos para a dosagem da pena. E o legislador quer que o julgador ouça o acusado não só para que se tenha certeza de que ele é, realmente, a pessoa contra quem se propôs a ação penal, como também para que o Juiz conheça sua personalidade, saiba em que circunstâncias ocorreu a infração — porque ninguém melhor que o acusado para sabê-lo — e quais os seus motivos determinantes” (in *Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1997, vol. 3, pág. 268).

O mesmo autor resume a modalidade do interrogatório “como o meio através do qual o Juiz ouve do pretense culpado esclarecimentos importantes sobre a imputação que lhe é feita e, ao mesmo tempo, colhe dados importantes para o seu convencimento” (obra citada, pág. 237).

Também a respeito do ato, E. Magalhães Noronha leciona:

“A verdade é que enquanto o acusado se defende — é a regra — não deixa de ministrar ao juiz elementos úteis à apuração da verdade, seja pelo confronto com provas existentes, seja por circunstâncias e particularidades das próprias declarações que presta” (in *Curso de Direito Processual*

Penal, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 107).

Assim, consistindo o interrogatório em declarações do réu resultantes de perguntas formuladas para esclarecimento do fato criminoso que se está atribuindo e de circunstâncias pertinentes a este, in casu, não restam dúvidas que houve evidente prejuízo ao apelante, ante a ausência do seguimento das normas estabelecidas nos arts. 188 e 190 do Código de Processo Penal, eis que careceu seu interrogatório de pormenores que pudessem conduzir à elucidação dos antecedentes e circunstâncias das infrações, especialmente porque, confessando a autoria delitiva, não foi indagado quanto aos motivos e circunstâncias das ações, ou, até mesmo se praticou os crimes sozinho, dados que evidentemente têm forte influência na verdade real e no fornecimento de informações que devem ser contrastadas com a descrição e capitulação da denúncia e demais provas, bem como ser de importância significativa na aplicação da reprimenda a ser imposta.

Esse entendimento é trazido à colação, pela lição de José Frederico Marques, leia-se:

“Por outro lado, o interrogatório constitui meio de defesa para o próprio criminoso, visto que lhe dá oportunidade de explicar os motivos de sua conduta e pôr em foco circunstâncias do delito que lhe podem ser úteis na graduação da pena e aplicação de outras sanções previstas na lei penal.

“Aplausos merece, portanto, o Código de Processo Penal, no tocante à regulamentação que deu a esse meio de prova, que é, sem dúvida,

quando dirigido com perspicácia e inteligência, um dos mais fecundos e úteis para a elucidação do fato delituoso" (in *Elementos de Direito Processual Penal*, 2ª ed., Campinas: Millennium, 2000, vol. 2, págs. 390/1).

Tratando da relevância do aludido ato, João Gualberto Garcez Ramos salienta que, afora ser meio de prova e de defesa da imputação irrogada, "a existência do art. 59 do Código Penal impõe que, nesse momento de contato pessoal, a autoridade policial e o juiz colham elementos de convicção importantes para a caracterização da personalidade do 'argüido'" (in *Audiência Processual Penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 1996, pág. 257).

A propósito cita-se o seguinte julgado do egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

"Se no interrogatório o réu prefere calar-se em face da acusação, demonstrando satisfatoriamente o acusado os fatos que lhe imputa, seu silêncio terá como resultado evidente prejuízo para a defesa, não significando, porém, a existência de confissão ficta" (RJDTACrimSP 25/172).

Da mesma forma, mister transcrever decisão que transmite a imprescindibilidade de determinadas formalidades expostas no ordenamento processual, que devem prevalecer, haja vista o interesse público, como na espécie:

"No processo penal condenatório por crime de ação pública, a obser-

vância das formalidades processuais que influam na apuração da verdade e decisão da causa refoge do simples interesse das partes, uma vez que é de interesse público e impessoal do regular desenvolvimento da instância" (RT 526/395).

Portanto, no caso dos autos, houve afronta à norma constitucional, garantista do direito à ampla defesa, como estatuído no art. 5º, inciso LV, ou seja, não foi cumprida, observando-se absoluto cerceamento de defesa quanto ao apelante, em face da ausência de perquirição completa no seu interrogatório, a partir do momento em que assumiu ser verdadeira a acusação que lhe foi feita, sem contudo indagação quanto a como os fatos ocorreram, o que determina anulação do feito desde o ato falho, inclusive.

3 — Assim, diante do exposto, dá-se provimento ao recurso defensivo para anular o processo a partir do interrogatório, inclusive, por cerceamento de defesa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 5 de junho de 2001.

Jorge Mussi,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.019327-5, DE JOINVILLE**Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

Crime contra a vida. Homicídio qualificado. Motivo fútil. Preliminar de nulidade em face de defeito na redação de quesito. Não ocorrência. Formulação do quesito indicando o motivo determinante do acolhimento da qualificadora. Eiva afastada. Alegada nulidade do julgamento por ser o veredicto contrário à prova dos autos. Não ocorrência. Existência de um mínimo exigível para a manutenção da decisão. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.019327-5, da comarca de Joinville, em que é apelante Cláudio de Oliveira Ribas, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

Na comarca de Joinville, 2ª Vara Criminal, Cláudio de Oliveira Ribas foi pronunciado pela prática de homicídio qualificado (motivo fútil), por ter, no dia 2 de maio de 1999, disparado um tiro de revólver contra Azenilda Farias, causando-lhe o ferimento descrito no laudo pericial médico de fl. 19, causa de sua morte por "hemorragia interna".

Da provisional não houve recurso.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, restou condenado, nos termos da pronúncia, com pena fixada em 12 anos e 8 meses de reclusão, acolhida a agravante de o crime ter sido cometido contra cônjuge. Determinado regime prisional integralmente fechado, nos termos do artigo

2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. Com o decidido não se conformou a defesa. Apelou, no prazo legal, objetivando, inicialmente, a nulidade do julgamento ante o defeito ocorrente na redação do quesito de número seis, relativo à qualificadora acolhida. Quanto ao mérito, entende que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos, pois não teria havido a intenção de matar, tendo a arma disparado acidentalmente. Tampouco o acolhimento da qualificadora, motivo fútil, encontra amparo na prova, pois "sabido que havendo discussão entre o agente e a vítima, antes do evento, não configura a futilidade".

Contra-razões apresentadas às fls. 188/190, no sentido do desprovemento do apelo. Na mesma direção a manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça. Por não ter sido assegurado ao assistente oportunidade de se manifestar, consoante preconizado no artigo 600, § 1º, do Código de Processo Penal, o processo retornou à origem. A diligência foi cumprida (fls. 216/218). A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com nova vista dos autos, ratificou os argumentos expendidos anteriormente.

É o relatório.

A nulidade aventada tem por argumento o seguinte: “No seu entendimento s. m. j. o quesito que diz respeito à qualificadora, do motivo fútil, foi proposto de forma inadequada. Veja-se: ‘O réu agiu por motivo fútil, qual seja o fato de a vítima haver insinuado que queria dele se separar?’ (quesito n. 6 — fl. 168). Quando na verdade deveria indagar: ‘O réu agiu por motivo fútil?’ Ao analisar-se os artigos 484, VI, e 564, parágrafo único, do Código de Processo Penal, e a respectiva doutrina, não resta dúvida, pois, que o termo de votação dos quesitos prejudicou a defesa, e que tal situação é passível de nulidade. A inclusão, na redação do quesito atacado na forma ‘Tal que seja o fato de a vítima haver insinuado que queria dele se separar’, acabou por induzir os jurados, provocando, inclusive, excesso de acusação”.

Não tem razão o apelante. Embora seja comum a formulação do quesito de forma genérica, a boa técnica exige que o motivo, determinante do acolhimento da qualificadora, seja mencionado. Aliás, consoante lição preconizada por Adriano Marrey, in Júri, Editora Revista dos Tribunais, 6ª ed. Pág. 504: “O réu (...) agiu por motivo fútil, tal seja, o de ...?” Evidente, quando formulado o quesito de forma genérica a qualificadora será decorrente do fato acolhido na pronúncia como tal, discutido e analisado em plenário. Logo, de bom alvitre que o motivo determinante do acolhimento, na pronúncia, da qualificadora conste, expressamente, na redação do quesito.

Em decorrência, a nulidade é afastada.

Quanto ao mérito, o êxito da manifestação inconformista está jun- gida à inoportunidade de qualquer admi- nículo probatório que dê um mínimo de guarida ao que foi decidido. E, o mínimo exigido, contrapondo-o à tese defensiva da accidentalidade do dispa- ro, resulta da prova coligida. Segundo Alexandra Jagierki, “Estava em casa junto com seu companheiro, Ailson, quando chegou no local sua sobrinha Aline dizendo que tinha recebido um telefonema do tio Ismar e que era para cuidar que a vítima e o réu tinham dis- cutido no almoço, e o acusado subira com Azenilda para o apartamento do casal, dizendo que iria bater ou matar a mesma. A informante e seu marido foram até a sacada que é comum nos dois apartamentos e escutaram o réu discutindo com a vítima. Escutaram apenas a voz do acusado e nada ou- viam por parte da vítima. A discussão acalmou e a informante foi atender seu filho pequeno que chorou. Ailson ficou na sacada que é comum aos apartamentos. A informante acalmou seu filho e foi para a sacada e ao che- gar à sacada, saiu o tiro. Foi para den- tro do apartamento junto com Ailson e encontrou a vítima sentada no sofá. A vítima disse: ‘O Cláudio me atirou’. Ail- son ainda perguntou à vítima se esta tinha certeza de ter sido baleada. A ví- tima respondeu que sim e falou que não sentia mais as pernas” (fl. 50). No mesmo sentido o contido no depoi- mento prestado por Ailson Farias (fl. 58).

No interrogatório, em plenário, foi afirmado, para justificar o disparo accidental: “que o interrogando já tinha arma há vários anos e a limpava mais ou menos a cada três meses; que não sabe como foi que deixou um cartucho

na arma, a qual disparou acidentalmente, ferindo sua esposa”.

No entanto, referida arma, abandonada tão logo ocorreu o disparo, foi encontrada, com quatro projéteis intactos e um usado, sendo sua capacidade de 5. Portanto, encontrava-se carregada, nuança que traz descrédito à versão apresentada de que “não sabe como foi que deixou um cartucho na arma”.

Logo, o mínimo probatório exigível para a manutenção da decisão encontra-se presente.

O mesmo pode ser dito com relação ao acolhimento da qualificadora reconhecida, motivo fútil, pois ocorre um mínimo probatório que lhe dá guarida. O fato de ter havido discussão, por si só, não a afasta, ante a

desproporcionalidade da motivação e a conduta, na espécie, a assertiva da vítima “que por acaso viesse a se separar do réu, não deixaria que suas filhas perdessem o contato com o mesmo” (fl. 53).

Em face do exposto, o apelo é desprovido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva. Lavrou o parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2001.

Alberto Costa,

Presidente com voto;

Maurílio Moreira Leite,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.024840-1, DE CANOINHAS

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Tráfico ilícito de entorpecentes e posse ilegal de arma de fogo. Exame de dependência toxicológica. Suspensão do processo. Desnecessidade. Laudo que pode ser juntado aos autos até a data da audiência de instrução e julgamento. Inteligência do artigo 25 da Lei n. 6.368/76. Ausência, ademais, de prejuízo às partes. Preliminar de nulidade afastada. Agente preso em flagrante na posse de cinquenta e um papérolas de cocaína, documentos de terceiros, dinheiro, e uma arma de fogo, com eficácia comprovada por perícia. Depoimentos de usuários apontando-o como fornecedor de drogas. Estupefaciente propriamente embalado para a venda.

Provas suficientes da materialidade e autoria dos delitos. Condenação mantida. Adequação, de ofício, do valor do dia-multa irrogado ao réu, para o previsto no artigo 38 da Lei Antitóxicos.

Ao determinar a realização de exame de dependência toxicológica, não cabe ao juiz suspender o processo, devendo, contudo, re-

ferido laudo ser juntado aos autos até a audiência de instrução e julgamento, a teor do previsto no artigo 25 da Lei n. 6.368/76.

Sendo o agente surpreendido na posse de cinquenta e um papелotes de cocaína, propriamente embalados para a venda, bem como com uma arma de fogo, com potencialidade reconhecida por perícia, e documentos de usuários, que declararam tê-los deixado em garantia de dívida referente à aquisição de entorpecentes, não há como se afastar a condenação por tráfico ilícito e posse ilegal de arma de fogo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.024840-1, da comarca de Canoinhas, em que é apelante Celso da Cruz e apelada a Justiça por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento e, de ofício, adequar o valor do dia-multa aplicado ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, para os moldes do artigo 38 da lei pertinente.

Custas legais.

Na comarca de Canoinhas, Celso da Cruz foi denunciado com outro, com enquadramento no artigo 12 da Lei n. 6.368/76 e artigo 10 da Lei n. 9.437/97. Narra a exordial que, "no dia 26 de junho do corrente ano, a Polícia Militar fez uma blitz nas proximidades da ponte sobre o Rio Canoinhas, nesta Cidade.

"Ao abordarem uma mototáxi, na qual estava como passageiro o denunciado Bernardo da Silva, verificou-se que este trazia consigo um pacote plástico de cor branca contendo aproximadamente 2g (dois gramas) de substância tóxica conhecida por 'cocaína', sem a devida permissão le-

gal, substância esta que causa dependência física e psíquica.

"A referida cocaína havia sido adquirida por Bernardo da Silva junto a uma panificadora localizada no bairro São Cristóvão, em Três Barras.

"Os policiais, então, dirigiram-se até a panificadora e residência do denunciado Celso da Cruz e, no interior de seu quarto, escondidos dentro de uma meia, foram encontrados 51 (cinquenta e um) papелotes, cada qual contendo aproximadamente 1g (um grama) de 'cocaína', envoltos em plásticos brancos, os quais Celso da Cruz mantinha em depósito com o objetivo de vendê-los aos consumidores.

"Além da droga, o primeiro denunciado ainda tinha em depósito, também escondida no interior de uma meia, uma pistola, calibre 6,35, sem possuir seu devido registro, como também uma caixa de munição.

"Naquele mesmo dia, por volta das 14h30min, em sua residência, no bairro São Cristóvão, no município de Três Barras, Celso da Cruz vendeu aproximadamente 2g (dois gramas) de 'cocaína' para Bernardo da Silva, o que fez pelo valor de R\$ 38,00 (trinta e oito reais), substância esta que posteriormente foi apreendida em poder do

adquirente, conforme já descrito supra” (fl. 3).

No momento procedimental pertinente, resultou condenado ao cumprimento de um ano de detenção, e ao pagamento de dez dias-multa, pelo crime de posse ilegal de arma de fogo, mais três anos de reclusão, em regime fechado, e cinquenta dias-multa, pelo tráfico ilícito de entorpecentes. O valor unitário das penas pecuniárias foi fixado em um trigésimo do salário mínimo.

Inconformado, o réu apelou, suscitando, em preliminar, nulidade processual, a partir do interrogatório, uma vez que “inobservado preceito de ordem pública, qual seja, a obrigatória suspensão do feito, a partir da determinação da submissão do recorrente a exame de dependência toxicológica”. No mérito, a meta é a absolvição, com amparo no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Em contra-razões, pugnou o representante do Ministério Público pela manutenção do decidido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Hipólito Luiz Piazza, manifestou-se pelo conhecimento e improvemento do recurso.

É o relatório.

A nulidade aventada como preliminar do recurso é afastada. A Lei n. 6.368/76 prevê, em seu artigo 25, que o laudo do exame de dependência toxicológica poderá ser juntado aos autos até a audiência de instrução e julgamento, não fazendo qualquer exigência de que seja o processo suspenso quando do deferimento do incidente, o que ocorre tão-somente quando da providência do artigo 149

do Código de Processo Penal. Nesse sentido o entendimento desta Corte: “Se a Lei n. 6.368/76 (art. 25) prevê que o laudo do exame de dependência toxicológica poderá ser juntado até a audiência de instrução e julgamento, resulta que o deferimento do incidente não serve para suspender o processo por aplicação das regras do CPP, específicas para os casos de verificação de imputabilidade penal, em detrimento da liberdade do agente” (HC n. 99.007802-7, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ de 7/7/99).

Além disso, a teor do previsto no artigo 563 do Estatuto Adjetivo Penal, nenhuma nulidade é declarada, se dela não resultar prejuízo para as partes. No caso, do teor do laudo pericial, as partes foram pessoalmente intimadas, consoante certidão de fl. 145, nada alegando a respeito. E, nas razões recursais, nenhum prejuízo concreto foi demonstrado, capaz de ensejar a nulidade do feito, afora meras abstrações sobre o artigo 149 do Código de Processo Penal, inaplicável à espécie. Quanto ao teor do resultado do exame, nada foi questionado.

Assim, afastada fica a preliminar de nulidade.

No mérito, melhor sorte não lhe socorre.

A materialidade dos crimes articulados na denúncia se encontra estampada nos termos de apreensão de fls. 29/30, e no laudo pericial de fls. 88/92.

No auto de prisão em flagrante, os policiais que procederam à diligência afirmaram, em uníssono, que após surpreenderem o conduzido Bernardo da Silva na posse de um papelote de cocaína, este afirmou tê-lo adquirido

da pessoa do apelante, indicando seu endereço. Para lá, então, se dirigiram e, em busca efetuada na padaria e também residência de Celso da Cruz, encontraram cinquenta e um papélotes da droga, uma pistola calibre 6,35, uma caixa de munição do mesmo calibre, um telefone celular, dinheiro e documentos de terceiros. Os documentos, segundo lhes foi relatado pelo réu, “eram de fregueses, os quais tinham deixado em garantia”. Em Juízo, repetiram suas declarações, sem qualquer discrepância.

Bernardo da Silva, por seu turno, confirmou que “por volta das 14 horas, o conduzido chamou um mototáxi e pediu para levá-lo até o bairro São Cristóvão, onde foi para comprar cocaína; que comprou de Celso da Cruz 3,0 gramas de cocaína pelo valor de R\$ 38,00 (trinta e oito reais)” (fl. 9). A droga, segundo os termos de apreensão já mencionados, estava embalada no mesmo plástico que envolvia o entorpecente encontrado na residência do apelante.

O apelante, confirmou, em ambas as fases processuais, que “a cocaína e a arma, como também o telefone e a munição são de sua propriedade” e que da arma não possui registro ou porte (fls. 9/10 e 77). Negou, contudo, que comercializasse entorpecentes. Entretanto, a prova é clara neste sentido.

A testemunha Eduardo Procofiak Ritzmann, cujos documentos foram encontrados na residência do apelante, embora tenha negado que lá os deixara em garantia de pagamento de entorpecente, em Juízo, houve por bem retratar a verdade, convergente com os depoimentos das

demais testemunhas. São suas as palavras: “deseja mudar o depoimento prestado perante a autoridade policial; que ficou com medo de falar a verdade; que é dependente de droga; que não conhecia o réu; que ficou sabendo por um amigo que o réu Celso vendia cocaína, sendo que uma semana antes da prisão do réu foi até a padaria do réu para comprar cocaína; que foi durante uma madrugada; que contactou com o réu e comprou deste um ou dois papélotes de cocaína; que não recorda quanto pagou; que consumiu a cocaína e, um tempo depois, na mesma madrugada, voltou até a padaria do réu para comprar mais cocaína; que como não tinha dinheiro, deixou para o réu em garantia da cocaína comprada nesta segunda vez seus documentos, CRA e uma carteira do Clube Curitibano; que então levou mais um ou dois papélotes; que fazia cerca de cinco anos que estava em tratamento com períodos de melhora e períodos agudos (omissis) que reconhece o réu Celso nesta sala de audiência; que o depoente foi atendido pelo réu por uma janela da padaria que dava para a rua...” (fl. 107).

O usuário Rodrigo Blosfeld afirmou que “no dia 25/6/00, pela madrugada, encontrava-se em companhia de David Miocheski, na danceteria Schanel em Canoinhas, quando saíram de carro e o mesmo convidou-o para ir até o bairro São Cristóvão, neste Município, para comprarem cocaína; que o declarante não conhecia o local e nem Celso da Cruz; que foi seu amigo David quem desceu do carro para comprar a droga, pois era o mesmo quem conhecia Celso da Cruz; que o mesmo comprou uma ‘bucha’; que não sabe o valor certo que

pagaram pela 'bucha', mas acredita que foi R\$ 25,00 e como David não tinha todo o dinheiro para pagar, deixaram a Carteira de Habilitação do declarante como garantia" (fl. 49). Referido documento restou apreendido na residência do apelante quando da diligência policial. Esta versão foi repetida por David Miocheski à fl. 54, com mera divergência acerca de quem exatamente efetuou a compra da droga. Isto se deu, por certo, na tentativa de ambos de eximirem-se de qualquer responsabilidade, sem qualquer influência, contudo, no âmago da questão, que foi a comercialização da droga. Em Juízo, ratificaram o afirmado perante a autoridade policial (fls. 108/109).

Por fim, tem-se que a droga apreendida na residência do recorrente encontrava-se propriamente embalada para a venda, em cinquenta e um papétes, peculiaridade esta que, somada às demais provas, dá ensejo ao decreto condenatório.

Da mesma forma restou comprovado o delito de porte ilegal de ar-

ma de fogo, ficando, inclusive, como já relatado, incontestado, estando o auto de verificação e eficiência pertinente acostado à fl. 32.

De outro vértice, pequeno reparo merece a sentença, no que diz respeito ao valor do dia-multa aplicado ao delito de tóxico, devendo ser adequado às diretrizes do artigo 38 da Lei n. 6.368/76, agora fixado no valor mínimo.

Diante de todo o exposto, o recurso é conhecido e, afastada a preliminar, nega-se-lhe provimento, adequando-se, de ofício, o valor da pena pecuniária irrogada ao réu.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2001.

Alberto Costa.

Presidente com voto;

Maurílio Moreira Leite,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.022380-8, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Crime contra a vida. Homicídio qualificado. Motivo torpe e uso de recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima. Recurso defensivo objetivando a anulação do julgamento por ter havido nulidade após a pronúncia, consistente na ausência de novo libelo, em face da anulação do julgamento anterior. Eiva afastada. Inexistência de previsão legal para a medida pleiteada. Nulidade do julgamento porque os jurados já haviam participado de outros três julgamentos, eliminando o caráter laico dos juízes de fato. Não ocorrência. Inexistência de dispositivo legal vedando a participação em mais de um julgamento. Recurso desprovido.

Apelo ministerial postulando o aumento da pena-base em face da culpabilidade do acusado (vingança e ódio) e dos motivos (premeditação) determinantes do crime. Impossibilidade. Acolhimento das qualificadoras — motivo torpe e surpresa. Recurso provido, no entanto, para majorar a pena-base por força dos antecedentes do réu, envolvido anteriormente em dois delitos de lesões corporais, particularidade que denota a sua personalidade, suscetível à prática de atos de violência contra a pessoa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.022380-8, da comarca de Chapecó, em que são apelantes/apelados a Justiça, por seu Promotor, e Ademir de Castro:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso defensivo, e prover o apelo ministerial, com fixação da pena em 12 anos e 3 meses de reclusão, mantidas as demais cominações.

Custas legais.

Ademir de Castro, na comarca de Chapecó, foi pronunciado como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, porque, no dia 15 de novembro de 1995, por volta das 13 horas, utilizando-se de um revólver, efetuou diversos disparos contra Francisco Rodrigues, atingindo-o e causando-lhe os ferimentos descritos no laudo pericial de fl. 7, causa de sua morte por "anemia aguda". Acolhidas as qualificadoras do motivo torpe e surpresa.

Da provisional não houve recurso.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, restou condenado, porém não acolhidas as qualificado-

ras. A pena foi dosada em 6 anos de reclusão, em regime semi-aberto. Com o resultado não se conformou o representante do Ministério Público. Apelou, com fulcro no disposto do artigo 593, inciso III, letra d, do Código de Processo Penal, sob o entendimento de que o não acolhimento das qualificadoras se constituiu em decisão manifestamente contrária à prova dos autos. A manifestação inconformista foi provida, sendo o julgamento anulado, com determinação de que a outro fosse submetido o réu (acórdão de fls. 216/219).

No novo julgamento, restou condenado, nos termos da provisional, com pena dosada em 12 anos de reclusão. Determinado regime prisional fechado. Contra a decisão, dois apelos foram interpostos, ambos no prazo legal. O da defesa, com base no disposto no artigo 593, inciso III, letra a, do Código de Processo Penal — ocorrer nulidade posterior à pronúncia. E, tal seria decorrente da ausência de apresentação de novo libelo, haja vista que tendo o julgamento anterior sido anulado a providência seria indispensável.

Também, como nulidade, é asseverado que "o réu não foi julgado por pares da sociedade leigos, mas foi submetido a julgamento praticado por

juízes de fato experimentados e profissionalizados, considerando-se que vários dos sete juízes haviam participado de até três julgamentos no mês de julho de 2000. A participação de vários julgamentos elimina o caráter laico do juiz de fato e prejudica o réu”.

Por sua vez, o representante do Ministério Público quer a elevação da pena-base, tendo em vista que na sua fixação não foram considerados fatores determinantes de sua elevação, decorrente da culpabilidade, que “é indiscutível, eis que confessada e, nesse particular, observe-se que, a forma que pôs em movimento o querer do agente ativo, o antecedente psíquico que o levou ao gesto de matar seu desafeto, foi a vingança, o ódio reprimido”.

Razões e contra-razões constantes às fls. 251/360 e 304/311. A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Paulo Antonio Günther, posicionou-se pelo improviamento do apelo defensivo, provendo-se, no entanto, o oriundo do representante do Ministério Público.

É o relatório.

Totalmente improcedentes as nulidades invocadas no recurso defensivo. No apelo anterior, oriundo do representante do Ministério Público, foi anulado, tão-somente, o julgamento, mantidas as fases procedimentais anteriores, inclusive o libelo. Logo, por evidente, a desnecessidade de outro ser ofertado. Com relação à outra, não há qualquer dispositivo legal que dê guarida ao afirmado pela defesa. Ao contrário, nos termos do artigo 427, combinado com o 442, ambos do Código de Processo Penal, é possível que um mesmo jurado funcione em

várias sessões, bastando que, para tanto, resulte sorteado.

Com relação ao apelo interposto pelo representante do Ministério Público, razão lhe assiste, em parte. O fator determinante de maior culpabilidade, na ótica do recorrente, foi acolhida como qualificadora (motivo torpe), não podendo, por evidente, também ser cogitada como determinante de elevação da pena-base. Quanto à premeditação “o apelante, é bom frisar, não foi ao local do delito, por acaso, mas, já sabendo que, no ponto de ônibus, se encontrava a vítima, com quem tinha desencontro”, por si só, não tem pertinência à fixação da pena-base, pois ínsita à outra qualificadora acolhida — surpresa. Da mesma forma “os motivos”, pois fator determinante da conduta o desejo de vingança, inerente à primeira qualificadora — motivo torpe.

Todavia, razão lhe assiste quando assevera que os antecedentes não são bons, haja vista o contido na certidão de fl. 233, dando conta de seu envolvimento em dois processos, pela prática do crime de lesões corporais, particularidade que denota que sua personalidade é suscetível à prática de atos de violência à pessoa. Logo, a pena-base deveria ter sido fixada acima do mínimo previsto.

Em decorrência, levando em conta tais elementos, a pena-base é fixada em 12 anos e 3 meses, e, usando o mesmo parâmetro da sentença recorrida, elevá-la em um ano, em face da segunda qualificadora, prevista como agravante, alcançando 13 anos e 3 meses de reclusão. Contudo, tendo em conta o acolhimento da atenuante da confissão espontânea, e

usando o mesmo critério da sentença recorrida, a pena é diminuída de 1 ano, restando, definitivamente, em 12 anos e 3 meses de reclusão, mantidas as demais cominações.

Em face do exposto, o recurso defensivo é desprovido, sendo provido o oriundo do representante do Ministério Público, com fixação da pena em 12 anos e 3 meses de reclusão, mantidas as demais cominações.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Iri-

neu João da Silva. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antonio Günther.

Florianópolis, 6 de março de 2001.

Alberto Costa,

Presidente com voto;

Maurílio Moreira Leite,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.000177-8, DE MONDAÍ

Relator: Des. Irineu João da Silva

Processual penal — Advogado que não comparece à audiência de oitiva de testemunha — Alegação de “greve do Judiciário” — Prova inexistente — Inteligência do art. 156 do CPP — Regularidade da intimação — Cerceamento de defesa inócurre.

A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, ônus processual que, não vencido adequadamente, implica desconsideração das assertivas realizadas.

Sentença penal — Princípio da correlação — Reconhecimento da continuidade delitiva — Classificação jurídica diversa da constante na denúncia — Descrição implícita — Emendatio libelli — Inteligência do art. 383 do CPP — Ausência de nulidade.

Tratando-se de matéria afeta à aplicação da pena, o reconhecimento da espécie de concurso de crimes (arts. 69 a 71 do CP) não depende de pedido expresso na denúncia, bastando que decorra logicamente dos fatos nela narrados, pois é desses que o réu se defende e não da sua classificação jurídica.

Crimes contra o patrimônio — Apropriação indébita qualificada (art. 168, § 1º, III, do CP) — Agente que, em razão da confiança gerada pela profissão que exerce, dispõe de valores de terceiros como se proprietária deles fosse — Inversão do título de posse para propriedade — Delito configurado — Condenação mantida.

Configura o delito de apropriação indébita qualificada em razão da profissão a conduta de professora que, responsável por conta bancária contendo dinheiro destinado à excursão de alunos, dispõe dos valores depositados como se proprietária fosse, sobrepondo a sua vontade à dos verdadeiros titulares do patrimônio.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.000177-8, da comarca de Mondaí, em que é apelante Neusa Clementina Alba Matiello, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor.

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Mondaí, o representante do Ministério Público denunciou Neusa Clementina Alba Matiello, dando-a como incurso nas sanções do art. 168, § 1º, III, do CP, em razão dos seguintes fatos delituosos, assim narrados na exordial:

“No início do ano de 1995, em torno de 25 (vinte e cinco) alunos da 5ª série, do primeiro grau, do Colégio Estadual Professora Genoveva Dalla Costa, no município de Riqueza, por incentivo da professora Neusa Clementina Alba Matiello, começaram a programar um passeio de formatura de primeiro grau, que ocorreria no início do ano de 1999, tão logo concluíssem a 8ª série, sendo que a viagem seria feita pelos estudantes, professores e pais, todos juntos.

“Assim, cada aluno passou a contribuir mensalmente com uma prestação que variava entre R\$ 0,50 (cinquenta centavos) e R\$ 1,00 (um real), bem como passaram a organi-

zar vários eventos, com o fim de arrecadar mais dinheiro, sendo todos os valores entregues à professora Neusa Clementina Alba Matiello, que era a regente da turma e foi encarregada de abrir uma conta bancária em nome dos alunos, para efetuar o depósito do dinheiro dos estudantes.

“Ocorre que, chegado o final do ano de 1998, a denunciada, que nunca havia apresentado um balancete ou mesmo prestado conta do saldo existente no banco, apresentou a data que ela entendia conveniente sair a excursão, sendo que a maioria dos alunos e pais que contribuíram durante os quatro anos não podiam viajar naquela data.

“Após várias tentativas de diálogo, entre pais e denunciada, ela recusou-se a alterar a data, e muito menos ainda em devolver a parte dos alunos que não podiam viajar no dia por ela escolhido” (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, a acusada restou condenada ao cumprimento das penas de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na época dos fatos, tudo por infração ao art. 168, § 1º, III, c/c 70, ambos do CP. Foi-lhe concedido o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em multa de R\$ 800,00 (oitocen-

tos reais) e prestação de serviços à comunidade.

Inconformada, a ré apelou, por intermédio de defensor constituído, requerendo, preliminarmente, nulidade do processo por cerceamento de defesa, porque realizada audiência de inquirição de testemunhas em dia de "greve do Judiciário"; e nulidade da sentença por afronta ao princípio da correlação. No mérito, pleiteia a absolvição, por insuficiência de provas e ausência de dolo, ou, alternativamente, adequação da pena pelo afastamento da continuidade delitiva e da causa de aumento especial. Argumentou, em síntese, que o dinheiro arrecadado dos alunos destinou-se, unicamente, ao pagamento das despesas relativas à viagem previamente acordada, que foram contratadas com a empresa responsável pelo transporte. Disse que foram prestadas contas aos alunos, realizada mediante afixação de quadro na escola e em reunião com os pais. Afirmou que os próprios alunos deliberaram sobre a perda dos valores pagos no caso de desistência.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta Instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther, pelo não conhecimento do recurso, porque ausente intimação da sentença condenatória à acusada.

Juntada aos autos certidão da intimação pessoal da acusada, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Paulo Antônio Günther, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido, porque próprio e tempestivo, merecendo provimento parcial apenas para dar nova classificação jurídica aos fatos, sem, contudo, modificar o quantum das penas aplicadas.

Preliminarmente, cumpre analisar o alegado cerceamento de defesa, fundado na oitiva de testemunha sem a presença dos advogados da ré, e no indeferimento de ouvir o responsável pela empresa de transportes.

Embora afirme que, na data da audiência, o advogado telefonou para o Fórum e recebeu, de um funcionário, a informação que o ato processual não se realizaria "em razão da paralisação das atividades forenses por parte dos servidores" (fl. 186), o apelante não logrou comprovar tais assertivas. Não é crível que o causídico, ciente da responsabilidade que lhe é atribuída e dos ônus que lhe cabem, deixasse de comparecer a ato processual daquela importância sem que tivesse, ao menos, prova escrita sobre o referido adiamento. Não há, nos autos, qualquer elemento de convicção que corrobore as assertivas da defesa; logo, não se lhes pode dar valor ou credibilidade. Nunca é demais lembrar que "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer" (art. 156 do CPP).

Ademais, a apelante não logrou demonstrar qual o prejuízo sofrido pela sua ausência na referida oitiva, já que não indicou, sequer remotamente, quais fatos pretendia provar com aquela testemunha, dizendo, apenas, que "o depoimento da mesma é importante para o esclarecimento dos fatos que originaram a ação penal contra sua pessoa" (fl. 122). Como é sabido, o Código de Processo Penal "não dei-

xa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou à defesa” (Exposição de Motivos do CPP).

Quanto ao indeferimento de ouvida do responsável pela empresa que locou o ônibus, tem-se que a medida foi correta e adequada ao caso em tela. Destaque-se, de início, que todas as testemunhas arroladas na defesa prévia (fl. 90) foram ouvidas (fls. 111/115). O indeferimento ora analisado decorreu, em verdade, de requerimento formulado após a ouvida de todas as testemunhas (fls. 131/132), o que, por si, já bastaria para afastar qualquer mácula à decisão tomada pelo Magistrado.

Não bastasse isso, a defesa alegou necessidade daquela testemunha “a fim de que esclareça as condições do contrato celebrado bem como os motivos da realização da viagem no dia 18 de janeiro de 1999” (fl. 132). Ora, havendo prova documental sobre o referido contrato, juntado na fase policial (fl. 11), era completamente desnecessária a realização de audiência para ouvir testemunha sobre as condições do acordo firmado entre a ré e a empresa de turismo, pois elas já estavam, como estão, descritas no próprio instrumento que figurava e se encontra nos autos. Os motivos que levaram à fixação da data para a viagem não são, por certo, da alçada da empresa de turismo, já que ela é, apenas, contratada para realizar a empreitada, locando o ônibus e os serviços do motorista.

Como se vê, o pedido de anulação do processo por cerceamento de defesa é completamente improcedente.

2. O pedido de anulação da sentença por violação ao princípio da correlação não prospera. É sabido que o réu se defende dos fatos e não da classificação jurídica que lhes é dada pelo órgão acusatório.

No caso em tela, a apelante foi acusada de apropriar-se do dinheiro que, em razão da confiança gerada pela função que exercia (professora), recebeu dos alunos, quantia destinada à viagem que, embora realizada, não foi gozada por aqueles que efetivamente a pagaram. A apelante foi acusada de reter, para si, parte do dinheiro recebido, correspondente às parcelas devidas àqueles que não puderam viajar na data por ela marcada. Houve, portanto, imputação de fatos que, em tese, configuram o delito previsto no art. 168, § 1º, III, do CP.

Ao sentenciar, o Magistrado admitiu, como verdadeiros, diversos fatos imputados à apelante, ora transcritos, no que couber, pela clareza de sua análise:

“Temos, então, que a acusada, ao aceitar o encargo de gerenciar os valores de contribuição dos alunos, assumiu encargo, de fato e legalmente administradora de valores de terceiros. Segundo os depoimentos, passados quatro anos e sem qualquer prestação de contas, os pais dos alunos, insatisfeitos, solicitaram uma reunião para definir o destino do dinheiro para decidir sobre a data da excursão dos formandos, local da viagem, empresa de transporte etc. Nessa reunião, a denunciada não compareceu.

Foi então que os pais procuraram o Ministério Público, que designou data para reunião, à qual, finalmente, a acusada se dignou a comparecer. As partes interessadas não chegaram a bom termo, no que se refere à data e à empresa de transporte, sendo que a acusada já previamente havia contado com uma empresa de São Carlos/SC e designado a data para excursão em dezembro/98.

“Como a maioria não concordou, a acusada aceitou transferir a data, para janeiro/99, não aceitando a devolução dos valores para quem não fosse na excursão e desta excluindo os alunos inadimplentes. Neste aspecto cumpre observar que não cabia à acusada deliberar em tal sentido, posto que se combinou com os alunos a perda dos valores, estes não têm capacidade legal de fixar tais condições, de forma que é totalmente ilegal e até mesmo criminosa a proposta de não devolução, chegando mesmo às raias da imoralidade.

“Dessa nova data, em janeiro/99, a maioria dos pais não concordou, até porque realizada reunião para fixá-la, sendo designada ao único e exclusivo critério da acusada. Por isso mesmo, os alunos não compareceram ao local para excursão, salvo três, dos mais de vinte, além do filho da acusada, também aluno.

“Confessa a acusada que, além do filho e ela, na condição de convidada, também levou esposo e três filhas. Somente esse fato já lhe compromete, visto que se utilizou do dinheiro dos alunos, em benefício dos familiares, locupletando-se ilicitamente do patrimônio alheio. Perceba-se que a acusada, quando já em 1998, os pais

manifestaram descontentamento (vide depoimento da colega professora Olise), seria de bom alvitre que ela se afastasse da incumbência de gerenciadora do fundo dos alunos, ou, ao menos, promovesse reunião para prestar contas e decidir, respeitada a vontade dos verdadeiros donos do dinheiro, o destino da tal excursão, data e definição da empresa de turismo.

“No entanto, assim não agiu, e, demonstrando autoritarismo, mesmo chamada perante o Ministério Público, continuou a impor sua vontade, deliberando sobre a data, empresa de transporte, itinerário, enfim, tudo o mais, inclusive usufruindo quase com exclusividade do dinheiro dos alunos, com exceção de quatro deles, que acabaram participando. Finalmente, por ocasião da viagem, ao perceber a presença de apenas três alunos, além do filho, deveria ter cancelado a viagem.

“É evidente a apropriação, tanto no que se refere à intenção direta da acusada em não devolver os valores aos alunos, como também pelo fato de ter se utilizado dos valores dos alunos em benefício próprio, indevidamente (esposo e três filhas, no total de quatro pessoas)” (fls. 159/160).

Não obstante referir-se à possibilidade de configuração do delito pelo fato de a apelante ter levado seu marido e seus filhos que não eram alunos, verifica-se que a condenação foi lastreada, unicamente, nos fatos narrados na exordial, que se referem, apenas, aos valores que não foram devolvidos aos alunos ausentes à viagem. Logo, não houve afronta ao princípio da correlação.

O fato de a acusada ser condenada por crime continuado não configura nulidade, porquanto “o reconhecimento de os crimes terem sido cometidos em continuidade delitiva ou concurso material, desde que todos estejam descritos na denúncia, é matéria exclusiva da aplicação da pena na sentença, não carecendo de pedido expresso na denúncia” (Apelação Criminal n. 98.013086-7, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 23/2/1999).

E, ainda:

“Nulidade — Sentença criminal — Reconhecimento da continuidade delitiva — Classificação jurídica diversa da constante na exordial acusatória — Ficção jurídica descrita implicitamente na denúncia — Desnecessidade de abertura de prazo para a manifestação da defesa — Hipótese de emendatio libelli — Prejuízo inexistente — Eiva afastada” (Apelação Criminal n. 98.016121-5, de Xanxerê, rel. Des. Jorge Mussi, j. 30/3/1999).

Por tudo isso, não existiu violação ao disposto no art. 384 do CPP, já que estavam descritos na denúncia os fatos considerados na sentença para a condenação.

3. Ultrapassadas as preliminares arguidas, verifica-se que, no mérito, razão não cabe à apelante.

Senão vejamos.

O exame dos elementos de convicção trazidos ao processo revela que, no início do ano de 1995, cerca de 25 (vinte e cinco) alunos da 5ª série do primeiro grau do Colégio Estadual onde trabalhava a apelante decidiram, por sugestão desta, realizar um passeio comemorativo em razão de sua

futura formatura, que ocorreria no início de 1999. Para angariar o dinheiro necessário à empreitada, os alunos passaram a recolher, mensalmente, cada um, a quantia de R\$ 0,50 (cinqüenta centavos), valor que era depositado em conta corrente, administrada pela apelante. Com o passar dos anos, o valor mensal foi majorado, paulatinamente, até alcançar R\$ 1,00 (um real), montante que era acrescido de rendas provenientes de eventos patrocinados pelos alunos. Em todo o período a apelante não prestou contas aos pais dos alunos, mesmo sendo verbalmente interpelada para tanto.

No final do ano de 1998 a apelante fixou a data para a viagem planejada, decisão que não foi aceita pela maioria dos pais, tendo estes requisitado a devolução do dinheiro pago ou, alternativamente, a mudança de data. Não obstante essa situação, a apelante decidiu manter a viagem na data firmada e, além de realizá-la com apenas 4 (quatro) dos 25 (vinte e cinco) alunos, levou, também, seus filhos e seu marido.

Ouvida na fase policial, a apelante confirmou que realizara a viagem e que “no início foi dito que os alunos seriam os porta-vozes encarregados de colocarem seus pais a par da idéia (...) o combinado, no início, era que os que não concordassem poderiam deixar a qualquer momento de contribuir, no entanto, nada receberiam de volta, pois ficaria o dinheiro para os que fizeram a viagem” (fl. 17).

Em Juízo, manteve sua versão, acrescentando que, para ela, não havia problemas quanto à data da viagem, pois “perante o Promotor, alguns alunos divergiram também entre da-

tas, alguns queriam janeiro e outros dezembro, sendo que a interroganda aceitaria qualquer data (janeiro ou dezembro); que perante o Ministério Público, a maioria dos alunos preferiu janeiro; que esperava um total de 11 alunos para a viagem, sendo que apareceram quatro; que, ainda assim, efetuou a viagem, porque o ônibus apareceu e tinham feito contrato, sendo que não tinham pago antecipadamente, apenas no dia da viagem; que os demais que não compareceram haviam dito que viajariam (...) não foi devolvido o dinheiro aos demais alunos que não viajaram, porque foi pago o ônibus; que foi combinado desde o começo que quem não viajasse no dia perderia o que deu, porque já tinham feito despesas; que o total arrecadado foi de R\$ 836,00, aproximadamente, sendo que pagaram para o ônibus R\$ 900,00 (...) ficou combinado desde o início que a interroganda poderia levar o seu marido (poderia convidar uma pessoa) sem pagar a passagem, e teve que levar as duas filhas de seis anos porque não tinha com quem deixar" (fls. 69/71).

Ilone Morgenstein Spielmann, mãe de uma das crianças, confirmou que houve reuniões entre os pais dos alunos e a apelante, e que, em uma destas, a maioria desejava a viagem em janeiro, mas que "da parte da declarante não aceitou viajar naquela data em janeiro porque a acusada não reuniu os pais para deliberar e a declarante não sabia com quem sua filha viajaria" (fl. 96). Além disso, ela também disse que, "segundo soube de sua filha, poderia viajar quem participasse até o final; que sua filha deixou de contribuir a partir de setembro ou outubro, depois que souberam que a

acusada faria a viagem do jeito que entendesse (...) tem conhecimento de que havia um caderno de controle e que o mesmo ficava com o filho da acusada, também aluno (isso no último ano, antes ficou com outras alunas); que já viu esse caderno, eis que sua filha em certo ano ficou com ele, e sabe que no mesmo haviam anotações dos que pagavam e valores; que apenas os alunos que ficavam com o caderno sabiam dos valores já arrecadados" (fl. 97).

Oswaldo Adão Spielmann, pai de uma das alunas, bem resumiu a divergência entre os pais e a apelante: "o problema foi a acusada não aceitar as ponderações dos pais quanto ao roteiro da viagem, empresa a ser contratada e especialmente a data, e que hoje a reclamação é a de ter a acusada que devolver o dinheiro daqueles que não viajaram" (fl. 98).

Ademar Müller, também pai de uma aluna, afirmou saber que "para viajar o aluno deveria contribuir todo o período; que não tinha conhecimento de acordo de que quem desistisse perderia o dinheiro" (fl. 99).

Gisela Burkhardt Müller disse que "não foram feitas reuniões de prestação de contas durante o período de arrecadação, nem reuniões com os pais para se estipular as regras para a viagem; que, no final de ano, aproximando-se o período da viagem, a maioria dos pais (uns quinze a vinte) resolveu convocar a acusada para uma reunião, pois queriam saber para onde seria a viagem e quanto havia depositado e a acusada não compareceu, apesar de convidada; que depois de terem vindo os pais no Ministério Público, houve uma reunião da qual

participou a acusada, não tendo a mesma informado o valor depositado, nem feito demonstrativo no quadro, apresentando o orçamento de uma empresa de ônibus, e data para a viagem, com o que não concordaram os pais pois acharam alto o valor e não conveniente a data para a viagem, e, naquela reunião, a maioria dos pais decidiu que não era para sair aquela viagem, e que se marcaria outra reunião para decidir; que deu um tumulto na reunião entre a acusada e a maioria dos pais, que não concordavam com a acusada (...) nesta reunião, a maioria dos pais pediu a devolução do valor que seus filhos pagaram, tendo a acusada dito que não devolveria e que faria a viagem; que a acusada não concordou com o que os pais queriam (...) que não houve reunião decidindo sobre a data da viagem escolhida pela acusada; que não houve prestação de contas, apesar de ter sido pedida na reunião (...) quando começaram os problemas, com a não aceitação da professora quanto ao pedido dos pais, sua filha deixou de contribuir (a partir de outubro), sendo que se saísse a viagem como os pais queriam, ela pagaria o resto" (fls. 100/101).

De outro lado, Inês Prochau afirmou que "no final do ano próximo da viagem, os pais, em sua maioria, estavam insatisfeitos porque havia uma viagem marcada e não tinha sido feita nenhuma reunião informando sobre o valor arrecadado e o destino da viagem; que como nenhuma reunião foi convocada pela acusada, os pais se organizaram e cerca de vinte deles fizeram uma reunião onde não compareceu a acusada, embora convidada; que, depois, vieram ao Fórum re-

clamar e, na seqüência, a acusada acabou convocando uma reunião; que na reunião a acusada apresentou a movimentação apenas dos últimos dois anos, e o saldo de aproximadamente R\$ 830,00, deixando de lado o movimento do começo da arrecadação (...) na reunião, em face da divergência, a declarante sugeriu que fosse feita a devolução, mas não houve consenso, embora a maioria dos pais tivesse concordado, e a acusada disse que seria impossível a devolução porque não tinha como dividir, porque alguns não tinham terminado de pagar, e não queria ser injusta com os que pagaram só uma parte" (fls. 104/105).

De todos esses depoimentos, verifica-se que existiram, em verdade, três pontos principais de divergência entre os pais dos alunos e a acusada, que gerenciava o dinheiro amealhado: 1) a condição de pontualidade nos pagamentos para participar da viagem; 2) não devolução dos valores recolhidos para aqueles que não viajassem; 3) data da viagem. O primeiro ponto não apresenta relevância para o caso, já que se trata de condição razoável e que, na época, era aceita pela maioria dos pais.

Entretanto a conjunção do segundo com o terceiro induz à reprovabilidade da conduta da apelante, pois ela detinha e gerenciava o dinheiro poupado pelos pais dos alunos apenas para satisfazer a vontade deles. Não lhe cabia, portanto, reter o dinheiro pago pelos alunos e, contra suas vontades, fixar a data da viagem. O fato de "ter combinado com os alunos a não devolução dos valores pagos a quem desistisse" não tem o condão de estabelecer essa condição, já que as

crianças, como é óbvio, não têm, a rigor, capacidade de entendimento das consequências dessa deliberação. Escolher a data da viagem, seu itinerário e contratar a empresa à revelia da opinião dos pais é, por certo, ato contrário ao mandato recebido pela apelante. Na espécie, a medida mais adequada seria a realização de assembléia com todos os pais, para que deliberassem sobre a data da viagem e o destino dos valores recolhidos, formalizando o acordo mediante ata subscrita pelos participantes.

Ao contratar a empresa responsável pela locação do ônibus, marcando a data da viagem por conta própria, sem qualquer apoio em ato formal (assembléia) e contrária à vontade manifesta dos pais dos alunos, a apelante agiu como se fosse dona e senhora proprietária dos valores que detinha. Houve, neste momento, indevida apropriação do numerário, eis que a apelante dele dispôs por sua própria vontade, caracterizando-se, assim, um dos poderes elementares que são inerentes à propriedade (art. 524 do Código Civil).

Em outras palavras, como já decidido por este Tribunal:

“O crime de apropriação indébita consuma-se no momento em que o agente, por ato voluntário e querido, inverte o título da posse exercida, transformando-a em domínio, passando a dispor da coisa como proprietário, mediante ato inequívoco de disposição, como venda, consumo, dação em pagamento, doação etc.’ (Ap. Crim. n. 33.265, de Joaçaba, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Ao contrário do afirmado pela apelante, não elide sua conduta o fato

de que realizou “prestação de contas” consistente em “afixação em quadro-negro” e apresentação do saldo bancário em uma reunião no último ano. Esses fatos não desfiguram a apropriação realizada, pois não só se referem a acontecimentos anteriores à inversão do título de apreensão do numerário (de mera detenção e gestão à proprietária indevida), como, também, são dispensáveis à configuração do delito. Pondera-se, inclusive, que o aludido “caderno azul” com as anotações dos valores pagos, que poderia corroborar as assertivas da defesa, não foi juntado aos autos, embora estivesse em poder do filho da apelante, aluno responsável, no último ano, por acompanhar a assiduidade dos demais.

Por esses motivos, a condenação imposta em primeira instância foi correta, devendo ser mantida.

4. Melhor sorte não assiste à apelante no que tange ao pleito de afastamento da causa de aumento especial prevista no art. 168, § 1º, III, do CP. Embora a gestão dos valores destinados à viagem não fosse tarefa inerente ao cargo ocupado pela apelante, observa-se que ela só foi alçada a essa condição porque, na época da formação do grupo, era a “Professora-regente”, sendo depositária de toda a confiança dos alunos. Se acaso não detivesse, na época, essa qualidade, por certo a apelante não seria a responsável pela administração dos valores que lhe foram confiados.

Vale destacar que o aumento previsto nesse dispositivo decorre de um rompimento da confiança estabelecida entre o agente e a vítima por causa da função, emprego ou ofício

exercido por aquele. Não é por outro motivo que “a simples relação decorrente de profissão entre acusado e vítima não é suficiente para qualificar o crime de apropriação indébita; torna-se necessária a existência de confiança desta naquele” (JC 64/306).

Registre-se o entendimento jurisprudencial acerca da apropriação indébita por profissional:

“Incide o aumento de pena previsto no n. III do parágrafo único, do art. 168 do Código Penal se praticado o delito em razão da confiança que no acusado as vítimas depositavam, face ao cargo que ocupava na investidora em que pretendia aplicar as suas economias” (RT 515/390, apud, Julio Fabbrini Mirabete, Código Penal Interpretado, SP, Atlas, 1999, págs. 1.082/1.083).

Como se vê, a configuração da hipótese vertente não requer que a vítima seja empregadora do agente, basta que a confiança decorra da função exercida por esta.

Assim, resta certo que configura o delito de apropriação indébita qualificada em razão da profissão a conduta de professora que, responsável por conta bancária contendo dinheiro destinado à excursão de alunos, dispõe dos valores depositados como se proprietária fosse, sobrepondo a sua vontade à dos verdadeiros titulares do patrimônio.

5. Entretanto, pequena ressalva à sentença condenatória deve ser feita. Não se pode reconhecer, na espécie, a continuidade delitiva, porque houve, apenas, um ato de inversão no título da posse exercida, quando, então, restou consumada a infração. Ao contrário do que entendeu o digno

Magistrado de primeira instância, o delito consumou-se apenas uma vez, vale dizer, quando a apelante recusou-se a devolver o dinheiro angariado pelos alunos, embora instada a fazê-lo. O fato de receber mensalmente o dinheiro dos alunos não implica continuidade, porque, até então, não havia a inversão na posse, isto é, a apelante ainda era, naquele momento, mera detentora e gestora do patrimônio arrecadado pelos alunos. O delito só restou configurado quando a apelante apropriou-se do dinheiro que restava depositado em banco, sem atender à vontade dos seus legítimos proprietários.

Sobre o momento da consumação do delito de apropriação indébita, esta Corte já se pronunciou:

“Apropriação indébita qualificada. Funcionário de banco que, aproveitando-se de seu cargo e da confiança em si depositada, apropriava-se de valores provenientes de clientes e destinados à instituição. Confissão de dívida que, aliada à robusta prova documental e testemunhal, autoriza a condenação. Argumentos recursais destituídos de fundamento. Recurso desprovido. Exclusão, de ofício, do sursis, pois concedido juntamente com a substituição preconizada no art. 44 do CP. O fato de ter efetuado o depósito dos valores anteriormente ao recebimento da denúncia não impede a condenação pois o crime já havia se consumado no momento em que fizera uso em benefício próprio de numerário pertencente a outrem” (Ap. Crim. n. 99.021492-3, de Capinzal, rel. Des. Genésio Nolli, j. 15/2/2000).

E, espancando a vexata quaestio:

“Não se caracteriza a forma continuada se o empregado, não obstante os vários recebimentos, pratica apropriação única, configurada pela falta de prova do empregador ter exigido as contas” (Ap. Crim. n. 99.010507-5, de Chapecó, rel. Des. Amaral e Silva, j. 24/8/1999).

Entretanto, ao lesar o patrimônio de diversos alunos, a apelante cometeu, com uma única ação, diversos crimes de apropriação indébita. A recusa de devolução do dinheiro, embora única, violou bem jurídico (patrimônio) de diversas vítimas, consumando-se, para cada uma delas, um delito autônomo, embora o desígnio da agente, ora apelante, fosse apenas um, vale dizer, apropriar-se dos valores depositados na conta corrente que geria ao utilizá-los como se seus fossem, dando-lhes o destino que somente ela decidiu. Como se vê, a hipótese é de concurso formal (art. 70 do CP), e não crime continuado (art. 71 do CP).

Todavia, em que pese a nova classificação jurídica dada nesta instância, tem-se que a pena aplicada no Juízo a quo restará inalterada, porque majorada em $\frac{1}{2}$ (metade) pela incidência do art. 71, caput, do CP, critério que, a rigor, deve ser utilizado no caso de concurso formal perfeito (art. 70, caput, 1ª parte, do CP) quando o número de delitos chega a 21 (vinte e um), como ocorreu no caso em tela. É sabido que “para a fixação do quantum de aumento em razão do concurso formal o critério a ser adotado é o do número de crimes” (Apelação Criminal n. 99.022904-1, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Genésio Noll, j. 28/3/2000), logo, havendo quantidade considerável de vítimas, e portanto

de crimes realizados, não se pode deixar de aplicar, no caso, o critério de majoração no índice máximo permitido.

Quanto ao número de vítimas, não obstante cerca de 40 (quarenta) alunos iniciarem os depósitos, tem-se que, na época da viagem, apenas 11 (onze) estariam (conforme a versão apresentada pela apelante em seu interrogatório de fl. 70) aptos a excursionar, mas como esta só beneficiou 4 (quatro) alunos, restaram, assim, 8 (oito) prejudicados diretamente. Poder-se-ia incluir, neste número, os alunos que, insatisfeitos com o rumo das reuniões, deixaram de prosseguir no grupo, mas não há, nos autos, comprovação adequada dessa quantidade; logo, não é possível inferi-la em prejuízo à ré. De qualquer sorte, o número de 8 (oito) vítimas já basta para que se configure a quantidade de delitos suficiente e necessária à utilização do critério mais grave para a exasperação decorrente do art. 70, caput, 1ª parte, do CP.

Por isso, reconhece-se o concurso formal, mas é mantido o aumento aplicado pelo Magistrado de primeira instância.

6. Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial para dar nova classificação jurídica aos fatos, afastando a continuidade delitiva e reconhecendo o concurso formal, mantidas as demais cominações da sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 3 de abril de 2001.

Jorge Mussi,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.003142-1 DE TANGARÁ

Relator: Des. Irineu João da Silva

Homicídio culposo — Crime de trânsito (art. 302 do CTB) — Atropelamento de ciclista — Agente que, ao dirigir camioneta em via rural (SC 455), atinge ciclista além dos bordos da pista de rolamento — Alegada culpa exclusiva da vítima — Inocorrência — Bicicleta sem acessórios de segurança (sinalização noturna, dianteira, traseira e pedais) — Compensação de culpas — Inviabilidade — Laudo pericial — Croqui do acidente — Condenação mantida.

Não há, em direito penal, compensação de culpas; logo, o agente responde pelo resultado decorrente de sua conduta imprudente, ainda que a vítima, por negligência, tenha concorrido para o evento danoso.

Pena criminal — Dosimetria — Suspensão ou proibição de se obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor — Critério — Omissão do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) — Aplicação supletiva do Código Penal — Inteligência dos arts. 291 do CTB, e 12 do CP.

Sendo penalidade principal, cominada pelo preceito secundário do tipo penal, a aplicação da suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor obedece aos critérios impostos pelo art. 68 do CP.

Pena criminal — Sentença condenatória — Omissão do regime prisional.

“A omissão da fixação do regime inicial de cumprimento da pena não enseja nulidade da sentença; é algo que pode ser corrigido. Prevalece o princípio de aproveitamento dos atos jurídicos” (STJ).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.003142-1, da comarca de Tangará,

em que é apelante Daniel Moratelli, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor.

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Tangará, o representante do Ministério Público denunciou Daniel Moratelli, dando-o como incurso nas sanções do art. 302, caput, e parágrafo único, III, da Lei n. 9.503/97, em razão dos seguintes fatos delituosos, assim narrados na exordial:

“Consta do incluso caderno indiciário que, em data de 14 de março do corrente ano, por volta das 19h30min, o denunciado Daniel Moratelli conduzia o veículo Camioneta GM/Chevy 500 DL, placa LYX 0418, pela Rodovia SC 455, sentido Ibiam/Campos Novos, quando, na altura do km 14, numa tangente em curva de nível, devido a alta velocidade empreendida, perdeu o controle do automóvel e atropelou a vítima Alcenir Correa, a qual transitava com sua bicicleta pelo acostamento, no mesmo sentido e direção em que dirigia o acusado, sendo causa eficiente da sua morte (auto de exame cadavérico de fl. 8).

“O impacto foi tão forte que o carro restou bastante danificado, conforme denotam as fotografias acostadas aos autos do levantamento do local, sendo que o corpo da vítima foi encontrado a aproximadamente 38 metros do ponto de impacto.

“Após o atropelamento, o denunciado fugiu do local por medo de represália de populares que ali chegavam, omitindo, assim, o socorro ao qual estava obrigado” (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, o acusado restou condenado ao cumprimento das penas de 2 (dois) anos de detenção e suspensão da habilitação para dirigir veículo pelo prazo de 2 (dois) anos, tudo por infração ao art. 302 da Lei n. 9.503/97. Foi-lhe concedido o benefício do sursis, nos termos do art. 78, §§ 1º e 2º, do CP.

Inconformado, o réu apelou, por intermédio de seu defensor, requerendo a absolvição por insuficiência de provas, ausência de culpabilidade (inocorrência de conduta imprudente) e culpa exclusiva da vítima.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta Instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantine Serratine, pela conversão do julgamento em diligência, para que fosse intimado o réu do inteiro teor da sentença.

Cumprida a intimação por carta precatória, os autos retornaram à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em novo parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantine Serratine, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido, porque próprio e tempestivo, merecendo provimento parcial, exclusivamente para reduzir a pena de suspensão da habilitação para o seu prazo mínimo legal.

A exordial acusatória atribui ao apelante a conduta de, inadvertidamente, atingir a vítima, ciclista, que trafegava nos bordos da pista de rolamento de uma via rural. De outra banda, a defesa alega que a vítima, inad-

vertidamente, invadiu a pista e que, pelas condições de iluminação, não foi percebida tempestivamente pelo apelante que, naquele momento, imprimia ao veículo velocidade compatível com o local.

Ouvido, na fase policial (fls. 21/22) e em Juízo (fls. 78/79), o réu, ora apelante, afirmou que “trafegava normalmente e quando estava dirigindo em uma saída de curva percebeu que sobre a pista trafegava uma pessoa de bicicleta, esta também no sentido Ibiã a Campos Novos, sendo que ela encontrava-se aproximadamente 1 metro a 1,5 metros sobre a pista; que, o indiciado, quando percebeu que havia a citada bicicleta sobre a pista, nada conseguiu fazer” (fl. 21) e que “apesar de a curva não ser muito fechada, não deu tempo de desviar do ciclista, vindo a colidir com este” (fl. 78).

De outra parte, contudo, os exames realizados pela autoridade policial — croqui do acidente (fl. 9) e levantamento no local do delito (fls. 13/20) — demonstram que veículo conduzido pelo réu, quando do sinistro, atingiu o ciclista em área localizada além dos limites da pista, isto é, nos bordos do asfalto, porquanto não havia, no local, acostamento. Essa prova, como é sabido, possui presunção *juris tantum* de veracidade, que somente poderia ser infirmada por demonstrativo robusto, o que não é o caso dos autos.

A jurisprudência sobre o tema é farta, destacando-se, desta Corte:

“Apelação criminal. Acidente de trânsito. Lesões corporais culposas e homicídio culposo. Veículo que se perde em curva acentuada e inva-

de pista contrária, vindo a colidir com outro que trafegava na sua mão de direção. Culpa caracterizada na modalidade da imprudência. Tese defensiva alegando negativa de autoria e dúvida na veracidade do boletim de ocorrência. Sentença confirmada. Recurso desprovido. Age com manifesta imprudência motorista que perde o controle de direção, derrapa, invade a contramão, vindo a colidir com veículo que trafegava em pista de direção contrária. O Boletim de Ocorrência tem presunção *juris tantum*, restando a quem lança, isoladamente, dúvida quanto a sua veracidade, o ônus da prova” (Ap. Crim. n. 33.369, de Biguaçu, rel. Des. Jorge Mussi, j. 28/8/95).

Não bastasse isso, o policial Eudes Vilmar Trindade, responsável pelo levantamento do local do delito, afirmou que: “o ponto de impacto foi determinado por pequenos cacos de tinta e vidros deixados pelo veículo, estes encontravam-se fora da pista asfáltica, e que, saindo deste ponto, foram localizados, à beira do asfalto, sapatos, camisas, destroços da bicicleta e, finalmente, a aproximadamente 10 metros fora da pista, já no meio do mato, foi localizado o corpo da vítima” (fl. 35).

Ora, destaca-se que, nos termos do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), a condução de bicicletas nos bordos da pista é conduta lícita, desde que ausente acostamento ou ciclovia apropriados, como no caso dos autos, ausência que, aliás, implica maior atenção e vigília por parte dos motoristas que trafegam na referida via.

Com efeito, o citado diploma legal dispõe:

“Art. 58. Nas vias urbanas e nas rurais de pista dupla, a circulação de bicicletas deverá ocorrer, quando não houver ciclovia, ciclofaixa, ou acostamento, ou quando não for possível a utilização destes, nos bordos da pista de rolamento, no mesmo sentido de circulação regulamentado para a via, com preferência sobre os veículos automotores”.

Em hipótese assemelhada à dos autos, o Tribunal do vizinho Estado do Rio Grande do Sul decidiu:

“Bicicleta — Acidente de trânsito — Atropelamento. Abalroamento por trás. Excesso de velocidade — Acidente de trânsito. Atropelamento de ciclista que transita no mesmo sentido do automóvel, junto ao extremo direito da pista de rolamento de rodovia federal, sobre ponte. Local onde inexistia acostamento. Culpa do condutor que abalroa por trás e que trafega, em noite de cerração, em velocidade incompatível com a segurança do local. Inexistência de prova de culpa concorrente. O valor da indenização por homicídio culposo corresponde a renda produzida pela vítima, deduzidas suas despesas pessoais. Critério jurisprudencial iterativo, segundo o qual, tais despesas consistem em 1.3 dos rendimentos brutos. Sentença reformada em parte” (TARS — AC n. 186.048.740 — 3ª CCiv. — rel. Juiz Ivo Gabriel da Cunha — j. 25/8/1986)

E, desta Corte:

“Apelação criminal — Homicídio culposo na direção de veículo automotor — Prova robusta da materialidade, autoria e culpabilidade do agente — Delito caracterizado — Absolvição inviável. Age com culpa o

motorista de veículo que, em via pública, ao anoitecer, dirige sem maiores cautelas, vindo a colidir com ciclista que estava trafegando regularmente no acostamento, causando-lhe a morte” (Ap. Crim. n. 00.001054-5, de Taió, rel. Des. Genésio Nolli, j. 8/3/2000).

Espancando a vexata quaestio, colhe-se dos julgados desta Câmara:

“Homicídio culposo — Acidente de trânsito — Atropelamento de ciclista — Pretendida a absolvição com base na culpa exclusiva da vítima — Prova técnica revelando a culpabilidade do réu no sinistro fatal — Presunção juris tantum — Versão apresentada pelo acusado que não encontra respaldo no elenco probatório — Imprudência caracterizada — Agente que não possuía permissão para conduzir automóvel e que omitiu socorro ao ofendido — Delito disposto no art. 302, I e III, do CTB, devidamente configurado — Condenação mantida” (Ap. Crim. n. 99.013778-3, de Brusque, rel. Des. Jorge Mussi, j. 16/11/1999).

Quanto à responsabilidade da vítima, alegada pelo apelante ao argumento de que a bicicleta era escura e sem acessórios de segurança e que as árvores vizinhas à pista atrapalham a visão dos motoristas (fls. 109/110), não configura, por certo, culpa exclusiva do ofendido, já que ele trafegava conforme os ditames do art. 58 do CTB. A falta dos acessórios de segurança exigidos por lei (art. 105, VI, do CTB) poderia configurar, quando muito, culpa concorrente da vítima, mas que, em sede de direito penal, não compensa a do réu.

A doutrina é clara sobre o tema:

“Compensação de culpas: É incabível em matéria penal. Supo-

nha-se um crime automobilístico em que, a par da culposa conduta do agente, concorra a culpa da vítima. A culpa do ofendido não exclui a culpa do agente: não se compensam. Só não responde o sujeito pelo resultado se a culpa é exclusiva da vítima" (Damasio E. de Jesus, Código Penal Anotado, 4 ed. rev. e atual., SP, Saraiva, 1994, pág. 57).

A Jurisprudência desta Câmara não destoa:

"Acidente de trânsito — Homicídio culposo — Alegada culpa exclusiva da vítima — Agente que ao adentrar em via de trânsito rápido e intenso (BR 101) intercepta trajetória de motocicleta que trafegava normalmente pela rodovia — Imprudência manifesta — Eventual excesso de velocidade do veículo conduzido pela vítima ou o fato deste trafegar sem capacete não elide a culpabilidade do réu — Inadmissibilidade em sede penal da compensação de culpas — Responsabilidade criminal demonstrada — Condenação mantida" (Ap. Crim. n. 98.007171-2, de Joinville, rel. Des. Jorge Mussi, j. 1º/9/98).

3. Entretanto, pequeno reparo deve ser feito à sentença condenatória, exclusivamente no que se refere à dosimetria da pena de suspensão de habilitação para dirigir.

O tipo penal pelo qual o apelante foi denunciado e condenado determina:

"Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor".

Como se vê, a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor decorre do preceito secundário da norma. Não é, portanto, pena restritiva de direitos aplicada em substituição à privativa de liberdade, mas sim sanção aplicada cumulativamente, na forma do Código de Trânsito Brasileiro, que expressamente dispõe: "a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta como penalidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades".

A Lei n. 9.503/97 (CTB), nas disposições gerais de seu Capítulo XIX, relativo aos crimes de trânsito, firma os limites mínimo e máximo para a pena de suspensão da habilitação, in verbis:

"Art. 293. A penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação, para dirigir veículo automotor, tem a duração de dois meses a cinco anos".

Conquanto previstos os limites dessa espécie de pena, o Código de Trânsito Brasileiro não indica o critério a ser utilizado para fixar o montante correto. Essa ausência, contudo, pode ser suprida pela utilização supletiva do Código Penal, já que a própria Lei n. 9.503/97 determina que "aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso" (art. 291). Aliás, ainda que fosse ausente esse comando, o Código Penal é claro quanto à sua aplicabilidade: "as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incrimi-

nados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso” (art. 12). Por esses motivos, a pena de suspensão da habilitação deve ser produto das etapas indicadas no art. 68 do CP, inclusive com a fixação da pena-base conforme a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do mesmo diploma legal.

A doutrina especializada confirma essa posição:

“Ausente previsão especial, uma só conclusão é possível: remete-se aos critérios do art. 68 do Código Penal, para sua aplicação aos crimes previstos no Código de Trânsito” (Ariosvaldo de Campos Pires e Sheila Jorge Selim de Sales, Crimes de Trânsito na Lei n. 9.503/97, BH: Del Rey, 1998, pág. 118).

No caso vertente, diante da análise favorável das circunstâncias judiciais elaborada pelo Magistrado de primeira instância, embora a pena privativa de liberdade tenha sido fixada no mínimo legal (dois anos de detenção), a suspensão da habilitação, aplicada em igual prazo, extrapolou o limite inferior de apenas 2 (dois) meses. Portanto, a fim de manter correlação entre a análise das circunstâncias do art. 59 do CP com o montante da pena-base, reduz-se a pena da suspensão de habilitação para o mínimo legal, tornada definitiva pela ausência de agravantes, atenuantes, ou causas de especial aumento ou redução da pena.

4. Por fim, importa salientar que, na espécie, o Magistrado incorreu em vários equívocos na dosimetria penal, a saber, omissão quanto ao regime de cumprimento da pena, ausência de análise da possibilidade de

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, também, aplicação cumulada das condições dos §§ 1º e 2º do art. 78 para a concessão do sursis.

No que se refere à vedação de aplicação cumulada das condições previstas no art. 78, §§ 1º e 2º, do CP, por serem excessivamente rigorosas e, também, porque as segundas substituem as primeiras.

Sobre o tema, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“Não é possível, segundo jurisprudência firmada, a aplicação cumulativa das condições previstas nos §§ 1º e 2º do art. 78, pois as últimas são substitutivas daquelas, se preenchidos os requisitos legais” (Código Penal Interpretado, SP: Atlas, 1999, pág. 437).

Vide, no mesmo sentido, Damásio E. de Jesus (Código Penal Anotado, 9ª ed., SP, Saraiva, 1999, pág. 253) e Celso Delmanto (Código Penal Comentado, 5ª ed., RJ, Renovar, 2000, pág. 148).

Com efeito, este Sodalício já se pronunciou:

“Pena criminal — Sursis — Obrigação de reparar o dano — Cumulação de condições — Inadmissibilidade — Regime prisional — Réu primário — Falta de fundamentação da necessidade do regime mais gravoso — Recurso parcialmente provido. (...) Não podem ser impostas ao mesmo tempo, por ocasião da concessão de sursis, as condições previstas nos §§ 1º e 2º do art. 78 do Código Penal” (Apelação Criminal n. 97.005580-3, de Criciúma, rel. Des. Paulo Gallotti, j. 5/8/1999).

E, desta Câmara:

“Agente que preenche os requisitos legais para concessão do sursis especial (art. 78, § 2º, do CP). Condições modificadas” (Ap. Crim. n. 97.001673-5, de Dionísio Cerqueira, rel. Des. Jorge Mussi, j. 27/5/1997).

Do voto condutor, extrai-se:

“O Juízo a quo irrogou à apelante a pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, suspensa condicionalmente pelo período de 3 (três) anos, com força no artigo 77 e seus incisos, da Lei Penal, determinando-se a prestação de serviços à comunidade no primeiro ano, a serem definidos no Juízo da Execução Penal, e nos 2 (dois) anos restantes, o comparecimento mensal a Juízo para a justificação de suas atividades, conforme artigo 78, §§ 1º e 2º, do mesmo diploma legal. Vê-se, então, que à apelante foram aplicadas, simultaneamente, os §§ 1º e 2º do artigo 78 do Código Penal, tornando-as, destarte, excessivamente rigorosas, tratando-se de dois tipos diferentes de sursis, o simples e o especial, respectivamente, o que é defeso na determinação das condições (...) Por isso, neste Grau de Jurisdição, modifica-se as condições da suspensão condicional da pena imposta à apelante, determinando-se tão-somente a apresentação mensal da ré ao Juízo da condenação”.

Por esses motivos, modifica-se as condições do sursis impostas ao apelante, fixando, tão-somente, as previstas, cumulativamente, no art. 78, § 2º, do CP, porque mais benéficas ao acusado (cf. Celso Delmanto, ob. cit., págs. 147/148, e Guilherme Souza Nucci, Código Penal Comentado, SP: RT, 2000, pág. 234).

Concedido o sursis especial (art. 78, § 2º, do CP), não há como modificá-lo para substituí-lo por pena restritiva de direitos. Isso porque, embora o Magistrado de primeira instância tenha se equivocado ao não se pronunciar a respeito da possibilidade dessa substituição, nos termos do art. 44 do CP, com a redação dada pela Lei n. 9.714/98, a solução dada no caso dos autos é mais benéfica ao apelante, que, aliás, nada postulou a respeito.

É que as condições impostas no art. 78, § 2º, do CP (proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; e comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades) são menos gravosas ao réu do que a imposição de serviços à comunidade pelo prazo da condenação (in casu: dois anos).

Aliás, em hipótese assemelhada (concessão de sursis para condenado pelo delito previsto no art. 302 do CTB, cuja pena fixada em quantum idêntico ao dos autos), esta Corte decidiu que a omissão do pedido da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em detrimento a sursis especial concedido em primeira instância, configura óbice à aplicação do art. 44 do CP, para modificação da sentença condenatória.

Do corpo do acórdão da Apelação Criminal n. 00.009580-0, de Itajaí (rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 15/8/2000), colhe-se:

“O sursis foi concedido, sem análise da possibilidade de substituição da pena restritiva de liberdade por

restritiva de direitos. Porém, a respeito nada foi aduzido no recurso defensivo, tudo indicando constituir, o benefício concedido, situação mais benéfica, haja vista o disposto no artigo 44, § 2º, última parte, do Código Penal”.

Assinale-se que, logo após a entrada em vigor da Lei n. 9.714/98, esta Corte deparou-se com a questão da sua aplicabilidade imediata aos casos recém sentenciados, decidindo que, sendo benéfico ao réu o sursis já determinado, não caberia, ao Tribunal, transmutar o decisum para que fosse substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando esta, por sua característica, revelasse ser mais prejudicial ao réu do que as condições previstas no art. 78, § 2º, do CP.

Nesse sentido:

“Pena criminal — Lei n. 9.714/98 — Lex mitior — Aplicação imediata — Impossibilidade, no caso, diante da sanção benéfica imposta aos agentes. A lei penal pode ser considerada mais favorável quando, dentre outras disposições, tratar de ‘diversa determinação da espécie e duração da pena e dos efeitos penais’, devendo ser aplicada imediata e retroativamente. A Lei n. 9.714/98, ao ampliar a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos prevê, em caso de aplicação de pena superior a 1 (um) ano e inferior a 4 (quatro) anos, por crime doloso, desde que preenchidos os demais requisitos objetivos e subjetivos (art. 44, I, II e III, do CP), que poderá ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas penas restritivas de direitos, afastando qualquer possibilidade de substituição por ape-

nas uma das sanções restritivas (art. 44, § 2º, CP). Aplicada pena privativa de liberdade em 1 (um) ano de reclusão em data anterior à vigência da lei nova, com sursis pelo período de 2 (dois) anos, com as condições mais benéficas do § 2º do art. 78 do CP (sem recurso do Ministério Público), resulta impossível sua substituição por restritiva de direitos em face da lei nova, porquanto seria desfavorável ao agente, e a lei somente pode retroagir para beneficiar” (Ap. Crim. n. 99.006963-0, de Lages, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 1º/6/1999).

Quanto ao regime de cumprimento da pena, ponto omissis na sentença, tem-se que a sua fixação não é prejudicada pela concessão do sursis, já que a revogação deste demandará prisão do condenado, nos termos fixados pelo decisum. Logo, ainda que vislumbrada a concessão da suspensão condicional da pena, simples ou especial, a determinação do regime de cumprimento é obrigatória.

No caso, porém, não há necessidade de anulação da sentença irrogada em primeira instância, porquanto é possível a fixação do regime neste grau de jurisdição, diante do princípio do aproveitamento dos atos jurídicos.

Colhe-se dos julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso especial — Sentença — Omissão quanto ao regime inicial de cumprimento da pena — Apelação — Suprimento pelo Tribunal — Possibilidade — 1. Se o vício da decisão monocrática se traduzia apenas na omissão quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, possível era ao tribunal de origem suprir essa falha, ao exame da apelação, mormente em

caso de condenação por tráfico de entorpecente, em que a norma específica (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990), não deixa margem a qualquer dúvida, de que seja o fechado. 2. Retorno dos autos à corte a quo, para que, suprida essa falha, se prossiga na análise dos demais aspectos do recurso ali apresentado. 3. Recurso especial conhecido e provido" (STJ — REsp n. 113932 — DF — 6ª T. — rel. Min. Anselmo Santiago — DJU 16/2/1998 — pág. 141).

E, ainda:

"Penal — Processual — Sentença condenatória — Omissão do regime prisional — 1. A omissão da fixação do regime inicial de cumprimento da pena não enseja nulidade da sentença; é algo que pode ser corrigido. Prevalece o princípio de aproveitamento dos atos jurídicos. 2. Compete ao juiz da condenação a fixação do regime prisional (CP, art. 59). 3. Recurso conhecido parcialmente, para que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal julgue o mérito da apelação interposta pelo recorrido" (STJ — REsp n. 113930 — DF — 5ª T. — rel. Min. Edson Vidigal — DJU 3/11/1998 — pág. 187).

Não se olvida existir entendimento jurisprudencial no sentido de que, havendo omissão quanto ao regime de cumprimento da pena ou substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, o julgamento deveria ser convertido em diligência. Todavia, no caso dos autos, não existin-

do recurso do Ministério Público, não se vislumbra possível a emenda à sentença que implique medida potencialmente mais prejudicial ao réu do que o cumprimento das condições previstas no art. 78, § 2º, do CP. Essa medida, se realizada, importaria reformatio in pejus, situação vedada pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Assim, por ser benéfico ao réu, primário e sem antecedentes, condenado à pena de detenção pelo prazo de 2 (dois) anos, tem-se como inarredável a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa.

5. Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial para reduzir a pena de suspensão da habilitação para 2 (dois) meses, modificar as condições da suspensão condicional da pena para as do art. 78, § 2º, do CP, cumulativas, e fixar o regime aberto para o cumprimento inicial da pena.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 8 de maio de 2001.

Jorge Mussi,

Presidente com voto;

Irineu João da Silva,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.004982-1, DE JAGUARUNA**Relator: Des. Torres Marques**

Maus-tratos — Exposição a perigo da vítima, filho dos apelantes, que contava com apenas três meses de idade quando veio a óbito — Privação de alimentação e cuidados indispensáveis — Crime omissivo — Indeterminação do grau de responsabilidade — Dolo eventual — Não ocorrência — Inexistência de previsibilidade e consentimento no resultado lesivo — Ausência de culpabilidade — Omissão do Poder Público — Recurso provido para absolver os apelantes.

“Quando um pária é acusado de privar seus filhos de alimentação suficiente, alguma coisa está errada: ou o acusado é um falso miserável ou seu único crime consiste em não ganhar o suficiente para ter mesa farta” (Ap. n. 1.175803/0, TACrim/SP, 7ª Câm. Crim., rel. Corrêa de Moraes).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.004982-1, da comarca de Jaguaruna, em que são apelantes João Batista Vieira e Adriana da Luz Júnior Sebastião e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento aos recursos para absolver os apelantes pelo delito imputado na inicial, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Perante o Juízo da comarca de Jaguaruna (Vara Única), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Waldecir Ida Vieira, Maria Solange Josino Vieira, João Batista Vieira e Adriana da Luz Júnior Sebastião, dando-os como incurso

no tipo penal do art. 136, §§ 2º e 3º, na forma do art. 29, todos do CP, por terem praticado a seguinte conduta delitativa, narrada na exordial acusatória (fls. 2/3):

“Os denunciados Waldecir Ida Vieira e Maria Solange Josino Vieira residiam no mesmo teto com os denunciados João Batista Vieira e Adriana da Luz Júnior Sebastião, registrando os dois primeiros denunciados como filho o menor Salomão Vieira, sendo, entretanto, pais biológicos os denunciados João Batista Vieira e Adriana da Luz Júnior Sebastião.

“O menor não era tratado com os cuidados devidos pelos pais biológicos e pelos avós, em nome de quem estava registrado, sendo levado a óbito na manhã de 9 de fevereiro do ano em curso, com apenas 3 meses de vida, por desnutrição, desidratação e maus-tratos, conforme comprovam o Auto de Exame Cadavérico de fl. 3 e as fotos de fls. 28/29.

“O Conselho Tutelar já vinha em diversas oportunidades fazendo visitas na casa, conforme Relatório de fls. 24 a 27 (...)”.

Concluída a instrução criminal, restaram absolvidos os réus Waldecir Ida Vieira e Maria Solange Josino Vieira, com fulcro no art. 386, IV, do CPP; e condenados: João Batista Vieira e Adriana da Luz Júnior Sebastião, ao cumprimento da pena privativa de liberdade fixada em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, nos termos da imputação inicial.

Irresignados, os réus João Batista e Adriana interpuseram recurso de apelação, no qual pugnam pela absolvição, sob os seguintes argumentos: o laudo pericial relativo ao exame de sanidade mental efetuado nos apelantes não condiz com a realidade, porquanto é manifesta a deficiência mental de ambos, tanto que são conhecidos como pessoas “folclóricas” na região; o Conselho Tutelar acompanhou inteiramente o caso que culminou com a morte da vítima, tendo sido a criança, inclusive, internada no hospital anteriormente ao óbito; os apelantes manifestavam a intenção de tratar condignamente da vítima, recebendo orientação do Conselho Tutelar para tanto, mas não “estavam devidamente preparados para dispensar cuidados à criança com qualidade de uma família normal”; o estado de saúde que culminou com o óbito da vítima foi causado por desnutrição e desidratação, característicos em infantes dessa idade, inclusive nos hospitais, sendo por demais árdua a pena imposta aos apelantes, já que não manifestaram o dolo direcionado ao resultado lesivo, devendo, por isso, ser absolvidos da imputação.

Contra-arrazoados, ascenderam os autos, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovemento do apelo.

II — Voto

Trata-se de delito envolvendo a ausência de cuidados necessários por parte dos pais com a adequada alimentação de infante que contava com apenas três meses de idade quando veio a óbito. Na inicial foi imputada a conduta delitiva também aos pais do ora apelante que, por sua vez, registraram o menor em seu nome, restando, porém, absolvidos.

Observa-se que o Conselho Tutelar da comarca de Jaguaruna vinha há tempo acompanhando o caso, aconselhando a apelante a respeito de como tratar adequadamente da vítima. Consta, ainda, dos autos, que a criança foi internada com problemas de saúde, tais como desidratação e desnutrição, entretanto, nenhuma documentação veio comprovar tais alegações.

Sustentam os apelantes que não tinham a intenção de produzir o resultado lesivo e tampouco de causar a exposição da vítima a perigo, tanto que ministravam alimentação, segundo recomendação médica, convencendo-se de que era realmente adequada para uma criança daquela idade.

Dispõe o art. 136 do CP: “Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispen-

sáveis (...) § 2º Se resulta a morte: Pena — reclusão, de quatro a doze anos. § 3º Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de catorze anos”.

Inicialmente, é de se esclarecer que o delito imputado exige o dolo de perigo como elemento subjetivo para a sua configuração, seja ele direto ou indireto, este último na forma eventual.

Acerca do dolo eventual ou indeterminado, ensina Hungria que: “quando a vontade, dirigindo-se a certo resultado, não recua ou não foge da prevista probabilidade de outro resultado, consentindo no seu advento, não pode haver dúvida de que esse outro resultado entra na órbita da vontade do agente, embora de modo secundário ou mediato (...). São bem conhecidas, a respeito do dolo eventual, as chamadas ‘fórmulas de Frank’. A primeira delas assim decide: ‘a previsão do resultado como possível somente constitui dolo, se a previsão do mesmo resultado como certo não teria detido o agente, isto é, não teria tido o efeito de um decisivo ‘motivo de contraste’. É esta a fórmula denominada ‘da teoria hipotética do consentimento’, a que o próprio Frank acrescentou esta outra (chamada ‘da teoria positiva do consentimento’): Se o agente se diz a si próprio: seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir, é responsável a título de dolo” (Comentários ao Código Penal, Forense, Rio de Janeiro, 1958, 4ª ed., vol. V).

A teor da prova testemunhal, em várias passagens foi mencionado que o Conselho Tutelar orientou a genitora, ora ré, sobre os cuidados necessários com a criança, mostran-

do-se ela interessada em cumprir as referidas orientações, bem como as recomendações médicas. Nesses termos, as suas declarações na fase policial: “(...) que a interroganda sabia cuidar de criança e nem saía de casa para cuidar da vítima; que a criança não passava fome; que a interroganda fazia mingau com leite Ninho sempre; que o alimentava três vezes por dia, de manhã, à tarde e à noite; que quem lhe ensinou a dar alimentação assim foi o Dr. Manoel; que sabe que criança tem que comer de três em três horas, mas o médico ensinou assim; (...) que a interroganda fazia a criança arrotar depois da mamadeira (...)” (declarações prestadas por Adriana da Luz J. Sebastião, fl. 56).

O réu, por seu turno, confirma as alegações da esposa, mas apresenta-se um tanto alheio ao tratamento dispensado à vítima, que “acha que é sua filha e desconhece se ela é filha do seu pai”, acrescentando que a “mulher sabia cuidar de criança e nem saía de casa para cuidar da vítima; que a criança não passava fome; que quando saíam à noite seu filho ficava com sua mãe ou sua sogra” (declarações prestadas por João Batista Vieira, fl. 58).

De outra sorte, Maria Solange J. Vieira mencionou que a ré tratava bem da criança, “que comia maisena com leite Ninho, que davam água e chá (...)” (fl. 60). Waldecir Ida Vieira, por sua vez, disse “que mora ao lado e via que a criança estava boazinha; que depois que saiu do hospital é que piorou; que a criança não engordava; que sua nora cuidava direitinho da criança e oferecia bastante comida, mas a criança não aceitava; que ela

trouxe a criança no posto mas não adiantou (...)” (fl. 63).

Os depoimentos prestados pelos conselheiros tutelares confirmam que os apelantes viviam em condições financeiras precárias, tendo sido, inclusive, fornecidas à família cestas básicas, fogão, gás, leite, fraldas, dentre outras utilidades. Nesse sentido, afirmou a testemunha Jalmor Victor de Souza que “o depoente tem comércio de gêneros alimentícios e que os acusados pediam ajuda às pessoas para se alimentarem” (fl. 83). Ao mesmo tempo, salientou a testemunha Arnaldo Pereira Garcia que “o denunciado João Batista sempre pedia dinheiro ao depoente para comprar leite para a criança; (...) que os avós e pais da criança são extremamente pobres” (fl. 85). Maria Rezende da Silva: “que é vizinha dos acusados, os quais são pessoas extremamente pobres; que conheceu a vítima e pode informar que era muito judiada porque eles não tinham como cuidar dela; que às vezes a depoente dava leite para a criança, assim como a testemunha Arnaldo; que a criança era muito magra” (fl. 92).

Além da extrema dificuldade financeira, comprovadamente enfrentada pelos familiares da vítima, há menção nos autos de que os apelantes apresentavam dificuldade de compreensão das recomendações recebidas do Conselho Tutelar e não as colocavam em prática: “(...) João era meio estranho no modo de agir, com um pouco de dificuldade na aprendizagem, lento no entendimento das explicações, parecendo um retardo mental; (...) que conhecendo a família dos acusados percebeu que eles têm um grau de dificuldade de aprender as co-

isas (...)” (fls. 85/86); “(...) que nenhum dos réus é normal, todos apresentam deficiência e dificuldade de compreensão (...)” (fl. 92); “(...) que Adriana é imatura e seus familiares são normais (...)” (fl. 70); “(...) que Adriana é criança e imatura (...)” (fl. 71).

Por outro lado, a testemunha Jania Aparecida Mendes Gomes afirmou que “Adriana tinha muito medo que tirassem seu filho e prestava bastante atenção nas orientações e dizia que estava seguindo à risca as orientações (...)” (fl. 77).

Entretanto, há menção na decisão condenatória sobre o depoimento prestado por Silézia Ferreira, no sentido de que: “(...) uma semana antes da morte a criança chorava a noite inteira acordando a vizinhança e foi até o muro ver o que estava acontecendo; que escutou João Batista dizer Adriana levanta e vai fazer comida para o menino; que então ela respondeu espera um pouquinho que estou com sono; (...) que recorda um dia no pátio da rua quando Adriana pediu para João Batista comprar remédio para dor de barriga da criança; que João Batista respondeu o seguinte: ‘Ele que vai tomar no cu dele’ (...)” (fl. 71).

Acontece que o contexto probatório dos autos não autoriza afirmar que os apelantes assumiram o risco da morte da vítima, pois não se tem notícia de até onde foram responsáveis e consentiram no resultado último da ação que efetivamente empreenderam.

Dessa maneira, o certo é que agiram de forma imprudente e negligente ao quedarem-se inertes diante da situação caótica em que se encontravam, já que dispunham do auxílio

do Conselho Tutelar e inclusive de assistência médica adequada.

Todavia, o referido delito não é punido a título de culpa e, em que pese a perplexidade causada pela conduta dos apelantes, não é possível, segundo a prova destes autos, aferir que tinham exata ciência de que, com as suas condutas, direcionavam o dolo ao perigo abstrato causador do resultado morte.

O convencimento, ao contrário, é o de que tinham ciência da dificuldade enfrentada pela família na criação do infante, mas pensavam que cumpriam adequadamente as orientações do Conselho Tutelar e dos médicos que os atenderam. Não havia previsão do perigo causado à vítima e muito menos consentimento no resultado dessa conduta, especialmente pelas condições sociais adversas em que viviam os apelantes.

Nesse aspecto, há precedente nesta Corte:

“Maus-tratos — Art. 136 do Código Penal — Pais que, em razão de sua formação cultural e do meio em que vivem, deixam de observar os necessários cuidados com a higiene e alimentação de filho menor — Vontade de expor a perigo a vida ou a saúde da criança não demonstrada — Inexistência de dolo — Absolvição — Recurso provido.

“O crime de maus-tratos resulta da conduta do agente que, dolosamente, vale dizer, querendo o resultado ou admitindo a sua ocorrência, coloca em risco a incolumidade física de pessoa que se encontra sob sua guarda ou vigilância, seja privando-a de alimentos ou cuidados indispensáveis, seja sujeitando-a a trabalho ex-

cessivo e inadequado ou, ainda, abusando de meios de correção.

“A circunstância de terem os pais de criança de quatro meses de idade se descuidado de sua alimentação e higiene, vindo a provocar revoltante quadro de desnutrição, inclusive com pneumonia grave e lesões crassas no corpo e na cabeça, por si só, não tipifica o delito do art. 136 do Código Penal, notadamente, como na espécie, se se trata de pessoas rudes, de poucos recursos, de nenhuma cultura, ignorantes da importância daqueles fatores no desenvolvimento do menor.

“O crime de maus-tratos somente é punível se demonstrado o dolo do agente”.

Do corpo do acórdão:

“O crime de maus-tratos resulta da conduta do agente que, dolosamente, vale dizer, querendo o resultado ou admitindo a sua ocorrência, coloca em risco a vida ou a saúde de pessoa que se encontra sob sua guarda ou vigilância, seja privando-a de alimentos ou cuidados indispensáveis, seja sujeitando-a a trabalho excessivo e inadequado ou, ainda, abusando dos meios de correção.

“Para Nelson Hungria, o elemento subjetivo da figura penal prevista no art. 136 do CP ‘é a vontade consciente de maltratar o sujeito passivo, de modo a expor-lhe a perigo a vida ou saúde. O dolo, quanto ao conteúdo de perigo, pode ser direto ou eventual. Basta, como diz Hafter, que o agente esteja consciente do efeito de perigo e assumo o risco’ (Comentários ao Código Penal, Forense, Rio de Janeiro, 1958, 4ª ed., vol. V, pág. 453).

“E Vicente Celso da Rocha Guasti, citando Heleno Cláudio Fragoso, observa ser imprescindível à configuração do delito ‘o dolo de perigo, ou seja, a vontade livre e consciente de expor a perigo a vida ou a saúde da vítima, através de maus-tratos (dolo direto), ou a aceitação do risco de tal exposição a perigo (dolo eventual). Este crime não se pune a título de culpa’ (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, 6ª ed., vol. I, tomo II, pág. 2.225).

“Mais adiante, com amparo em Euclides Custódio da Silveira, anota:

‘O crime de maus-tratos é essencialmente doloso, desconhecendo o Código a forma culposa. O dolo é a vontade consciente e livre de expor a perigo o subordinado, maltratando-o por qualquer dos meios indicados. É o mesmo e já referido dolo de perigo, que não constitui uma espécie própria e autônoma do dolo. Não há cogitar, na espécie, do mal denominado dolo específico, que preferimos chamar de elemento subjetivo do injusto. Como acentua Pisapia, é evidente que, em relação ao abuso de meios corretivos e disciplinares, não nos encontramos em face daquele fim ulterior, extrínseco ao fato, que integra o verdadeiro e próprio dolo específico. Basta a consciência e vontade de praticar o fato material, não se exigindo a consciência do abuso’ (obra e lugar citados).

“Julio Fabbrini Mirabete, a seu turno, complementa:

‘O crime de maus-tratos é exclusivamente doloso, exigindo a vontade de praticar qualquer uma das condutas referidas no tipo. Somente se compõe o delito, porém, quando

existir o animus corrigendi ou disciplinandi.

‘Entende Euclides Custódio da Silveira que não se exige a consciência do abuso, mas é ela indispensável sob pena de existir o erro. Já se decidiu, assim, que se exige para sua caracterização a manifestação clara e insofismável de que o agente se porta com nítida consciência de estar cometendo um ato anti-social’ (Manual de Direito Penal, Atlas, São Paulo, 1992, 6ª ed., vol. II, pág. 124).

“Na espécie, o conjunto probatório não permite concluir com certeza que os apelantes quiseram ou assumiram o risco de expor a perigo a vida da filha, revelando apenas que eles deixaram, em razão de sua formação cultural e do meio em que vivem, de tomar as medidas necessárias ao desenvolvimento sadio da menor.

“Segundo o apurado, devido à quase total falta de informações, não possuíam os pais o pleno entendimento da importância dos cuidados elementares com a higiene e alimentação adequadas de um recém-nascido. Tão logo a ignorância do casal que, desde o nascimento, a criança era alimentada com leite em pó, não tendo, ao que tudo indica, jamais provado o leite materno (...) Sueli Küstner, além de mal saber assinar o próprio nome, apresenta desenvolvimento mental incompleto, o que a levava a deixar de banhar sua filha com frequência e de trocar suas roupas, bem como de alimentá-la nas horas certas. Já Zilmar Patrício passava a semana inteira trabalhando no município de Presidente Getúlio, sendo que quando estava em casa procurava auxiliar a companheira, limitando-se, contudo, a dar mama-

deira para Taionara, já que em seu entender, por se tratar de tarefas tipicamente femininas, os demais cuidados para com a criança competiam exclusivamente à mãe (fl. 34).

(...)

“No tocante à dúvida quanto ao desenvolvimento mental de Sueli, a autoridade policial registrou que foi difícil proceder à sua inquirição, pois ela parecia ‘não ter noção de tempo e espaço e ter dificuldades de se expressar’ (fl. 21), o que também foi observado na sentença que a destituiu do pátrio-poder sobre a filha, tendo seu prolator declarado que nomeou uma ‘curadora especial à requerida em face de sua aparência de retardamento’ (fl. 103) e também que sua deficiência, embora não diagnosticada nos autos, era visível (fl. 105).

“Lamentavelmente, a extrema pobreza e a falta de informação de seus pais, que, aparentemente, não tinham a real noção da gravidade do estado de saúde de Taionara Patrício, quase levaram a menina à morte. No entanto, não há qualquer elemento nos autos, por menor que seja, a apontar que a vontade dos apelantes era colocar em risco a vida ou a saúde da filha ou que estivessem agindo de forma consciente. Ao contrário, lhes parecia normal e aceitável que a criança apresentasse o corpo coberto por assaduras e a aparência mostrada nas fotografias de fls. 11/14, não associando tais sinais à falta de higiene e de alimentação adequadas.

“Em casos semelhantes, já se decidiu:

‘O elemento subjetivo do crime de maus-tratos é a vontade consciente de maltratar o sujeito passivo, pro-

cedendo o agente por grosseria, irritabilidade, espírito de malvadez, prepotência, ódio, cupidez ou intolerância’ (JUTACRIM 54/233).

“Ou:

‘Não se vislumbrando, na conduta do acusado por maus-tratos, o dolo indispensável à configuração do delito, mantém-se a decisão absolutória’ (RT 588/351).

“Ainda:

‘Nos maus-tratos, o objeto da tutela penal é a incolumidade da pessoa humana, atingida conscientemente através de dolo de perigo, direto ou eventual’ (JUTACrim 100/207)” (Apelação Criminal n. 98.006427-9, rel. Des. Paulo Gallotti).

O delito imputado fora, sem dúvida, praticado na modalidade omissiva, pois os pais, ora apelantes, segundo a preambular acusatória, abstiveram-se de ministrar alimentação adequada e cuidados indispensáveis para a vítima com poucos meses de idade. Mas é necessário averiguar se há relação de causalidade entre a ação imputada e a morte da vítima. Por óbvio, segundo o resultado do laudo de exame cadavérico (fl. 7) e da constatação pelas fotografias acostadas (fls. 32/33), conclui-se que a vítima faleceu em razão da ausência dos mínimos cuidados de proteção exigíveis dos genitores, então responsáveis porque gozavam de higidez mental, segundo restou comprovado pela perícia realizada nos autos n. 282.97.000387-2/001 (fls. 13/24), em apenso. A respeito, denota-se que foram cumpridas as disposições dos arts. 149 e seguintes, e 158 e seguintes, todos do CPP, motivo por que não há reconhecer a impugnação ofereci-

da pelo apelantes nos referidos autos (fls. 27/28).

É o caso clássico, citado por Nelson Hungria, da mãe que deixa de amamentar o filho, vindo este a morrer de inanição. Continua o mestre por lecionar que “a omissão só tem relevância penal, como causa, quando é contrária ao dever jurídico” (Comentário ao Código Penal, v. 1, tomo 2, Forense, 1958, pág. 70). E como dever jurídico estão arroladas as hipóteses do art. 13, § 2º, do CP, verbis: “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

Assim, denota-se claramente que os apelantes assumiram a guarda de fato da vítima, apesar de estar registrada em nome dos réus, que restaram absolvidos da imputação. Destarte, o tipo penal não exige a presença de relação legal de guarda, bastando que o sujeito passivo esteja sob vigilância dos réus para uma das finalidades previstas, qual seja, o “tratamento”.

Há, igualmente, a informação de que a vítima permaneceu cerca de quinze dias internada no hospital, não sendo carreada aos autos qualquer informação relativa ao seu real estado de saúde na ocasião, seja na entrada ou saída da casa de saúde, principalmente no que se refere à alta hospitalar e ao tratamento ministrado. Tampouco foi ouvido o médico, Dr. Manoel, mencionado pela ré Adriana

no seu interrogatório judicial. Diante disso, não se pode afirmar com exatidão até que ponto a omissão dos apelantes deu causa ao resultado lesivo, já que providenciaram, ao menos, a internação da vítima em local adequado para tratamento, porém “a criança ao sair do hospital não estava plenamente curada, como pode-se observar nas fotos, pela sua debilidade; que os vizinhos comentam que a criança saiu do hospital debilitada, não estando totalmente curada, devendo ter permanecido por mais tempo no mesmo (...)” (depoimento prestado por Jalmar V. de Souza, fl. 83).

Aliado a tais argumentos, não se olvida que o delito imputado causa extrema revolta e repercussão social, não apenas em relação aos réus, imputados como responsáveis pelo ocorrido, mas especialmente quanto à omissão do Poder Público no tocante aos cuidados a ser dispensados às famílias em idênticas condições às que se encontravam e provavelmente ainda se encontram os apelantes. Fala-se do próprio Conselho Tutelar que acompanhou o caso (fls. 41/44) e deixou de tomar as medidas adequadas e impositivas que lhe competiam na ocasião oportuna, até pela evidente urgência que o caso requeria e pelas disposições do art. 136 da Lei n. 8.069/90 (ECA); e do próprio hospital que atendeu o infante, permitindo sua alta nas condições vislumbradas pelas fotografias de fls. 32/33.

Nesse norte:

“Maus-tratos — Menor desnudado — Ausência de determinação do grau de responsabilidade da mãe — Condenação — Impossibilidade: Quando não for possível a determinação de

até onde foi a mãe responsável pelo estado de desnutrição de seu filho, é inadmissível a condenação da mesma às penas do art. 136 do CP".

Do corpo do acórdão:

"Apurou-se no laudo pericial que a apelante, muito embora com uma problemática *sui generis* e com um histórico singular, à época dos fatos, apresentando perturbação da saúde mental, ao tempo da ação tinha a plena capacidade de entender o caráter criminoso ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

"O que se precisa indagar agora é se as pessoas têm a possibilidade de compreender a aflição e difícil vida que leva a apelante (...)" (RJDTACRIM 20/122-123).

Adoto, ainda, como fundamentação, parte do acórdão relatado pelo Juiz Corrêa de Moraes, no tocante ao julgamento de caso análogo ao presente, publicado no Boletim do IBCrim n. 98, de janeiro de 2001, sob a seguinte intitulação: "Da absoluta impossibilidade de confundir as privações acarretadas pela miséria com o crime de maus-tratos".

"(...) Nos exatos termos da peça vestibular, os maus-tratos consistiriam em se verem os menores privados, por obra intencional de seus pais, os apelantes, de 'alimentação, estudo, higiene e vestuário'. (...) Conceitualmente, a 'privação' corresponde a um sistemático e prolongado descumprimento do dever de prover à subsistência dos sujeitos passivos (...) a alimentação a considerar para integração do tipo é a 'estritamente suficiente' (...) de que o provedor é capaz, não sendo lícito perder de vista suas restrições orçamentárias (...).

"Ora bem, dos autos, não se acolhem evidências de que os sujeitos passivos fossem submetidos pelos apelantes a dieta ainda mais escassa do que a 'extrema pobreza' e o ganho 'insuficiente' lhes permitiam assegurar à prole.

(...)

"De imediato, há de ser extraído de tais premissas um seqüente irrecusável: esse comportamento não é próprio de quem se orienta por vontade livre e consciente de expor a vida e saúde dos filhos a perigo!

(...)

"(...) Sim, os apelantes, à época demarcada na denúncia, entregavam-se, por vezes, ao consumo excessivo de bebida alcoólica.

"Mas, o que se pode humanamente esperar de quem está mergulhado em 'extrema pobreza'?" (...)

(...)

"(...) Eis o ponto nevrálgico: 'o elemento subjetivo ou dolo específico do crime em questão é a vontade consciente de maltratar o sujeito passivo, de modo a expor-lhe a vida ou saúde' (Hungria, op. cit., pág. 453). (...)

(...)

"(...) Caso, por conseguinte, não é de lhes impor pena, mas de ter pena de sua 'extrema pobreza' e desventuras correlatas.

(...)

"Penas? Sim, no Dia do Juízo, mas para os idealizadores e guardiães de um perverso modelo socioeconômico; para a burguesia insensível; para o patriciado rural que se cerca de pistoleiros a fim de resguardar terras

improdutivas; para certa instituição religiosa — com vergonhoso passado de atrocidades, falcatruas, simonia, obscurantismo —, empenhada em obstruir e anatematizar programas de planejamento familiar, uso de métodos contraceptivos, condenando os As. e as Rs. a se encherem de filhos que mal poderão alimentar e vestir!

“Enfim, por que acrescentar à ‘extrema pobreza’ o labéu de maus-tratos aos filhos e logo a quem tem sido e continuará sendo tão maltratado pela vida?”

“Pelas razões expostas, proponho seja dado provimento à apelação, para absolver (CPP, art. 386, III)” (TACrim/SP, 7ª Câmara Criminal, voto n. 7.679, Ap. Crim. n. 1.175.803/0).

Ademais, é significativo registrar que os apelantes já foram severa-

mente punidos por sua conduta omissiva com a perda do próprio filho.

III — Decisão

Pelo exposto, dá-se provimento aos recursos para absolver os apelantes pelo delito imputado na inicial, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, lavrando parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 5 de junho de 2001.

Jorge Mussi,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

RECURSO CRIMINAL

RECURSO CRIMINAL N. 01.002628-2, DE SÃO CARLOS

Relator designado: Des. Torres Marques

Recurso em sentido estrito — Imputação de homicídio duplamente qualificado, praticado contra três vítimas — Pronúncia em relação a duas — Irresignação da defesa — Impronúncia em relação à terceira — Recurso ministerial — Tratamento médico — Vítimas em estado de saúde grave — Doença em fase terminal — Certidões de óbito atestando a morte natural — Ausência de exame necroscópico — Exigência do art. 158 do CPP — Denúncia oferecida dois anos após a última morte — Possibilidade do suprimento pela prova peri-

cial indireta (art. 167 do CPP) se a imputação encontra amparo no contexto probatório — Contraditoriedade e insuficiência da prova testemunhal e pericial — Ausência de comprovação do nexo de causalidade ou etiológico entre os efeitos da medicação ministrada pelo réu e a morte das vítimas — Princípio do in dubio pro societate inaplicável à hipótese vertente — Hermenêutica do art. 408 do CPP — Ausência de prova da materialidade em relação a todas as vítimas — Recurso ministerial desprovido — Impronúncia mantida — Proviemento ao recurso da defesa — Despronúncia em relação às demais vítimas.

O art. 408 do CPP, quando menciona que o juiz deve convenecer-se da existência do crime, não exige mais do que a sua íntima convicção, amparada objetiva e subjetivamente na evidência do contexto probatório, até como corolário dos princípios da persuasão racional e segurança jurídica, que se sobrepõem, nesta fase, à dúvida que fomenta a decisão de pronúncia.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 01.002628-2, da comarca de São Carlos, em que são recorrentes/recorridos a Justiça, por seu Promotor, e Gilmar Luiz Brustolin:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, conhecer do recurso da defesa e dar-lhe provimento, para despronunciar o réu, negando-se provimento ao recurso ministerial. Vencido o Relator, que votou no sentido de negar provimento aos recursos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de São Carlos, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Gilmar Luiz Brustolin, dando-o como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos III e IV, c/c art. 61, inc. II, alíneas g e h,

ambos do Código Penal, por três vezes, em razão dos seguintes fatos delituosos, assim narrados na exordial:

“O denunciado Gilmar Luiz Brustolin, médico credenciado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina, sob o n. 5708, vem atuando na sua profissão há alguns anos, nesta cidade de São Carlos, mais especificamente junto à Fundação Hospitalar Padre João Bertier. Nessa atividade, entre os anos de 1992 e 1995, rumores entre funcionários do Hospital davam conta de que o referido denunciado, prevalecendo-se de sua função, vinha abreviando a vida dos pacientes, mediante prescrições e aplicações de medicamentos inadequados e excessivos. Essa situação foi-se tornando insustentável, a tal ponto que muitas funcionárias do Hospital, especificamente auxiliares de enfermagem e atenden-

tes, procuravam se esquivar de qualquer atuação com o acusado.

“Finalmente, os fatos vieram a público, procedendo-se à investigação policial, com todas as dificuldades que esse tipo de assunto encerra. Existem notícias de que as mortes de pacientes provocadas pelo médico em referência foram incontáveis, no entanto, apesar dos esforços da digna autoridade policial, por ora, apenas três desses homicídios estão lastreados de suporte indiciário suficiente para propositura da ação penal.

“Concretamente, utilizando-se de medicamentos na condição de veneno, o denunciado praticou os seguintes crimes:

“1. Em data de 22 de janeiro de 1993, encontrava-se internado no Hospital local, aos cuidados do denunciado, a vítima Ângelo Zanella Sobrinho, de 68 anos de idade, que sofria de doença respiratória. O internamento já vinha de alguns dias. Naquela tarde, porém, o denunciado Gilmar, a quem a vítima e seus familiares haviam confiado esperanças de cura e vida, decidiu matar o paciente. Prescreveu-lhe aplicação sucessiva de valium, insulina e cloreto de potássio. O paciente não era diabético.

“A auxiliar de enfermagem Marlice Kolling, que se dirigira ao quarto do paciente levando a bandeja com as três seringas, cada uma contendo uma das drogas acima descritas, manifestou sua inquietude ao médico Gilmar Brustolin, que a aguardava junto ao leito do paciente. Todavia, o denunciado disse-lhe que não havia engano na prescrição e que se limitasse ela a aplicar as injeções ‘na veia’ da vítima. Temerosa diante da autoridade

de do médico, a infeliz enfermeira iniciou a aplicação dos medicamentos. Todavia, ao perceber que o paciente indefeso estava perecendo, recusou-se a prosseguir, tendo o denunciado Gilmar afastado da vítima, prosseguindo ele mesmo na injeção das drogas mortais. Poucos minutos depois, o resultado morte do paciente, objetivado pelo denunciado, veio a se concretizar.

“2. Em 11 de julho de 1994, o denunciado fez aplicar uma dose letal de insulina no paciente septuagenário José Pedro Dalberto, com o propósito claro de matá-lo. Esse resultado inevitável acabou ocorrendo menos de duas horas após a aplicação da dose letal. A insulina é medicamento aplicado em diabéticos e, em outros casos, como o presente, possui a condição de veneno letal.

“3. Olita Specht, de 55 anos de idade, que possuía um tumor cerebral e estava internada no Hospital Padre Berthier, foi assassinada pelo denunciado em data de 27 de março de 1995. O delito foi consumado mediante aplicação de altas doses de valium, dolantina, insulina e cloreto de potássio, aplicadas na corrente sanguínea através de soro glicosado. Essa prescrição letal, ordenada pelo denunciado Gilmar Luiz Brustolin, foi inserida no soro pela auxiliar de enfermagem Ilse T. Simon, tendo iniciado a evolução para a morte. Todavia, enquanto a vítima apresentava ainda sinais de vida, o denunciado determinou à enfermagem que a medicação (veneno) letal fosse repetida. Essa sobredose, no entanto, não chegou a ser aplicada porque, um pouco depois da meia-noite daquele dia 27 de março, a vítima veio a falecer.

“Nos três crimes descritos, o denunciado valeu-se de recurso que impossibilitou a defesa das vítimas, já que referidas pessoas estavam sob sedativos, imobilizadas no leito do hospital” (fls. 2/4).

O representante do Ministério Público requereu a decretação da prisão preventiva do réu (fls. 147/148), sendo o pedido indeferido (fls. 149/151).

Durante a instrução, foi procedido o interrogatório do réu (fls. 237v./238), colhido o depoimento das testemunhas (fls. 249/255, 261/265v., 346/353, 359,380), bem como deferida a prova pericial (fl. 277) e, após apresentados os quesitos, sobreveio o laudo de fls. 300/315, complementado pelo de fls. 340/341.

Concluída a instrução, vieram as alegações finais (fls. 362/374 e 382/395) e a decisão que acolheu em parte a denúncia, para pronunciar o réu (362/374) como incurso no tipo penal do art. 121, § 2º, III e IV, do Código Penal, em relação às vítimas Ângelo Zanella Sobrinho e Olita Specht, impronunciando-o em relação à vítima José Pedro Dalberto.

Inconformados, o representante do Ministério Público e o réu interuseram recurso em sentido estrito.

O Ministério Público insurge-se contra a parte da decisão que impronunciou o réu, sustentando que o exame de corpo de delito indireto é perfeitamente válido para comprovar a materialidade do delito, já que não havia possibilidade de realizá-lo diretamente em face do tempo decorrido desde a morte da vítima José Pedro Dalberto. Também alega que a prova testemunhal, aliada às conclusões do

laudo pericial (fls. 301/315), são suficientes para comprovação da materialidade delitiva, pois o réu era o médico responsável pelo tratamento da vítima, ministrando-lhe medicação “excessiva e inadequada à terapêutica indicada para os quadros clínicos apresentados”. Além disso, há indícios suficientes da autoria, devendo-se, então, aplicar o in dubio pro societate para pronunciar o réu nos termos da imputação inicial, reformando-se a decisão neste ponto.

O réu, por sua vez, objetiva a reforma da decisão, para impronunciá-lo também quanto ao delito imputado em relação às outras duas vítimas, pois não há prova suficiente de sua materialidade, não bastando as certidões de óbito acostadas, que não comprovam a sua causa ilícita. Alega, ainda, que a prova acolhida para suprir o corpo de delito direto é “frágil, contraditória e suspeita”. Já os indícios acolhidos para amparar a autoria, segundo o recorrente, não passam de meras presunções, esteadas na “versão isolada de testemunhas, contraditórias consigo mesmas, com outras ou com documentos, ou desmentindo-se em Juízo”. Tece também considerações sobre os depoimentos prestados, bem como a perícia realizada e a ficha de evolução de enfermagem, com vista a rechaçar os argumentos tendentes a atribuir-lhe a autoria da causa mortis das vítimas.

Contra-arrazoados os recursos, ascenderam os autos, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Robison Westphal, pelo conhecimento dos recursos, provendo-se tão-somente o interposto pelo Ministério Público.

II — Voto

Trata-se de recursos em sentido estrito, interpostos pelo Ministério Público e por Gilmar Luiz Brustolin, com fundamento no art. 581, IV, do Código de Processo Penal, insurgindo-se contra a decisão que pronunciou o réu como incurso no art. 121, § 2º, III e IV, do Código Penal (duas vezes), quanto ao delito cometido contra as vítimas Ângelo Zanella Sobrinho e Olita Specht, impronunciando-o no tocante ao homicídio qualificado, igualmente imputado, em relação à vítima José Pedro Dalberto, isso “por não existirem nos autos elementos que convençam da existência do crime” (fls. 396/410).

Inicialmente, cumpre salientar que para prolação da decisão de pronúncia são necessários dois requisitos, indicados no art. 408, caput, do Código de Processo Penal: convencimento acerca da existência do crime e indícios de que o réu seja o seu autor.

Segundo E. Magalhães Noronha, “numerosas são as definições de pronúncia: ‘é a decisão pela qual declara o juiz a realidade do crime e a sua suposição fundada sobre quem seja seu autor’; ‘é a decisão em que se apuram a existência do crime, a certeza provisória da autoria e indícios da responsabilidade do réu’; ‘pronúncia é a decisão pela qual o juiz estabelece a existência de um crime e quem seja o seu autor’; é a sentença em que, julgada procedente a denúncia ou queixa, é o réu considerado indiciado em infração penal, provada na sua materialidade, para o efeito de, com o nome lançado no rol dos culpados e sujeitos à prisão imediata, ser submetido ao julgamento definitivo

pelo Tribunal do Júri” (in Curso de Direito Processual, 21ª edição, 1992, págs. 251/2).

Continua o mestre por lecionar sempre no sentido do convencimento do magistrado acerca da “existência do crime”, “indícios da autoria” e “motivos do (referido) convencimento”.

Culmina citando a *communis opinio doctorum*, no sentido de “ser necessária a prova plena da existência do crime e de indícios sérios da autoria”. Mais especificamente quanto à existência do delito, menciona ser necessária “prova convincente”, enquanto à autoria bastam os indícios; e finaliza: “Numa palavra: a pronúncia exige o *corpus delicti*, isto é, o fato típico demonstrado e a prova indiciária da autoria” (ob. cit., pág. 252).

Nesse contexto, faz-se necessário perquirir a qualificação jurídica do delito cometido (homicídio), a fim de possibilitar a correlação entre a ação (autoria) e o resultado (materialidade), o que se nomina relação de causalidade. Assim, conforme lição doutrinária, o homicídio é delito material, ou seja, aquele deixará necessariamente vestígios externos decorrentes de sua prática, como, por exemplo, um cadáver, o sangue, os instrumentos utilizados etc. Porém, tais fatos não bastam para aferir com razoável e necessária certeza a existência do crime. De fato, não é possível responsabilizar alguém pela morte natural de outrem, citando-se aqui o clássico exemplo do crime impossível por impropriedade do objeto — as facadas desferidas em cadáver. Necessário, sob esse prisma, que o agente tenha contribuído de qualquer forma, segundo o art. 29 do Código Penal, na pro-

dução do resultado lesivo. A morte da vítima, v.g., tem que decorrer necessariamente das facadas desferidas, como no exemplo citado, ou, pelo menos, o resultado dever-se-á ao desdramamento natural da ação do agente, a teor da interpretação do art. 13 do Código Penal.

Ainda sobre o crime material, leciona Mirabete que “há necessidade de um resultado externo à ação, descrito na lei, e que se destaca lógica e cronologicamente da conduta. Esse resultado deve ser considerado de acordo com o sentido naturalístico da palavra, e não com relação ao seu conteúdo jurídico. Exemplos são o homicídio (morte) (...)” (Manual de Direito Penal, Atlas, 5ª edição, pág. 134).

Já que o homicídio é delito material, é necessário perquirir se os elementos probatórios acostados nos autos são suficientes para justificar um juízo de certeza acerca da existência do crime na fase de pronúncia, ou seja, se os vestígios do seu cometimento estão suficientemente demonstrados pelas provas produzidas. Fala-se, até aqui, da certeza da materialidade do delito.

Há nos autos certidões de óbito das vítimas letais (fls. 78,80 e 82), todas fundamentadas no atestado médico firmado pelo próprio réu.

O mais estranho é que, segundo as referidas certidões, as vítimas faleceram em 22/1/93 (Ângelo Zanella Sobrinho), 28/3/95 (Olita Specht) e 11/7/94 (José Dalberto), e o procedimento investigatório só teve início em 23/1/97, ou seja, quase dois anos após a última morte, data esta em que o Delegado de Polícia recebeu ofício oriundo da Promotora de Justiça da

comarca de São Carlos (fl. 7), no qual fora requisitada a instauração de inquérito policial, em vista das declarações prestadas perante o órgão ministerial, somente no mês de dezembro de 1996, por Maria Noeli Gritzmann, Ivanilde Maciel de Almeida, Elaine Maria Nicolai Eckert, Maria Leonilda Barckert, Ilse H. Simon, Mari Fischer e Inês Mossman Hoss, todas enfermeiras que teriam atendido às vítimas letais durante o processo mórbido, internadas naquela ocasião no Hospital Padre João Berthier, localizado no município de São Carlos.

As *causae mortis* atestadas nas mencionadas certidões são, respectivamente: Olita Specht — tumor cerebral; Ângelo Zanella Sobrinho — deficiência respiratória aguda; José Dalberto — acidente vascular cerebral.

Não foi produzido o exame pericial cadavérico, até pelo tempo de morte decorrido, o que supostamente tornou inviável a sua realização, o que era indispensável, conforme a letra do art. 158 do CPP, disciplinando o chamado exame pericial direto.

Entretanto, lastreou-se a acusação nos fundamentos contidos no art. 167 do CPP, que disciplina o exame pericial indireto, admitido doutrinária e jurisprudencialmente quando houverem desaparecido os vestígios da infração, como é o caso.

Não há olvidar a valorosa contribuição prestada pela prova testemunhal e demais recursos probatórios, dos quais se socorreu o Magistrado na instrução do feito para posteriormente, fundado neles, proferir a decisão ora gastada.

Contudo, reconhecida a validade dos depoimentos, da perícia e dos demais documentos colacionados, com o fim de suprir o auto de exame cadavérico ou de corpo de delito, é imprescindível que os referidos elementos probatórios tenham o condão de suprir, com informações precisas e, por isso, críveis, a ausência da prova primacial, de que já não dispunha o Magistrado para lastrear o convencimento. Dito isso, conclui-se que o contexto probatório é válido, mas deve ser preciso no sentido da afirmação indubitável da materialidade do delito.

A relação de causalidade não diz respeito apenas à autoria do delito, mas à correspondência entre a influência desta e a causa do evento lesivo, chamada materialidade. Não basta, portanto, a presença de um cadáver, é necessário que se demonstre o que causou a morte, se o réu contribuiu, de que forma, com a conduta descrita na exordial acusatória, para o desfecho daquele resultado letal.

Damáσιο ensina que o “terceiro elemento do fato típico é o nexó de causalidade entre o comportamento humano e a modificação do mundo exterior (resultado). Cuida-se de estabelecer quando o resultado é imputável ao sujeito, sem atinência à ilicitude do fato ou à reprovação social que ele mereça (culpabilidade)” (Direito Penal. 1º volume, Saraiva, 1999, pág. 249).

Até o início das investigações criminais, acreditava-se que a causa da morte das vítimas era natural, até porque estavam acometidos de doença grave e terminal, com intenso sofrimento físico. Não se tinha conheci-

mento de causa estranha e ilícita, suficiente para abreviar o processo mórbido. As suspeitas levantadas pelas citadas enfermeiras devem ser examinadas com afincó e em conjunto com o contexto probatório, para aferir, ao final, se há certeza da materialidade dos delitos imputados, requisito indispensável para pronúncia.

Feitas essas considerações, passo ao exame do contexto probatório.

O réu afirmou por ocasião do seu interrogatório judicial que: “(...) Ângelo Zanella Sobrinho (...) apresentava como diagnóstico doença pulmonar obstrutiva crônica, hiperplasia de próstata, e distúrbios gástricos, podendo ser gastrite ou úlcera (...); nega que a este paciente ministrou insulina e cloreto de potássio; referentemente ao medicamento valium este já vinha usando de forma normal recomendado para o seu quadro clínico; (...) também usava broncodilatadores, antibióticos e antiácidos” (fl. 237v.). Nega a imputação descrita na denúncia, especialmente as afirmações da testemunha Marlize Kolling, no sentido de que lhe tivesse tomado a seringa para aplicar cloreto de potássio e insulina neste paciente.

Com relação à vítima José Pedro Dalberto, afirma que: “(...) apresentava o seguinte quadro patológico: ‘tumor de testículo, diabetes, e hipertensão arterial sistêmica’; a medicação ministrada a este é aquela constante do prontuário; (...) insulina era a medicação adequada (...); a causa mortis deu-se pela evolução natural do seu quadro clínico; (...) este paciente estava em estado terminal (...) e (...) inconsciente” (fl. 237v.).

No tocante à vítima Olita Specht, afirma que: "(...) tinha o seu estado de saúde grave, fora medicada com analgésico (...), solicitando a realização de uma tomografia em caráter de urgência; (...) constatando-se edema cerebral e uma massa indefinida pelo próprio exame; (...) posterior realização de uma craniotomia (cirurgia cerebral), (...) constatando-se uma das formas mais malignas de tumor cerebral; (...) foi submetida a quimioterapia; (...) os médicos de Chapecó informaram que o quadro era gravíssimo e irreversível; (...) afirma não ter ministrado cloreto de potássio (...) fora ministrado dolantina e valium, na forma constante do prontuário pelo próprio interrogando firmado; (...) foi ministrado insulina na quantidade de 45 unidades (...); quando fora internada já pela segunda vez, época do óbito, veio de casa em estado de coma" (fls. 237v./238).

As testemunhas, por sua vez, afirmaram em Juízo que: "(...) com relação à vítima Ângelo Zanella (...) afirma que não estava junto e nada presenciou (...); com referência à vítima João Pedro Dalberto, igualmente não se recorda se acompanhou o paciente ou não; (...) não recorda se as vítimas mencionadas na denúncia tiveram atendimento ou prescrição de medicamento em caráter emergencial; não sabe se com referência às vítimas o acusado prescreveu medicamentos por telefone (...); que havia comentário entre as enfermeiras de que a medicação prescrita pelo acusado seria inadequada e excessiva e que possivelmente levaria a óbito; fato que motivou as enfermeiras a assinarem conjuntamente as fichas de evolução de enfermagem; (...) essa decisão foi an-

tecedida de uma reunião entre enfermeiras e a depoente; esta reunião foi feita por algumas enfermeiras, mais aquelas que davam plantão à noite; o que decidiram não foi comunicado a terceiros; (...) no entender da depoente a metodologia usada é inadequada; quanto a serem excessivas ou não, acha que um médico tem melhores condições de resposta; (...) que pessoalmente não procurou esclarecer tal caso com o acusado; (...) que não estava presente no momento em que foi ministrado qualquer medicamento às vítimas; que insulina a paciente não diabético, ao que sabe, pode ser fatal, achando que quem melhor pode responder é um médico; (...) não se acha em condições técnicas de responder se a insulina pode ser diluída em soro glicosado (...); desconhece o motivo de internação e qual era o estado de saúde das vítimas, exceto Olita Specht, a qual tinha tumor cerebral; os comentários que havia não eram verificados, inclusive a questão da extração dos dentes de ouro de uma paciente, pelo menos nunca verificou" (grifei) (depoimento prestado por Elaine Maria Nicolai Eckert, diretora do serviço de enfermagem do Hospital de São Carlos, fls. 249/250).

"(...) que trabalhava na ala dois do hospital, onde estava internado Ângelo Zanella; (...) que não preparou ou mesmo aplicou valium, insulina ou cloreto de potássio para tal paciente; (...) que os medicamentos antes referidos são de uso normal no dia-a-dia do hospital; não sabe dizer, entretanto, se a combinação dos três para o mesmo paciente é normal ou indicada; (...) não recorda do paciente José Pedro Dalberto, ou mesmo do que lhe foi ministrado; (...) não sabe se sempre era

anotado na ficha de evolução do paciente; (...) recorda da paciente Olita Specht (...); não chegou a ministrar qualquer medicamento para Olita; não conhecia o quadro clínico da mesma; o acusado não pediu para a depoente pegar os medicamentos de Olita; não viu o acusado aplicar qualquer medicamento nas vítimas descritas na denúncia; que houve comentários no hospital que o acusado aplicava medicamentos em excesso; (...) indagou ao acusado o porquê daquela medicação, respondendo este 'para o paciente ficar mais tranquilo'" (depoimento prestado por Mari Fischer, fls. 251/252).

A testemunha Mari Fischer também afirmou que o próprio réu preparou o medicamento no posto, constante de valium, insulina e cloreto de potássio (fl. 251v.).

A testemunha Lauro Beirith, médico, afirmou em Juízo que as vítimas José Pedro Dalberto e Olita Specht não foram seus pacientes, ao contrário de Ângelo Zanella Sobrinho, e que encaminhou ao Conselho Regional de Medicina a documentação arquivada no hospital para que fossem investigadas as denúncias formuladas por Pedro Augusto Ramos da Silva, então auditor do SUS e Secretário da Saúde. Continuou por relatar a aplicação tecnicamente adequada, a seu ver, dos medicamentos valium, insulina e cloreto de potássio.

A testemunha Lucila Weit Mossmann, auxiliar de enfermagem, afirma em Juízo que: "(...) lembra ter atendido a vítima Ângelo Zanella Sobrinho; (...) que nunca ouviu comentários no hospital de que o acusado prescrevia medicamentos com a in-

tenção de tirar vidas de pacientes; que ao que se recorda não havia receios pelas enfermeiras, inclusive da depoente de aplicar medicamentos prescritos pelo acusado; (...) que o paciente José Pedro Dalberto estava entre a vida e a morte (...) com câncer (...); que recorda agora que a medicação que aplicou, constante da fl. 22, foi precedida da autorização da enfermeira Elaine, a qual apanhou a prescrição com o Dr. Gilmar; (...) nunca presenciou o acusado aplicar pessoalmente medicação em qualquer paciente" (fl. 261).

A testemunha Sizenando Souza Filho disse que somente Ângelo Zanella fora seu paciente, negando o fato quanto a Olita Specht e afirmando não se recordar disso quanto à vítima José Dalberto. Relatou como comumente utiliza os medicamentos insulina, valium e cloreto de potássio, bem como seus efeitos no organismo e o registro do procedimento nas fichas de enfermagem. Disse, ainda, que o acusado atribuiu as acusações a "sacanagem da enfermagem", entendendo a expressão como "uma atitude imprópria das mesmas que deveriam antes falar com o próprio acusado, ou mesmo porque alguém da enfermagem poderia não gostar do acusado" (fls. 262/263v.).

Maria Leonilda Barckert afirma em Juízo que "recorda de Ângelo Zanella Sobrinho mas não aplicou qualquer medicamento no mesmo; não recorda da vítima José Pedro Dalberto, nem mesmo se aplicou medicamento neste; recorda da paciente Olita Specht mas não aplicou qualquer medicamento na mesma". Continuou por relatar o procedimento médico em relação ao acusado, no sentido de que

havia comentários de que prescrevia doses excessivas às vítimas, o que era registrado na ficha de prescrição médica, bem como nas fichas de evolução médica do acusado, assinadas conjuntamente pelas enfermeiras. Também afirma que “não recorda o nome da pessoa que teria dito à depoente que o acusado mandava aplicar medicação repetida e na forma que antes apontou, ou seja, primeiro uma enfermeira e após outra; que não viu ninguém aplicar os medicamentos na paciente Olita; que não viu o acusado prescrever insulina para qualquer das vítimas; que não sabe dizer se aqueles pacientes que segundo a depoente receberam doses excessivas de insulina foram a óbito” (fl. 264v.).

A testemunha Ilse Hoelfe Simon afirma: “que recorda do paciente Ângelo Zanella Sobrinho mas não aplicou ou viu aplicar medicação no mesmo, inclusive o acusado; que não atendeu, aplicou ou viu alguém aplicar medicação em José Pedro Dalberto inclusive o acusado; que atendeu a paciente Olita Specht e aplicou medicação prescrita por telefone, pelo acusado; a medicação era cloreto de sódio, cloreto de potássio, insulina e valium; que anotou esta medicação na ficha de evolução da enfermagem, sendo a de fl. 211”. Relatou também que havia comentários de que a medicação era excessiva, mas salientou: “que o normal da aplicação da insulina é subcutânea e em últimos casos dá para fazer na veia, ou seja, quando se está à beira da morte (...); que o estado de saúde da paciente Olita era câncer terminal ‘não tinha mais o que fazer’; (...) só aplicou medicação a Olita uma vez” (fl. 266v.).

A acusação restou fundamentada principalmente no depoimento da testemunha Marlize Kolling Feit, prestado à fl. 253 e verso, no qual afirma que cumpriu determinação do réu, aplicando na vítima Ângelo Zanella Sobrinho os medicamentos valium, insulina e cloreto de potássio, sendo que posteriormente saiu do quarto e o próprio réu continuou a aplicação do medicamento cloreto de potássio. Disse também que: “nada sabe acerca das vítimas José Pedro Dalberto (sic) e Olita Specht (...); que o acusado disse para que ficasse tranqüila, pois fez aquilo para tirar o paciente da dor e do sofrimento (...); que na época do óbito de Ângelo Zanella não era feito ficha de evolução de enfermagem, havendo apenas controle em caderno, onde anotavam mínimas coisas” (fl. 253v.).

Entretanto, chama atenção o fato de que a própria filha da vítima Ângelo Zanella, Marlene Renck, afirmou à fl. 352 que “(...) estava no quarto quando seu pai faleceu; que antes de falecer seu pai estava praticamente em coma há aproximadamente oito dias; que no dia que seu pai faleceu não viu a enfermeira Marlize Kolling Feit no hospital; que o plantão desta enfermeira era à noite e por isto não entrou nenhuma vez para aplicar injeção no seu pai; que pelo que se recorda não foi aplicado nenhuma injeção no dia em que seu pai faleceu; (...) que não viu o Dr. Gilmar aplicar nenhuma injeção em seu pai; que o Dr. Gilmar atendeu o seu pai como se fosse o pai dele”.

Saliente-se, ainda, que os demais depoimentos foram embasados em circunstâncias genéricas ocorridas no decorrer do período em que as enfermeiras procederam ao atendimento

das vítimas, sem que fosse ressaltado, em nenhum momento, exceto pela testemunha Marlize Feit com relação a Ângelo Zanella Sobrinho, o momento específico em que, por efeito da medicação ministrada, viessem as vítimas a falecer.

Vitar Francisco Dalberto, filha da vítima José Pedro Dalberto, afirmou em Juízo que “estava junto com seu pai quando do falecimento; que estava direto no hospital; que não houve comentários sobre a medicação errada aplicada na vítima; que a situação do seu pai já era grave e não foi agravada repentinamente; (...) que no dia do óbito não foi aplicada nenhuma injeção; que não viu a aplicação de injeção durante o internamento” (fls. 350/351).

Guido Specht, filho da vítima Olita Specht, afirmou que “esteve junto com a vítima aproximadamente questão de meia hora antes de ela falecer; que já estavam vendo pela aparência da vítima que a mesma deveria falecer naquela noite; que não viu o Dr. Gilmar nesta noite; que dois dos seus filhos estavam junto com a mãe quando a mesma faleceu; que ninguém lhe disse se o Dr. Gilmar aplicou injeção na vítima naquela noite; que o remédio era fornecido à vítima através de soro” (fl. 348).

Segundo a prova testemunhal, há menção de que as vítimas estavam acometidas de mal grave, inclusive em estado terminal, e havia comentários de que o réu prescrevia medicamentos em quantidades inadequadas ou excessivas, o que era registrado no prontuário médico ou, como nominavam, “fichas de evolução da enfermagem”, as quais eram subscritas por to-

das as enfermeiras presentes na ocasião de sua feitura. Exemplo delas encontra-se às fls. 21/22, onde se relata o estado grave dos pacientes, assim como a medicação prescrita pelo acusado.

O Magistrado encarregado da instrução do feito subscreveu o ofício acostado por cópia à fl. 46, requisitando ao Presidente do Conselho Regional de Medicina os originais dos prontuários e fichas de evolução médica das vítimas, o que fora surpreendentemente descumprido por aquela instituição, sob o argumento da preservação do segredo médico e sigilo pericial, fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal.

Não se dispõe, portanto, dos referidos documentos.

Os médicos Lauro Beirith e Sizenando Souza Filho subscreveram documento inoficioso (fl. 92), ou seja, sem revestir o caráter de prova pericial, concluindo que: “o medicamento insulina somente poderá ser usado em pacientes comprovadamente portadores de diabetes mellitus tipo I, tipo II quando não é possível controlar a glicemia sangüínea com hipoglicemiantes orais e dieta hipocalórica. Para comprovar o uso de insulina é necessário o exame de glicemia (dosagem de glicose no sangue). Cloreto de Potássio: não pode ser aplicado diretamente na veia do paciente, independentemente da sua concentração, porque leva a parada cardíaca conseqüente”.

Às fls. 110 a 146 foram juntados os prontuários médicos das vítimas, bem como cópias de exames realizados, relatando os primeiros a medicação ministrada. Juntamente com essa documentação estão as in-

formações prestadas por meio de apenas três históricos de evolução de enfermagem, em que está relatada a situação médica das vítimas José Pedro Dalberto, somente no dia 11/7/94 (fl. 115), Olita Specht, no dia 28/3, 28/10, 29/10 — não foi mencionado o ano (fls. 134 e 138), constatada a desordem seqüencial até pela própria representante do Ministério Público no parecer de fls. 153/155.

Por meio do ofício de fl. 162, subscrito pelo administrador do hospital de São Carlos, há a informação de que “o hospital não tem controle de estoque, que possa identificar as saídas de medicamentos para o Dr. Gilmar, nos dias 21 e 22 de janeiro de 93, 10 e 11 de julho de 94 e 27 de março de 95”.

Os documentos de fls. 167 a 188 são imprestáveis para o fim a que se destina a presente ação penal, porquanto não há relação com o réu e as vítimas letais.

A nova documentação de fls. 197 a 232 limita-se à reprodução dos documentos solicitados e acostados anteriormente.

Determinada a realização de prova pericial e cumpridas as formalidades pertinentes, inclusive com a apresentação de quesitos, sobreveio o laudo de fls. 300 a 315, no qual ficou constatado, segundo os quesitos formulados, que: “(...) 2) A aplicação de cloreto de potássio deve ser procedido de algum exame laboratorial? Qual? Resposta: (...) cabendo ao médico avaliar a eficácia dessa reposição pelo exame clínico ou laboratorial, a seu critério, (...) portanto o médico pode iniciar a hidratação e ou reposição hidroeletrólítica e posteriormente acom-

panhar o desempenho de tal atitude laboratorialmente se assim achar necessário (...); 3) Cloreto de potássio pode ser usado por via intravenosa? Resposta: Sim (...); 5) A insulina pode ser utilizada diluída em soro glicosado? Quais as conseqüências de sua utilização dessas formas? Resposta: Sim (...) diminuição da hipoglicemia (...) um grama de glicose para cada unidade de insulina (...); 6) A aplicação combinada das substâncias valium, insulina, dolantina e cloreto de potássio pode trazer conseqüências adversas ao paciente? Resposta: Qualquer substância que seja administrada seja por quaisquer via de administração deve ter sua dose terapêutica avaliada pelo seu prescritor (...) Quanto às drogas citadas, (...) devemos considerar dose e vias de administração (...); 7.2) Os medicamentos ministrados à vítima, e a quantidade deles, eram adequados ao quadro clínico apresentado? Resposta: Considerando-se apenas as poucas informações de descrição clínica na definição do diagnósticos de internação (fls. 119, 122, 128, 129), sim consideramos as medicações de indicação em situações de diagnósticos semelhantes (...); 7.4) Com o quadro clínico apresentado pela vítima, era justificável a aplicação de valium, insulina e cloreto de potássio? E nas quantidades ministradas? Resposta: A dose observada na prescrição, (...) não poderia ser considerada de uma forma genérica como de risco para o paciente citado. Obs.: a prescrição do número de ampolas de valium na folha 131 está rasurado de duas para três ampolas. Quanto às drogas insulina e cloreto de potássio, nada encontramos que nos leve a afirmar que as

mesmas tenham sido prescritas a este paciente (...); 7.5) Algum dos medicamentos ministrados, isolado ou interagindo com outros, ou pela sua quantidade causou ou precipitou a morte da vítima? Resposta: (...) fica prejudicado afirmar ou negar qualquer ato ou terapêutica que possa ter influenciado e ou causado a morte da vítima. Anafilaxia, toxidade, aplicação inadequada, não observância de sinais vitais e horários rígidos de aplicação pela enfermagem (...); (Quanto à vítima José Pedro Dalberto) (...) 8.1) A vítima foi submetida a exame para verificar a taxa de glicose no organismo? Resposta: Sim (...); 8.2) Os medicamentos ministrados à vítima, e a quantidade deles, eram adequados ao quadro clínico apresentado? Resposta: (...) portanto não se pode correlacionar terapêutica prescrita com quadro clínico, contudo na prescrição não chama atenção quantidades que possam sugerir doses acima das usuais; (...) 8.3) Com o quadro clínico apresentado pela vítima, era justificável a aplicação de valium, insulina e dolantina? E nas quantidades ministradas? Resposta: (...) fica prejudicada pois desconhecemos a concentração (...) as doses ali prescritas, na última internação, não sugerem exagero num quadro com tais diagnósticos (...); 9.2) Os medicamentos ministrados à vítima, e a quantidade deles, eram adequados ao quadro clínico apresentado? Resposta: (...) a medicação prescrita poderia ser considerada como sintomática nesses quadros, isto é, corrigindo sintomas e sinais que o paciente viesse a apresentar durante a internação, já que pouco poderia se fazer em decorrência da evolução de tal patologia (tumor cerebral) (...) a

quantidade de unidades está nitidamente rasurada, (...) teoricamente foi aplicada duas vezes, o que discorda do único relato da evolução da enfermagem (fl. 138) (...); 9.4) Com o quadro clínico apresentado pela vítima, era justificável a aplicação de valium, dolantina, insulina e cloreto de potássio? E nas quantidades ministradas? Resposta: A dose ali relatada não imprime um exagero na terapêutica (...) quanto à insulina fica difícil afirmar que tal prescrição está em desacordo com o diagnóstico da internação (não podemos falar em quadro clínico pois não há relato do mesmo) (...); 10) Outras considerações que os Srs. Peritos consideram relevantes sobre o caso (...): Resposta: Gostaríamos de chamar a atenção para o verdadeiro descaso por parte da entidade hospitalar em resguardar seus mais preciosos documentos, que são os prontuários de seus pacientes (...) Enfermagem que se limita a escrever e descrever apenas no momento que lhe convém, e não quando o ato que é por ela realizado e ou observado (...) não somente no prontuário mas também nos depoimentos vimos que o desencontro de informações e a falta de memória vem cada vez mais afirmar a mais antiga das afirmações dentro da prática pericial: o que não é escrito se perde no tempo (...); — A utilização combinada das substâncias valium e dolantina, diluídas em 1000 mililitros de soro glicosado, num gotejamento de 12 gts por minuto, é letal? Resposta: Na maioria da população não; — Em face da prova constante dos autos é possível afirmar que a causa mortis do paciente Ângelo Zanella Sobrinho? Ou melhor, é possível afirmar que citado paciente veio a óbito em decorrência da

medicação prescrita pelo réu? Resposta: Não; — Considerando-se que o paciente José Pedro Dalberto era portador de tumor de testículo, acidente vascular cerebral, diabetes, pode ser considerada adequada a medicação prescrita pelo réu? Resposta: Dentro das dosagens que se consegue ler, sim. — As quantidades prescritas pelo réu eram adequadas ao estado clínico apresentado pelo paciente José Pedro Dalberto? Resposta: A descrição do quadro clínico é insuficiente para responder tal colocação; — Os medicamentos prescritos pelo réu (...) foi que determinou sua morte? Resposta: Não; (Quanto à vítima Olita Specht) — Considerando que a paciente Olita Specht era portadora de tumor cerebral, pode ser considerada adequada a medicação prescrita pelo réu? Resposta: Sim, exceto a insulina NPH que no prontuário incompleto da paciente não se encontrou relatos laboratoriais e ou clínicos que indicassem seu uso naquele momento (...) salienta que a dosagem e via de administração são totalmente diferentes na prescrição e no relato da enfermagem”.

Manifestando-se sobre o laudo, afirma a Promotora de Justiça na petição de fls. 317/318: “Conforme se pode observar do laudo pericial acostado à fl. 300 usque 315, as respostas aos quesitos formulados pelas partes, não oferecem qualquer subsídio capaz de formar-se um juízo seguro acerca dos métodos utilizados pelo acusado para consumação dos delitos narrados na exordial acusatória, cuja comprovação depende exclusivamente da análise, do ponto de vista médico, dos medicamentos aplicados nas vítimas (...)”.

Por ocasião da resposta aos quesitos formulados em complementação do laudo pericial, conforme determinado no despacho de fl. 319, manifestou-se o perito Luiz Tsuyoshi Inouê, médico legista, neste sentido: “(...) concluo, mediante a pouca informação existente nos prontuários, não ser possível, analisando tecnicamente, concluir acerca das condições que levaram as vítimas ao óbito, assim, concordo integralmente com as respostas aos quesitos já respondidos pelos colegas peritos acima citados” (fl. 340).

Nesse contexto, extrai-se do atento exame da prova produzida que não há informações exatas no laudo de evolução da enfermagem sobre a quantidade e tempo de aplicação da alegada prescrição do medicamento cloreto de potássio, exceto que fora na via intravenosa, o que por si só não é letal, conforme resposta do laudo pericial.

O cloreto de potássio pode ser letal, mas depende das variáveis quantidade e tempo (concentração por MEQ em mililitros) em relação às vítimas, das quais não se dispõe nos presentes autos, especialmente nos prontuários médicos e laudo de evolução da enfermagem.

Quanto à insulina, não se tem notícia exata, principalmente nas prescrições médicas nos laudos de evolução de enfermagem, se foram cumpridos os padrões recomendados na perícia realizada, especialmente quanto à dosagem adequada às vítimas na situação periclitante em que se encontravam, ou seja, entre a vida e a morte, persistindo a dúvida sobre a letalidade dos medicamentos alega-

damente ministrados na hipótese dos autos.

Também não há informações exatas sobre a ministração conjunta dos medicamentos valium, insulina e dolantina em relação a qualquer das vítimas, bem como do descuido médico em relação ao acompanhamento dos pacientes.

As medicações prescritas no laudo de evolução de enfermagem não são suficientes para embasar o juízo de certeza acerca da causa mortis, imprescindível para caracterização da materialidade delitiva.

As informações constantes dos autos, especialmente no tocante às fichas de evolução médica, aos prontuários, à perícia e aos depoimentos das enfermeiras que teriam atendido às vítimas fatais, são extremamente duvidosas quanto à letalidade dos medicamentos supostamente ministrados às vítimas pelo réu. Sobre isso, não há registro idôneo nos prontuários médicos e nas fichas de evolução de enfermagem que comprovem a referida circunstância. Realmente, é estranha e desorganizada a anotação nas fichas de enfermagem, indícios suficientes da irresponsabilidade da chefia de enfermagem.

As menções nos depoimentos de que o réu teria justificado a aplicação do medicamento para “tirar da dor e do sofrimento ou abreviar o sofrimento da vítima” não significa que tivesse efetivamente aplicado a medicação para causar a letalidade das vítimas.

Também não foram juntadas aos autos as conclusões do Conselho Regional de Medicina sobre o processo administrativo instaurado contra o

réu, apesar de mencionado o envio de toda a documentação hospitalar ao referido órgão, em relação às vítimas.

O hospital onde faleceram as vítimas não mantinha arquivada a documentação relativa aos seus prontuários, apresentando apenas os documentos constantes dos autos, imprestáveis até mesmo para conclusão pericial, como foi relatado pelos peritos médicos (fls. 300/315).

Diante desse contexto e da inquirição sobre se “o réu, no dia ..., por volta de... horas, no local..., produziu nas vítimas..., com instrumento..., as lesões corporais descritas no laudo de exame de corpo de delito de f... (ou exame necroscópico)? E que: Essas lesões foram a causa da morte da vítima?”, impossível tecer um juízo de certeza, como é imprescindível nesta fase, sobre a materialidade do delito.

Ainda quanto à materialidade delitiva, anoto precedente do Superior Tribunal de Justiça, mais precisamente o voto do Ministro Edson Vidigal, em caso semelhante ao presente:

“(…) Assim é que, mormente quanto à materialidade, enxergo mal valorada a prova, esta que exige comprovação inequívoca, à margem de dúvida qualquer. Na composição do binômio, a materialidade assume papel de relevo, porque requer prova palpável, concreta, estanque de dúvida. (...) Há que existir o convencimento do julgador quanto à existência real do crime, ao contrário da autoria que reclama apenas indícios. Vale dizer: a materialidade não se exaure com indícios, veementes, ou não. A prova há que ser completa, não permitindo dúvida. (...)

(...)

“A dúvida, séria e fundada sobre essa perfectibilidade, no caso dos autos, a exemplo dos precedentes, levou-se à admissão do recurso, por enxergar má valoração da prova, cujo enfoque correto poderá alterar a questão de direito.

(...)

“Nestes autos, de relação à materialidade, senti que foi desprezada a prova eminentemente técnica sem contra-argumento da mesma força probante.

(...)

“A complexidade do motivo determinante da decisão não permite de distinguir se o juiz se pronunciou sobre fato ou sobre direito.

(...)

“Transpondo essas realidades jurídicas para o caso destes autos, vejo que o Dr. Juiz a quo e o acórdão recorrido, mantenedor da decisão de pronúncia, incorreram claramente nessa errônea valoração, desprezando prova técnica sem a contrapartida ao menos equivalente como exercício de inteligência.

(...)

“Conheço, pois, do recurso, tanto pela letra a do permissivo constitucional, porque enxergo violado o art. 408 do CPP, como pela letra c (...)

“Dou provimento ao recurso para impronunciar o recorrente” (STJ — Recurso Especial n. 3829/RJ).

Relata o voto do Ministro Fláquer Scartezzini, nos mesmos autos: “(...) Além do mais, a *communis opinio doctorum*, inspirando-se ainda em textos expressos anteriores, proclama que é necessária a prova plena da existência do crime (...) quanto à exis-

tência do delito, é mister prova convincente (...) Noutras palavras, conclui o Mestre (Magalhães Noronha): ‘a pronúncia exige o *corpus delicti*, isto é, o fato típico demonstrado’”.

Especificamente quanto à relação de causalidade, “o elemento essencial na caracterização do homicídio (como afirma Almeida Júnior, em suas Lições de Medicina Legal, pág. 209) é o nexo de causalidade entre o êxito letal e a lesão que, por comissão ou omissão, o agente ocasionou. (...) Dela surgirão, por exemplo, hipóteses como estas: 1 — Inexistência de qualquer lesão de origem criminosa: presença apenas de lesões patológicas, evidenciando morte natural (...)”.

São também as lições de Fláminio Fávero, em sua obra Medicina Legal, 12ª edição, pág. 255: “Na perícia, há que se distinguir, desde logo, as lesões diretamente mortais, imediata ou mediata que sejam, porque causa eficiente da morte por sua natureza e sede, daquelas lesões que só produzem a morte indiretamente, quando totalizadas com uma preexistência ou superveniência mórbida. (...) As lesões indiretamente mortais demandam maiores cuidados do perito que deverá, desde logo, colher elementos para demonstrar que a lesão por si (natureza e sede) não tinha idoneidade suficiente para produzir a morte em outro indivíduo em condições diversas. A morte sobreveio porque a lesão se assomou a uma preexistência mórbida, ou a condição personalíssima que a perícia demonstra, ou a superveniência diretamente ligada à referida lesão, em continuidade que deve ser provada e que também podia ser evitada com o regime adequado”.

Data venia o voto do Exmo. Des. Relator, tais informações não constam nos autos, especialmente no tocante às provas pericial indireta e testemunhal.

A jurisprudência desta Corte, citada pelo próprio réu/recorrente, não destoa do entendimento já esposado anteriormente:

“A primeira questão a ser verificada no processo, portanto, diz respeito à materialidade, ou mais especificamente, como quer a lei processual, a ‘existência do crime’.

“Reside justamente na materialidade a dúvida existente nos autos, já que a prova acerca da existência do crime é inconclusiva.

“O laudo de exame cadavérico de fl. 17 não define a causa da morte da vítima, indicando-a como ‘prejudicado’. (...) Procedeu-se à exumação do cadáver, mas a conclusão sobre a causa mortis é ‘indeterminada’”. (Na hipótese citada, ainda havia exame cadavérico e laudo de exumação, o que está ausente nestes autos.)

“Temos, então, indefinida a causa mortis, de tal sorte a não se poder ao menos afirmar se foi ou não provocada. Essa circunstância favorece sobremaneira os acusados, de modo a impedir mesmo, pelo menos neste estágio, a prolação de decisão de pronúncia.

(...)

“(...) Em se tratando da própria existência do crime, decidi o Supremo Tribunal Federal, ‘nenhuma distinção estabeleceram as leis entre a sentença do sumário e a do plenário ou do julgamento’. Para que qualquer delas possa ser regularmente proferida,

no sentido da procedência da acusação, o juiz há de ter pleno conhecimento do delito; este a ele se terá de revelar em positiva demonstração, como que ressurgindo da prova em manifestação perfeita, completa, irrecusável. Magarino Torres, igualmente: ‘Note-se, de início, que a lei exige, quanto ao fato criminoso, certeza ou convencimento. Não bastam indícios sobre as circunstâncias da ação do acusado, sendo mister verificação plena, quer do fato, quer da sua natureza criminoso’.

(...)

“Isto posto, (...) impronuncio os acusados (...)” (Recurso Criminal n. 8.613, relator Des. Álvaro Wandelli).

Por fim: “Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Homicídio culposo. Nexo causal. Delito imputado a médico. (...) Ausência, contudo, de exame necroscópico e de nexo de causalidade ante o evento letal e conduta do acusado. (...) Inteligência dos arts. 121, § 3º, do Código Penal, e 158 do Código de Processo Penal. Sem o laudo de exame de necropsia ou cadavérico não há prova capaz de materializar o crime de homicídio, porque o atestado de óbito apenas materializa a morte da vítima. Diante de tal omissão, não há como se afirmar o nexo de causalidade entre o evento letal e a conduta do acusado” (Apelação n. 380.059.3, 10ª Câmara Criminal, rel. Costa Manso, 23/5/85, in Deontologia, Erro Médico e Direito Penal, Edmundo Oliveira, Forense, 1998, págs. 143/144).

Assim é que, nesta fase, não se trata de afastar a aplicação do clássico princípio *in dubio pro societate*, o qual diz respeito apenas aos indícios

da autoria, dos quais ora não se trata, pois a controvérsia gira em torno da certeza da materialidade do delito.

Retornando à interpretação do art. 408 do Código de Processo Penal, quando menciona que o juiz deve convencer-se da existência do crime, não exige mais do que a sua íntima convicção amparada objetiva e subjetivamente na evidência do contexto probatório, até como corolário dos princípios da persuasão racional e segurança jurídica, que se sobrepõem, nesta fase, à dúvida que fomenta a pronúncia.

Diante de todo o exposto, por estarem ausentes os elementos probatórios que reputo indispensáveis para comprovar o nexos etiológico entre a morte das vítimas e a conduta imputada ao réu, afastando, assim, a materialidade delitativa, requisito indispensável para a prolação da decisão de pronúncia, é de ser dado provimento ao recurso do réu, para despronunciá-lo quanto aos delitos imputados em relação às vítimas Ângelo Zanella Sobrinho e Olita Specht, mantendo-se a decisão que o impronunciou pelo delito imputado em relação à vítima José Pedro Dalberto.

III — Decisão

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso da defesa, para despronunciar o réu quanto aos delitos imputados em relação às vítimas Ângelo Zanella Sobrinho e Olita Specht; negando-se provimento ao recurso ministerial, para manter a impronúncia quanto ao delito imputado em relação à vítima José Pedro Dalberto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mau-

rílio Moreira Leite e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva.

Florianópolis, 24 de abril de 2001.

Jorge Mussi,
Presidente para o acórdão;
Torres Marques,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do Des. Irineu João da Silva:

Pronúncia — Homicídio qualificado — Prova suficiente da materialidade e indícios da autoria — Exame de corpo de delito indireto — Competência do Tribunal do Júri para dirimir as controvérsias existentes.

O que se exige para a pronúncia é a prova da materialidade, isto é, da existência da infração. Quando desaparecidos os vestígios da infração penal, pode o magistrado formar seu convencimento pelo corpo de delito indireto, consubstanciado pelas demais provas dos autos.

“Nos termos do art. 408 do Código de Processo Penal, não é necessária a prova incontroversa da existência do crime para que o acusado seja pronunciado. Basta, para tanto, que o juiz se convença daquela existência. Assim não fosse, o acusado seria garantidamente impronunciável sempre que se pudesse sustentar a tese do auto-exterminio ou da morte accidental” (RTJ 63/476).

Data venia do entendimento dos meus pares, a pronúncia está fundamentada e encontra eco na prova amealhada na instrução, devendo prevalecer, pois não se pode perder de vista que, segundo o disposto no art.

408 do CPP, “se o Juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que seja o réu o seu autor, pronunciará-o, dando os motivos do seu convencimento”.

Ora, como se sabe, a competência para o julgamento dos crimes contra a vida é, constitucionalmente, atribuída ao Tribunal do Júri, cabendo ao magistrado a pronúncia do acusado quando existirem indícios suficientes de autoria e materialidade, declarando a viabilidade da acusação.

Hermínio Alberto Marques Porto, com sua reconhecida autoridade sobre o assunto, escreve que, “na fundamentação necessária à decisão de pronúncia, a valoração das provas, envolvendo indícios de autoria relacionados com a culpabilidade, é expressada nos limites de uma verificação não aprofundada, mas eficiente à formação de um esquema classificador” (Júri, Procedimento e Aspectos do Julgamento, 6ª ed., RT, 1990, pág. 77).

Assim, deve-se ressaltar que não cabe, neste momento processual, qualificar provas à exaustão ou classificá-las detidamente conforme a sua firmeza.

Para a impronúncia, é preciso que os indícios do processo sejam de tal forma insignificantes, que não convençam o juiz da existência do crime ou de que seja o réu o seu autor, pois nesta fase a decisão deve ser pro societate, tornando o Tribunal do Júri a instância adequada para a resolução da lide, refletindo a opinião da sociedade quanto ao fato delituoso, e, portanto, constituindo-se como “juízo fundado de suspeita, não o juízo de certeza que se exige para a condena-

ção. Daí a incompatibilidade do provérbio *in dubio pro reo* com ela. É a favor da sociedade que nela se resolvem as eventuais incertezas propiciadas pela prova. Há a inversão da regra *in dubio pro reo* para *in dubio pro societate*. Por isso, não há necessidade, absolutamente, de convencimento exigido para condenação, como a confissão do acusado, depoimentos de testemunhas presenciais etc” (Julio Fabbrini Mirabete, Processo Penal, 4ª ed., SP, Atlas, 1995, pág. 480).

Os indícios de autoria exigidos pelo art. 408 do Código de Processo Penal, segundo a lição do Mestre Hermínio Alberto Marques Porto, “são as conexões entre fatos conhecidos no processo e a conduta do agente, na forma descrita pela inicial penal; o indício ‘suficiente’ de autoria oferece uma relativa relação entre um primeiro fato e um segundo advindo da observação inicial, e devem tais indícios, para que motivem a decisão de pronúncia, apresentar expressivo ‘grau de probabilidade que, sem excluir dúvida, tende a aproximar-se da certeza’”, acrescentando que “o ajuizamento do feito pela decisão de pronúncia, no tocante à autoria, não necessita chegar à formação de um convencimento absoluto, devendo ficar, no tocante à explicitação, limitado à apresentação de dados que representem indícios de que o acusado é autor dos fatos descritos na inicial, dados que justifiquem a possibilidade de ser a autoria reconhecida pelos jurados” (Júri, 6 ed., 1990, pág. 74).

No Supremo Tribunal Federal afastou-se a exigência da parte do Juiz de absoluta convicção de que o agente indicado tenha sido o autor do crime, assentando-se que tal contraria-

va a doutrina e divergia de padrões jurisprudenciais fixados no entendimento “de que a sentença de pronúncia dispensa prova plena e pode fundamentar-se em simples indícios, capazes de determinar a suspeita jurídica necessária ao juízo da acusação” (RTJ 52/316). Anotou-se no voto que na pronúncia o Juiz deve ser especialmente cauteloso, não se podendo antecipar o julgamento do Júri, devendo dizer, até o momento processual de que se cuida, “e se há indícios suficientes para a decisão provisória, em razão da qual o réu se sujeita a julgamento do Tribunal do Júri” (RTJ 55/314).

2. No caso, os requisitos que embasam a sentença de pronúncia, quais sejam, a materialidade do delito e indícios de sua autoria, a teor do art. 408 do CPP, estão presentes. O primeiro exsurge das certidões de óbito que demonstram com clareza a ocorrência da morte de Olita Specht, decorrente de tumor cerebral (fl. 78), Ângelo Zanela Sobrinho, de insuficiência respiratória aguda (fl. 80) e de José Pedro Dal Berto, de acidente vascular cerebral (fl. 82).

Segundo o entendimento majoritário, do qual ousei discordar, não há provas da materialidade do crime a ensejar a pronúncia do recorrente, haja vista a ausência do corpus delicti.

Como se sabe, “o corpo de delito, na clássica definição de João Mendes, é o conjunto dos elementos sensíveis do fato criminoso. Diz-se direto quando reúne elementos materiais do fato imputado. Indireto, se, por qualquer meio, evidencia a existência do acontecimento delituoso. A Constituição da República resguarda serem

admitidas as provas que não forem proibidas por lei. Restou, assim, afetada a cláusula final do art. 158 do CPP, ou seja, a confissão não ser idônea para concorrer para o exame de corpo de delito. No processo moderno, não há hierarquia de provas, nem provas específicas para determinado caso. Tudo que lícito for, idôneo será para projetar a verdade real. No caso concreto, além da confissão, houve depoimento de testemunha” (STJ — HC n. 2.454, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 12/4/93, pág. 6.085).

Sobre a matéria, também assentou esta Corte:

“O exame de corpo de delito direto pode ser suprido, quando desaparecidos os vestígios sensíveis da infração penal, por outros elementos de caráter probatório existentes nos autos da persecutio criminis, notadamente os de natureza testemunhal, documental e pela própria confissão do agente na polícia e em juízo” (Ap. Crim. n. 97.002848-2, de Canoinhas, rel. Des. Genésio Nollí, j. 16/9/97).

Julio Fabbrini Mirabete é explícito:

“Ensina a doutrina que não há qualquer formalidade para a constituição do corpo de delito indireto, normalmente revelado por prova testemunhal. O juiz deve inquirir a testemunha sobre a materialidade do fato e suas circunstâncias e a palavra dela bastará para firmar o convencimento do julgador, de acordo com o princípio da livre apreciação. A única restrição prevista na lei a respeito é a de que o exame de corpo de delito indireto não pode ser suprido exclusivamente pela confissão do acusado. No mais, a prova da existência do crime pode ser for-

mada por qualquer elemento probatório não vedado em lei” (Processo Penal, SP, Atlas, 1995, 4ª ed., pág. 270).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

“Habeas corpus — Alegada nulidade do procedimento penal por ausência do exame de corpo de delito — Inocorrência — Possibilidade de suprimento do exame pericial por outros elementos probatórios — Pedido indeferido.

“O exame de corpo de delito direto pode ser suprido, quando desaparecidos os vestígios sensíveis da infração penal, por outros elementos de caráter probatório existentes nos autos da persecutio criminis, notadamente os de natureza testemunhal ou documental.

“Os postulados da verdade real, do livre convencimento do magistrado e da inexistência de hierarquia legal em matéria probatória admitem e legitimam — consoante orientação jurisprudencial firmada pela Suprema Corte — a utilização da prova testemunhal, da prova documental e, até mesmo, da confissão do próprio réu, como elementos hábeis ao válido suprimento da ausência do exame pericial de corpo de delito. Precedentes: RTJ 84/425, 89/109, 103/1.040 e 112/167.

“O magistrado sentenciante pode, em consequência — e desde que não mais subsistam os vestígios materiais da infração penal — recorrer, para efeito de prolação de seu ato decisório, a outros meios de convicção, não obstante a ausência do exame pericial. A falta do laudo pericial não deve conduzir, necessariamente, à decretação da nulidade do processo.

Ante a inexistência ou insuficiência dos elementos probatórios, deve o juiz, como ordinário efeito consequencial, proferir o non liquet” (HC n. 69.174-9, Rio de Janeiro, rel. Min. Celso de Mello, j. 7/4/92).

Além disso, o próprio Código de Processo Penal dispõe que “o Juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte” (art. 182), devendo formar sua “convicção pela livre apreciação da prova” (art. 157).

Assim, o que se exige para a pronúncia é a prova da materialidade, isto é, da existência da infração. Quando desaparecidos os vestígios da infração penal, pode o magistrado formar seu convencimento pelo corpo de delito indireto, consubstanciado pelas demais provas dos autos.

Nesse sentido manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

“Nos termos do art. 408 do Código de Processo Penal, não é necessária a prova incontroversa da existência do crime para que o acusado seja pronunciado. Basta, para tanto, que o juiz se convença daquela existência. Assim não fosse, o acusado seria garantidamente impronunciável sempre que se pudesse sustentar a tese do auto-exterminio ou da morte acidental” (RTJ 63/476).

A jurisprudência desta Casa navega no mesmo rumo:

“Mesmo não sendo possível o laudo de exame de corpo-delito por não ter deixado vestígios para confirmar a materialidade do ilícito, a prova testemunhal, incluindo depoimentos de médicos, juntamente com as demais provas trazidas à baila, poderá suprir-lhe a falta” (Rec. Crim. n.

96.004515-5, de Palmitos, rel. Des. Genésio Noll, j. 18/2/1997).

Em verdade, os fatos foram bem delineados pelo Dr. Augusto César Allet Aguiar na decisão atacada, colhendo-se como razões de decidir neste aspecto:

“A investigação iniciou quando as auxiliares de enfermagem Maria Noeli Gritzmann (fl. 9), Ivanilde Maciel de Almeida (fl. 10), Maria Leonilda Barkert (fls. 13/14), Ilse T. Simon (fls. 15/16), Mari Fischer (fls. 17/18) e Inês M. Hoss (fls. 19/20), bem como a enfermeira Elaine Maria Nicolai Eckert (fls. 11/12), procuraram a Promotoria de Justiça desta Comarca, relatando fatos ocorridos no Hospital Padre João Berthier, relacionados com a conduta médica do réu, que inquietaram referidas profissionais, uma vez que, segundo elas, o acusado prescrevia, e por vezes aplicava, combinações de medicamentos que, diante do conhecimento que possuíam, por longos anos de profissão, julgavam excessivos e impertinentes, sendo que, posteriormente, os pacientes que recebiam tais tratamentos faleciam.

“Não obstante nos autos estejam relacionadas outras vítimas, a denúncia imputou ao réu a prática de homicídio contra Ângelo Zanella Sobrinho, José Pedro Dal Berto e Ollita Specht.

“Da vítima Ângelo Zanella Sobrinho.

“A auxiliar de enfermagem Marilize Kolling Feil declarou em juízo:

“Que trabalhou como auxiliar de enfermagem no hospital de São Carlos de agosto de 1986 a julho de 1993; que recorda com referência ao paciente Ângelo Zanella Sobrinho,

que apanhou de uma bandeja três seringas contendo cada qual insulina, cloreto de potássio e valium, e atendendo ordem do acusado, começou a administrar tais medicamentos no mesmo; que a quantidade de insulina era de um ml, valium era mais de uma ampola e sendo que cada uma contém dois ml; cloreto de potássio devia ser uma ampola, de aproximadamente dez ml; o paciente estava com soro que estava na veia do paciente; que chegou a aplicar o valium, mas ficou confusa e em dúvida; após, ao aplicar a insulina, questionou o acusado se era para ser na veia mesmo, ao que respondeu: ‘estou mandando aplicar’; começou a aplicar e voltou a perguntar se era para aplicar mesmo, pois estava em dúvida acerca da maneira de aplicar a insulina, ou seja, endovenosa; também achou que era dose excessiva; que já havia atendido Zanella em vezes anteriores e não sabia se o mesmo era diabético; novamente perguntou se era para aplicar tal medicamento e novamente respondeu que estava mandando, ‘quem sou eu para duvidar do procedimento médico’; que sentiu que o paciente estava ‘apagando’, respirando mais lento e praticamente entrando em coma; ficou nervosa e entrou em choque, recordando que o acusado pediu para que aplicasse mais rápido; momento em que deixou de aplicar o cloreto de potássio, saindo do quarto; que nesse momento o acusado apanhou a seringa das mãos da depoente e continuou a aplicar; que minutos após soube que o paciente fora a óbito; que em sua vida profissional nunca havia aplicado a seriação valium, insulina e cloreto de potássio; normalmente aplica-se insulina via subcutânea, sendo que valium

é usado diluído em soro, via endovenosa ou subcutânea, dependendo da dose; o cloreto de potássio era usado normalmente diluído em soro (...) que após o óbito de Ângelo Zanella ficou inquieta, passando noites sem dormir e na companhia de duas colegas foi conversar com o acusado, que disse para que ficasse tranqüila, pois fez aquilo para 'tirar o paciente da dor e do sofrimento'; que se sentia abalada psicologicamente, já que tinha boa relação com a vítima (...) comentou na hipótese de eutanásia, respondendo o acusado que sempre tinha um familiar sabendo do que iria acontecer; ao que recorda naquele dia, a vítima Zanella não apresentava um quadro alterado, estando apenas dispnéico (sic), com falta de ar (...) (fl. 253 e verso).

"O Dr. Lauro Beirith, médico do Hospital Pe. João Berthier, prestou as seguintes declarações:

'Que Ângelo Zanella Sobrinho, por uma ou duas ocasiões fora paciente do depoente; estava acometido de doença pulmonar crônica; para esse quadro pulmonar crônico não administraria valium, insulina e cloreto de potássio; esses medicamentos, em dose excessiva, são letais (...) insulina a paciente não diabético pode ser letal; esse medicamento, dependendo da situação pode ser ministrado na forma endovenosa como subcutânea, ou mesmo diluída em soro glicosado (...) a seriação valium, dolantina, insulina e cloreto de potássio, em dose excessiva, pode ser letal; dolantina tem aplicação como analgésico, insulina é usada somente para diabéticos, ou que precisam de insulina; valium é usado como sedativo; cloreto de potássio é recomendado para pacientes desidratados e com insuficiência de

potássio no organismo (...) examinando os docs. de fl. 119 e seguintes, referentes a Ângelo Zanella Sobrinho, afirma não haver exame de laboratório; para aplicar-se insulina, é imprescindível o prévio exame de sangue, para controle da quantia de glicose no sangue; não recorda se Ângelo Zanella era diabético, achando que não era (...) (fl. 254 e verso).

"Temos ainda o depoimento do filho da vítima, Zeninho Zanella, que afirmou 'que seu pai não era diabético e não tomava insulina' (fl. 346).

"Ora, é público e notório que a insulina 'constitui a base do tratamento de praticamente todos os pacientes com diabete Tipo I e de muitos pacientes com diabete Tipo II' (As Bases Farmacológicas da Terapêutica, Goodman & Gilmar, pág. 980).

"E o acusado, ao aplicar insulina nesta vítima, que não possuía diabete, provavelmente levou o mesmo a uma hipoglicemia (taxa de glicose no sangue abaixo do normal). Tal quadro leva o paciente 'de confusão suave a obnubilação severa, como conclusões, hipotensão, diaforese, arritmias e parada cardíaca' (Cirurgia: Diagnóstico e Tratamento, de Richard Stillman, pág. 245).

"Quanto à aplicação de cloreto de potássio diretamente na veia, procedimento adotado pelo acusado, conforme testemunhou a auxiliar de enfermagem Marlice Feil, os peritos respondendo ao quesito n. 4 (fl. 302), são unânimes em afirmar que o mesmo é letal.

"Dessa forma, os elementos probatórios colhidos levam à convicção de que houve prática de homicídio

contra a vítima Ângelo Zanella Sobrinho.

“Da vítima José Pedro Dal Berto

“A auxiliar de enfermagem Lucila Weit Mossmann prestou o seguinte depoimento em juízo:

“Que trabalhava como auxiliar de enfermagem no hospital de São Carlos, de onde saiu há três anos (...) que o paciente José Pedro Dal Berto estava entre a vida e a morte, com aparelhos; ao que recorda estava com câncer; que recorda agora que a medicação que aplicou, constante da fl. 22 foi precedida da autorização da enfermeira Elaine, a qual apanhou a prescrição com o Dr. Gilmar (...) que efetivamente aplicou os medicamentos constantes de fl. 22; que para aplicar aqueles medicamentos seguiu a medicação constante de fl. 204 (...) (fl. 261).

“Importante ressaltar que os medicamentos constantes de fl. 22, prescritos no documento de fl. 204, são valium, dolantina e insulina, e que na mencionada vítima foi realizado exame de glicemia, que revelou uma taxa de 218,7mg/dl (fl. 200), o que significa que a mesma apresentava certa elevação na taxa de glicose no sangue, segundo as considerações do Dr. Lauro Beirith, à fl. 254 verso: ‘pode dizer que muito provavelmente teve o nível de glicose do sangue elevado em função do soro glicosado que lhe fora ministrado; com referência a ministrar insulina para tal quadro, ‘pessoalmente não daria’; que a taxa de miligramas por decilitros aceitável para uma pessoa não ser considerada diabética é de 70 a 110; a taxa de 213.7 demonstrada à fl. 114, conside-

rando-se a ausência do uso do soro glicosado, levaria ao diagnóstico de diabete do tipo 2, controlável sem o uso de insulina, através de dieta alimentar e medicamento via oral (...)’.

“Os peritos concluíram, na resposta ao quesito n. 8.1, que efetivamente foi realizado exame de glicemia no paciente José Pedro Dal Berto, resultando numa taxa de 218,7mg/dl, indicando o valor de referência, que é de 70 a 110mg/dl.

“No item 8.2, os experts afirmaram que a prescrição não apresenta quantidades que indiquem doses acima das usuais, e no item 8.4 asseguraram que ‘as doses ali prescritas, na última internação, não sugerem exagero num quadro com tais diagnósticos’ (fls. 305/306).

“Quanto ao uso de valium e dolantina, as mesmas também não foram a causa da morte da vítima, tendo em vista que os peritos afirmaram no quesito n. 8.4, que o uso das mesmas sugere-se à tentativa de sedação e analgesia que um quadro de tumor de testículo e acidente vascular cerebral necessitam geralmente.

“Assim, com relação à vítima José Pedro Dal Berto, não há nos autos suporte probatório que convença da existência de crime.

“Da vítima Olita Specht

‘Ilse Terezinha Hoelfe Simon, auxiliar de enfermagem, declarou:

‘Que é enfermeira do hospital de São Carlos há dezenove anos; (...) que atendeu a paciente Olita Specht e aplicou medicação prescrita por telefone, pelo acusado; a medicação era cloreto de potássio, insulina e valium; ‘acho que são só esses’; que anotou

esta medicação na ficha de evolução de enfermagem, sendo a de fl. 211; que as enfermeiras acharam que a medicação era demais, daí se reuniram e fizeram a ficha de fl. 211 (...) quando passaram o plantão para a depoente, recorda que 'as gurias' informaram que no soro já havia medicação, não sabendo qual; que não recorda qual a medicação que estava anotada na ficha de prescrição médica; que depois que ficaram sabendo que a dose era demais recusaram-se a aplicar os medicamentos ministrados pelo acusado (...) que quando recebeu a orientação do acusado por telefone anotou tudo num bilhete no qual tiraram os dados para elaborar a ficha de evolução de enfermagem de fl. 211 (...) que após depor na Promotoria foi procurada pelo acusado e queria saber o que a mesma teria dito, quando então lhe disse algumas coisas, referindo das doses que teriam sido aplicadas quando então o acusado lhe disse que não deveria ter falado e que deveria dizer que não sabia para que eram os medicamentos (...) particularmente não procurou o acusado para falar sobre os óbitos, mas sabe que outras enfermeiras o procuraram, dizendo 'doutor não está na hora de parar com isto' (...) que o estado de saúde da paciente Olita era de câncer terminal 'não tinha mais o que fazer'; que na ficha de prescrição médica de Olita estava anotada a medicação que era para ser dada; deu a medicação, sendo que somente após houve a ordem do acusado por telefone para dar nova medicação; acha que a medicação era a mesma (...) (fl. 265 e verso).

"Percebe-se que a depoente quis dizer que o acusado determinou

por duas vezes a aplicação da mesma série de medicamentos (cloreto de potássio, insulina e valium), uma vez por escrito e outra por via telefônica.

"Tal fato foi detectado pelos peritos oficiais, que registraram à fl. 307: 'também é notável e vale salientar que a quantidade de unidades está nitidamente rasurada, e que a prescrição foi checada duas vezes pela enfermagem, isto é, teoricamente foi aplicada duas vezes (...)'.
"Além disso, segundo atestam os peritos, à fl. 307, não foi realizado exame prévio de verificação das taxas de glicose ou de cloreto de potássio existentes no organismo da vítima, sendo-lhe, portanto, ministrado insulina e cloreto de potássio aleatoriamente.

"Outro indício da materialidade deste crime é o fato de ter o réu determinado a aplicação de insulina em pessoa não diabética, pois o viúvo Guido Specht, à fl. 349 afirmou que 'sua esposa não era diabética e que nunca tomou insulina' (fls. 400/404).

3. Da mesma forma, os autos apontam indícios da autoria, apresentando-se duas versões para os fatos.

A primeira, descrita na denúncia, dá conta de que os crimes teriam sido cometidos pelo recorrido, talvez inspirado no instituto do "homicídio eutanásico", amparada nos depoimentos das testemunhas Marlice Kolling Feil (fls. 52/164 e 253), Ilse Terezinha Hoelfe Simon (fls. 15, 86 e 265), Elaine Maria Nicolai Eckert (fls. 35, 84 e 249), Mari Fischer (fls. 17, 85 e 251), Lucila Weit Mossmann (fl. 261) e Maria Leonilda Barckert (fls. 13, 264), todas enfermeiras ou auxiliares de en-

fermagem do Hospital Pe. João Berthier.

Além disso, há nos autos informações no sentido de que o acusado responde a processo disciplinar no Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina, denunciado pelo Dr. Lauro Beirith, Diretor Clínico do Hospital Pe. João Berthier, por indícios de infração aos seguintes artigos do Código de Ética Médica (Resolução do CFM n. 1246/88, DOU 26/1/88):

"(...)

"Capítulo III

"Responsabilidade profissional

"É vedado ao médico:

"Art. 29 — Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.

"(...)

"Art. 32 — Isentar-se de responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que este tenha sido solicitado ou consentido pelo paciente ou seu responsável legal.

"(...)

"Art. 45 — Deixar de cumprir, sem justificativa, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações, no prazo determinado.

"(...)

"Capítulo V

"Relação com pacientes e familiares

"É vedado ao médico:

"(...)

"Art. 62 — Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente cessado o impedimento.

"(...)

"Art. 66 — Utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal".

A segunda, capitaneada pela defesa, aponta diversas contradições entre as palavras das testemunhas e o conteúdo dos depoimentos do réu, das fichas clínicas dos pacientes e do laudo pericial subscrito pelos peritos oficiais (fls. 300/315).

Ora, não obstante o conteúdo do laudo pericial não indique com precisão a responsabilidade do médico/acusado, como o juiz não fica adstrito ao laudo e não há hierarquia de provas no processo, diante das palavras coerentes e desinteressadas das enfermeiras e atendentes do Hospital Pe. João Berthier não há furto do Tribunal Popular do Júri, competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, a decisão final.

Sobre a matéria, já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

"Homicídio — Negativa de autoria — Pronúncia — Pretendida despronúncia — Inadmissibilidade — Recurso desprovido.

"Para a decisão de pronúncia, mero juízo de admissibilidade da acusação, bastam a prova da existência de crime e indícios de que o réu seja seu autor; mínima que seja a hesita-

ção da prova a respeito de qualquer destes elementos, impõe-se a pronúncia, para que a causa seja submetida ao Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida e a quem compete apreciar e sopesar o conjunto probatório" (RC n. 96.008969-1, de Lages, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 17/12/96).

Assim, como no entendimento pessoal do subscritor, no caso, inexistente convicção plena e insofismável da negativa da autoria alegada pelo recorrente, e as dúvidas, nesta fase, revertem-se contra o acusado pela aplicação do princípio *in dubio pro societate*, a pronúncia deveria ser mesmo mantida.

4. Ressalta-se, por derradeiro, que embora o tema sub-reptício destes autos mexa com a emoção de muitas pessoas, é fato que, embora os médicos tentem manter as pessoas o mais saudáveis possível, às vezes algumas ficam doentes. Também é fato que, embora se tente fazer o melhor possível para salvá-las, algumas não melhoram e chegam ao chamado estado terminal. O que fazer então? A resposta vai depender da natureza de cada pessoa e das condições específicas do momento.

Se o médico está acompanhando de perto a situação e quer ter a paz de espírito de saber que fez "absolutamente tudo" para salvar a pessoa, então insistiu no seu tratamento até que ele melhore ou morra. Note-se que, neste caso, o médico pode estar prolongando por muitos dias o sofrimento de alguém que na verdade não tem mais chance de recuperação.

Por outro lado, se o médico é capaz de lidar bem com o fato de estar

conscientemente matando uma pessoa e convencido que será melhor para ele, então a eutanásia é a opção. No entanto sempre estará correndo o risco de matar um ser humano que na verdade poderia ter salvação.

A palavra Eutanásia, proposta por Francis Bacon, em 1623 (*Historia vitae et mortis*), para designar o tratamento adequado das doenças incuráveis, vem do grego, podendo ser traduzida como "boa morte" ou "morte apropriada". De maneira geral, entende-se por eutanásia quando uma pessoa causa deliberadamente a morte de outra que está mais fraca, debilitada ou em sofrimento. Neste último caso, a eutanásia seria utilizada para evitar a distanásia. Tem sido utilizado, de forma equivocada, o termo Ortotanásia para indicar este tipo de eutanásia. Esta palavra deve ser usada no seu real sentido de utilizar os meios adequados para tratar uma pessoa que está morrendo.

Existem dois elementos básicos na caracterização da eutanásia: a intenção e o efeito da ação. A intenção de realizar a eutanásia pode gerar uma ação (eutanásia ativa) ou uma omissão, isto é, a não realização de uma ação que teria indicação terapêutica naquela circunstância (eutanásia passiva). Desde o ponto de vista da ética, ou seja, da justificativa da ação, não há diferença entre ambas.

Da mesma forma, a eutanásia, assim como o suicídio assistido, são claramente diferentes das decisões de retirar ou de não implantar um tratamento que não tenha eficácia ou que gere sérios desconfortos, unicamente para prolongar a vida de um paciente. Ao contrário da eutanásia e do

suicídio assistido, esta retirada ou não implantação de medidas consideradas fúteis não agrega outra causa que possa conduzir à morte do paciente. Esta, porém, não foi a interpretação da Suprema Corte de Nova Iorque, julgando o caso Quill, em 8 de janeiro de 1997 quando afirmou não haver diferenças legais e morais entre não implantar ou retirar uma medida extraordinária e o suicídio assistido. Em junho de 1997 a Suprema Corte Norte-Americana se pronunciou contrariamente a esta posição, afirmando que existem diferenças entre estas decisões, quer do ponto de vista médico quanto legal.

A tradição hipocrática tem acarretado que os médicos e outros profissionais de saúde se dediquem a proteger e preservar a vida. Se a eutanásia for aceita como um ato médico, os profissionais da área terão também a tarefa de causar a morte. A participação na eutanásia não somente alterará o objetivo da atenção à saúde, como poderá influenciar, negativa-

mente, a confiança para com o profissional, por parte dos pacientes. A Associação Mundial de Medicina, desde 1987, na Declaração de Madrid, considera a eutanásia como sendo um procedimento eticamente inadequado.

O atual Código Penal, com propriedade, não especifica o crime da eutanásia. O médico que mata seu doente alegando "compaixão" (!) comete crime de homicídio (CP, art. 121). Realmente, não há motivo algum de distinguir a eutanásia de um homicídio. Em verdade, "nunca é lícito matar o outro: ainda que ele o quisesse, mesmo se ele o pedisse (...) nem é lícito sequer quando o doente já não estivesse em condições de sobreviver" (Santo Agostinho, Epístola 204,5, CSEL 57, 320).

Estas as razões pelas quais quedei vencido.

Florianópolis, 24 de abril de 2001.

Irineu João da Silva.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.011572-0, DE TIMBÓ

Relator: Des. Irineu João da Silva

Mandado de segurança — Restituição de documento apreendido em inquérito policial — Não processamento de acordo com os §§ 1º e 2º do art. 120 do Código de Processo Penal — Conhecimento.

É pacífico na jurisprudência que é cabível mandado de segurança contra decisão de apreensão de coisa em inquérito policial, desde que se vislumbre, de pronto, ser a decisão manifestamente ilegal, abusiva ou teratológica, ocasionando dano irreparável ao agente.

Mandado de segurança — Apreensão sumária de permissão para dirigir veículo — Terceiro de boa-fé — Garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório não observadas — Direito líquido e certo — Segurança confirmada.

Não pode a autoridade policial apreender sumariamente documento de permissão para dirigir veículo se sua portadora é terceira de boa-fé em relação ao inquérito, sendo esta presumida se não se cogitou de participação no crime e não integra a relação processual estabelecida entre a Justiça Pública e o investigado.

A apreensão só se justificaria se fosse comprovadamente produto do crime e, nesta condição, a impetrante tivesse conhecimento de sua ilicitude. Fora dessa hipótese, tal ato só poderia ser realizado mediante procedimento administrativo que observasse os ditames constitucionais, porque à toda acusação necessariamente corresponde a ampla defesa.

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Recurso em Mandado de Segurança n. 99.011572-0, da comarca de Timbó, em que é recorrente o Estado de Santa Catarina, por seu Procurador, sendo recorrida Roseli Negherbon:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Timbó, Roseli Negherbon impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Delegado de Polícia da comarca de Timbó, que determinou a apreensão de sua Permissão para Dirigir (PPD), ao argumento de não haver comprovado o recolhimento das taxas estaduais imprescindíveis à emissão do documento.

Segundo a impetrante, o ato é ilegal e abusivo, haja vista que ocorreu de forma sumária, sem observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Alegou, ainda, incompetência da autoridade policial para o ato e, além disso, que o citado documento só poderia ser apreendido mediante ordem judicial, havendo violação do verbete n. 473 da Súmula do colendo Supremo Tribunal Federal.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 28/29).

A autoridade impetrada, notificada, esclareceu que o ato revestiu-se das formalidades legais, alegando que a apreensão ocorreu em inquérito policial instaurado para investigação de fatos que apontavam a

falsificação da autenticação de guias de recolhimento de taxas estaduais obrigatórias para a emissão de PPD.

O Ministério Público opinou pelo indeferimento do mandamus, porque incabível ao fim colimado.

A segurança foi concedida, determinando-se a restituição pleiteada.

Não obstante o reexame necessário, inconformado com a tutela jurisdicional, o Estado de Santa Catarina, por um de seus Procuradores, apelou, pugnando pelo reconhecimento da legalidade do ato, tendo a autoridade policial agido no estrito cumprimento de suas funções, como agente de polícia judiciária. Aduziu, também, que a restituição deveria ser intentada em procedimento próprio, e não na via mandamental.

A recorrente não apresentou as contra-razões, apesar de devidamente intimada, e o Dr. Promotor de Justiça, instado, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso voluntário.

Os autos ascenderam a esta Superior Instância e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Dra. Vera Lúcia Ferreira Copetti, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

A egrégia Quinta Câmara Civil, em acórdão da lavra do ilustre Des. João Martins, decidiu, por votação unânime, não conhecer do recurso voluntário e da remessa necessária, determinando a redistribuição dos autos a uma das colendas Câmaras Criminais.

É o relatório.

I — Conhecimento

Data venia do entendimento da ilustre parecerista, comungo com a

exegese jurisprudencial no sentido de ser cabível mandado de segurança contra decisão de apreensão de coisa em inquérito policial, em hipóteses excepcionais, desde que se vislumbre, de pronto, ser a decisão manifestamente ilegal, abusiva ou teratológica, ocasionando dano irreparável ao agente.

Julio Fabbrini Mirabete sustenta, mutatis mutandis:

“Tem-se entendido também que, diante do teor da Súmula 267 do STF, não cabe mandado de segurança da decisão que indefere pedido de restituição por caber dela apelação. O próprio STF, porém, abrandando o rigor da súmula, tem admitido o mandado de segurança contra decisão judicial que comporta recurso ou correção, desde que do ato impugnado advenha dano irreparável ao impetrante. Além disso, se manifestamente ilegal a manutenção da apreensão, agravada com a indevida cessão da coisa, em decisão que fere direito líquido e certo do proprietário, a ilegalidade ou abuso de poder pode ser sanada desde logo por meio do writ” (Código de Processo Penal Interpretado, 7ª ed., SP, Atlas, 2000, pág. 361).

A jurisprudência navega no mesmo sentido do festejado doutrinador, admitindo a impetração do mandamus “quando se tratar de decisão teratológica, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, em que se torne patente a irreparabilidade do dano” (RT 625/286).

Em idêntico teor: RT 688/327; 646/284; 637/249.

Esta Corte, em elucidativo acórdão da lavra do eminente Des. José Roberge, assentou:

“Se do ato impugnado advém dano irreparável cabalmente demonstrado, a ilegalidade pode ser sanada por meio de mandado de segurança, independente da pendência de recurso de apelação” (MS n. 2.699, de Tijucas, DJSC 9/1/91, pág. 13).

Extrai-se, do corpo do acórdão, valioso escólio:

“Conforme vem decidindo o egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, ‘o mandado de segurança contra ato judicial é inadmissível como regra, mas é admissível como exceção’. Segundo o eminente Ministro Xavier Albuquerque, ele ‘é admissível no caso em que do ato impugnado advenha dano irreparável cabalmente demonstrado’ (RTJ 70/504).

“Em verdade, o recurso cabível de decisão que indefere pedido de restituição de coisa apreendida é o de apelação. Mas, quando se somam o dano irreparável com a apreensão manifestamente ilegal, mantida esta quando solicitada a devolução ou restituição, gerando-se uma situação teratológica com ofensa ao direito líquido e certo, a ilegalidade pode ser sanada por meio de mandado de segurança”.

E, em caso que em tudo se assemelha ao destes autos, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“O terceiro inocente que teve seu bem apreendido em inquérito policial e indeferido o pedido de restituição tem o direito público subjetivo de requerer mandado de segurança”

(RMS n. 6.891, rel. Min. Vicente Leal, j. 9/9/1996).

É o caso dos autos.

II — Mérito

1. Quanto ao mérito, a segurança deve ser confirmada, considerando, inicialmente, que o jurista moderado, ao interpretar os artigos do Código de Processo Penal, que tratam da restituição de coisas apreendidas, não deve ter em conta o rigor extremo. Deve, no entanto, "observar uma equação de proporcionalidade aritmética e restabelecer a igualdade eventualmente rompida, repondo às pessoas o que lhes pertence" (José Fernando Vidal de Souza, *Da Restituição de Coisas Apreendidas*, in *Temas Atuais de Processo Penal*, Ed. Copola, 1994, pág. 17).

Prescreve o art. 119 do Código de Processo Penal:

"As coisas a que se referem os arts. 74 e 100 do Código Penal não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final, salvo se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé".

2. No caso, segundo as informações prestadas pela autoridade impetrada, a apreensão da Permissão para Dirigir foi efetuada nos autos do Inquérito Policial n. 132/98, instaurado por requisição da 2ª Promotoria de Justiça da comarca de Timbó. A mesma requisição deu origem aos Inquéritos Policiais ns. 58, 59, 130, 131 e 152/98, que visavam a apurar crimes de fraudes fiscais, consistentes nas falsificações de autenticações bancárias em guias de recolhimentos (DAR

19), utilizadas pelas auto-escolas Piloto e Rodeio.

No que diz respeito à impetrante, tem-se que ela contratou a Auto Escola Piloto para atender as exigências legais necessárias à obtenção da PPD, tendo efetuado o pagamento, conforme recibo da auto-escola, apresentado na oportunidade em que prestou declarações na Delegacia de Polícia da Comarca (fl. 57). Satisfeitas as exigências da lei, tais como provas e exames, recebeu o documento, sendo que o pagamento das taxas e tributos foi efetuado pela auto-escola que contratou, constituindo evidente ilegalidade a manutenção do bem constritado.

Ora, dentro dessa linha de raciocínio, é certo que a impetrante não pode arcar com o ônus do crime praticado por outrem, eis que dele não participou. Ao reverso, foi vítima, tanto que não há denúncia contra ela.

A impetrante é terceiro de boa-fé em relação aos inquéritos policiais, sendo esta qualidade presumida. Não responde a qualquer inquérito policial. Nunca se cogitou de qualquer participação sua em relação ao crime de sonegação de taxas e tributos estaduais. É, portanto, sua legítima proprietária e não integra a relação processual estabelecida entre a Justiça Pública e os proprietários das auto-escolas, então investigados. A aquisição da PPD foi presumidamente regular, tanto que o próprio Departamento de Trânsito, no caso o Citran, só descobriu a falsificação da guia de recolhimento após a sua emissão, de sorte que fica afastada qualquer cogitação de má-fé. Logo, é mesmo terceiro de boa-fé, emergindo daí o direito líquido

e certo da impetrante quanto à restituição.

Guardadas as devidas proporções, “terceiro de boa-fé adquirente de coisas objeto de estelionato deve ter seu direito preservado, por imposição da equidade e da segurança do comércio jurídico. A vítima do crime deve buscar a reparação do dano através da ação civil adequada contra seu autor” (TACrimSP, RT 631/328).

3. Assim, a apreensão da PDD só se justificaria se fosse comprovadamente produto do crime e, nessa condição, tivesse a impetrante conhecimento de sua ilicitude. Fora dessa hipótese, a apreensão administrativa só poderia ser realizada mediante procedimento administrativo que observasse os ditames constitucionais, porque à toda acusação necessariamente corresponde o direito sagrado da ampla defesa.

A Constituição Federal de 1998, ao dispor sobre os direitos e garantias fundamentais, preceitua que “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 ela inerentes” (art. 5º, LV).

A respeito da ampla defesa e do contraditório, temos a lição de Hely Lopes Meirelles:

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

“Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância

do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis.

“(…) O que coincide com esta advertência de Frederico Marques: ‘Se o poder administrativo, no exercício de suas atividades, vai criar limitações patrimoniais imediatas ao administrado, inadmissível seria que assim atuasse fora das fronteiras do *due process of law*. Se o contrário fosse permitido, ter-se-ia de concluir que será lícito atingir alguém em sua fazenda ou bens, sem o devido processo legal (...). Isto posto, evidente se torna que a Administração Pública, ainda que exercendo seus poderes de autotutela, não tem o direito de impor aos administrados gravames e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa’.

“Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do ‘devido processo legal’, ou, mais especificamente, das garantias de defesa” (Direito Administrativo Brasileiro, 25ª ed., SP, Malheiros, 2000, pág. 633).

A cláusula constitucional do devido processo legal significa a observância de todas as formalidades previstas na lei para a prática de cada um dos atos processuais, assegurando-se a ampla defesa e o contraditório.

Na verdade, o direito ao devido processo legal é mais uma garantia do que propriamente um direito. Visa a proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, caracterizando-se pela sua excessiva abrangência e quase que se confunde com o estado de direito. A partir da instauração deste, todos passaram a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio do Estado.

O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente, na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Dá que, na aplicação do verbebo n. 473 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, tanto esta Corte, quanto o Superior Tribunal de Justiça, "têm adotado, com cautela, a orientação jurisprudencial inserida no seu enunciado, firmando entendimento no sentido de que o Poder de Administração Pública anular ou revogar os seus próprios atos não é tão absoluto, como às vezes se supõe, eis que, em determinadas hipóteses, não de ser inevitavelmente observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Isso para que não se venha a fomentar a prática de ato arbitrário ou a permitir o desfazimento de situações regularmente constituídas, sem a observância do devido processo legal ou de processo administrativo, quando cabível" (STJ, ROMS n. 10673/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 26/6/2000, pág. 137).

Constata-se, portanto, a total desobediência aos dispositivos constitucionais que garantem o direito à defesa e ao contraditório, no ato do Sr. Delegado de Polícia da comarca de Timbó, que apreendeu sumariamente o documento de Permissão para Dirigir da impetrante, deixando de lhe garantir o direito ao processo administrativo.

Conclusão: não pode a autoridade policial apreender sumariamente documento de permissão para dirigir veículo se sua portadora é terceira de boa-fé em relação ao inquirido, sendo esta presumida se não se cogitou de participação no crime e não integra a relação processual estabelecida entre a Justiça Pública e o investigado.

A apreensão só se justificaria se fosse comprovadamente produto do crime e, nessa condição, tivesse conhecimento de sua ilicitude. Fora dessa hipótese, tal ato só poderia ser realizado mediante procedimento administrativo que observasse os ditames constitucionais, porque à toda acusação necessariamente corresponde a ampla defesa.

III — Diante do exposto, conheceu-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Vera Lúcia Ferreira Copetti.

Florianópolis, 10 de abril de 2001.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

REVISÃO CRIMINAL

REVISÃO CRIMINAL N. 00.017080-1, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Torres Marques

Revisão criminal — Tráfico de entorpecentes — Lança-perfume — Norma penal em branco — Portaria que, após a condenação, retira da lista de substâncias proscritas aquela apreendida com o agente — Retroatividade benéfica — Absolvição decretada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 00.017080-1, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que é requerente Carlos Henrique Búrigo Rosso:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por votação unânime, deferir o pedido.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Carlos Henrique Búrigo Rosso restou condenado, na 2ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, à pena de 3 (três) anos de reclusão e 50 (cinqüenta) dias-multa, por infração ao artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

Inconformado, apelou objetivando a absolvição, alegando que o

produto apreendido em seu poder não é e nem pode ser considerado como tóxico, sendo que a distribuição seria a título gratuito, para se divertir, juntamente com seus amigos, no carnaval.

Sucessivamente, requereu a desclassificação para o delito previsto no artigo 16 da Lei de Tóxicos.

A egrégia Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, deu provimento parcial ao recurso, apenas para adequar a pena de multa aos parâmetros do artigo 38 e seus parágrafos da Lei n. 6.368/76.

Agora, por intermédio do presente pedido revisional, o acusado objetiva a absolvição, alegando que não restou caracterizada a narcotraficância, haja vista o lança-perfume, composto de cloreto de etila, não ser entorpecente capaz de causar dependência

física e/ou psíquica, além de não estar inserido na Portaria do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia e, também, na Portaria n. 344/98 da Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Assim, o delito praticado pelo revisionando seria o de contrabando, sendo, portanto, a Justiça Federal competente para o seu processamento e julgamento.

Sucessivamente, requer a aplicação do benefício previsto na Lei n. 9.714/98.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Davi do Espírito Santo, opinou pelo indeferimento do pedido revisional.

II — Voto

Preliminarmente, o advogado constituído pelo requerido solicitou o adiamento do julgamento pela segunda vez sem, contudo, comprovar idoneamente o motivo alegado.

Não havendo disposição expressa no CPP acerca da matéria, valho-me, supletivamente, do estatuído no art. 453, II, do CPC, verbis: “A audiência poderá ser adiada: (...) II — se não puderem comparecer, por motivo justificado, o perito, as partes, as testemunhas ou os advogados” (grifei).

Nesses termos, somente “constitui cerceamento de defesa o indeferimento do pedido de adiamento de audiência, feito por advogado que prova por certidão ter outra audiência no mesmo horário (RT 537/192) e com intimação anterior (RT 610/213, RF 246/392)” (grifei) (CPP e legisla-

ção processual em vigor, Theotonio Negrão, Saraiva, 2000, pág. 444).

Da mesma forma, “comprovando o advogado, antes da sessão de julgamento, encontrar-se impossibilitado de a ela comparecer, deverá, em princípio, ser adiada a apreciação do recurso em que haja de atuar. Aplicação analógica do art. 453, II, do CPC (RSTJ 79/209)” (ob. cit., pág. 605).

Diante disso, considerando que os documentos colacionados não são idôneos para comprovar o impedimento do advogado, indefere-se o postulado.

O revisionando foi preso em flagrante no dia 19 de fevereiro de 1993, trazendo consigo 30 (trinta) frascos da substância entorpecente conhecida como lança-perfume.

O artigo 36 da Lei de Tóxicos descreve como substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física ou psíquica “aquelas que assim forem especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde”. Trata-se pois, de uma norma penal em branco.

Com efeito, o lança-perfume (cloreto de etila) foi incluído na lista de substâncias entorpecentes pela Portaria 1/83 da Dimed, publicada no dia 27/1/83. Em 8/6/84, foi publicada a Portaria n. 3, de 31/5/84, trazendo nova lista, na qual não estava incluído o cloreto de etila. Tal substância foi novamente incluída na lista de entorpecentes pela Portaria n. 2 da Dimed, publicada em 13/3/85. Em 6/12/2000, a Resolução RDC 104, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, retirou o cloreto de etila do rol das substâncias entorpecentes. Finalmente,

em 15/12/2000, foi republicada a resolução, incluindo novamente o cloreto de etila na lista de substâncias entorpecentes.

Na data da prisão do revisor (19 de fevereiro de 1993), o lança-perfume (cloreto de etila) estava incluído na lista de substâncias entorpecentes de uso proibido, portanto, o fato de estar portando a substância configurava o crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Contudo, a exclusão do cloreto de etila da lista pela resolução RDC n. 104, de 6 de dezembro de 2000, fez surgir a figura conhecida em nosso ordenamento jurídico como *abolitio criminis*.

Em recente artigo publicado pelo Boletim IBCCrim, intitulado "Norma Penal em Branco e a Questão do Lança-Perfume (Cloreto de Etila)", Damásio Evangelista de Jesus com propriedade leciona:

"Qual o efeito da exclusão de uma substância no rol das especificadas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Ministério da Saúde?

"Opera-se a *abolitio criminis*, prevista nos arts. 5º, XI, da CF, 2º, caput, e 107, III, do CP: extingue-se a punibilidade quando a lei posterior deixa de considerar o fato como crime ou contravenção. Isso ocorreu em 1984 e 2000 com o cloreto de etila (lança-perfume).

"Estava incluído na lista proibitiva da Portaria de 27/1/1983. Foi excluído na Portaria de 4/4/1984. Posteriormente, foi incluído novamente na Portaria n. 2/85, de 13/3/1985.

"A Agência Nacional de Vigilância Sanitária, na Resolução RDC n. 4

(sic), de 6/12/2000, publicada no DOU de 7 de dezembro, pág. 82, equivocando-se, retirou o cloreto de etila da lista F2 de substâncias psicotrópicas, do Ministério da Saúde, incluindo-o na lista D2 (insumos químicos que não são proibidos). Percebido o engano, a referida resolução foi republicada no DOU de 15/12/2000, incluindo a mencionada substância na lista B1 (substâncias psicotrópicas de uso proscrito). Com isso, a resolução de 6 de dezembro alterou as normas incriminadoras da Lei Antitóxicos, tornando-as mais benéficas em relação ao cloreto de etila, com efeito retroativo extintivo da pretensão punitiva e executória. De modo que todos os que cometeram delitos previstos na Lei Antitóxicos, tendo por objeto material o cloreto de etila, até 6/12/2000, estão livres da persecução criminal por efeito da *abolitio criminis*. E são atípicos os fatos praticados entre 7 e 14 de dezembro, tornados novamente típicos a partir de 15 de dezembro do mesmo ano (...)" (Boletim IBCCrim n. 102, maio de 2001, pág. 8) (grifo nosso).

Sendo assim, deve ser reconhecida em favor do agente a retroatividade benéfica.

A propósito, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"Penal. Tráfico ilícito de substância entorpecente. Lei n. 6.368/76, artigo 36. Norma penal em branco. Portaria da Dimed, do Ministério da Saúde, contenedora da lista de substâncias proscritas. Lança-perfume: cloreto de etila.

"I. O paciente foi preso no dia 1º/3/84, por ter vendido lança-perfume, configurando o fato o delito de tráfico de substância entorpe-

cente, já que o cloreto de etila estava incluído na lista da Dimed, pela Portaria de 27/1/1983. Sua exclusão, entretanto, da lista, com a Portaria de 4/4/84, configurando-se a hipótese do abolitio criminis. A Portaria 2/85, de 13/3/85, novamente incluiu o cloreto de etila na lista. Impossibilidade, todavia, da retroatividade desta" (HC n. 68.904, julgado em 17/12/1991, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso).

III — Decisão

Pelo exposto, defere-se o pedido para, nos termos do artigo 386, III, do CPP, absolver Carlos Henrique Búrgio Rosso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli, Jorge Mussi, Souza Varella, Maurílio Moreira Leite, Solon d'Eça Neves e Irineu João da Silva, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Davi do Espírito Santo.

Florianópolis, 27 de junho de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Torres Marques,
Relator.

**JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL
E ADMINISTRATIVA**

MANDADO DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 2000.010832-4, DA CAPITAL

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Mandado de segurança — Adicional por tempo de serviço — Teto — Incidência sobre o total efetivamente pago — Vantagens pessoais — Concessão parcial da ordem.

1. O nomen iuris da vantagem não tem o condão de transformar a sua natureza. Não é pelo nome que uma vantagem de caráter geral, decorrente do exercício de cargo e estendida a todos aqueles que o ocuparam, passará a enquadrar-se como vantagem pessoal. São as características da vantagem, sua causa, e o fato gerador do direito à sua percepção que servem de critérios para a definição de sua natureza jurídica.

2. A vantagem pessoal diz respeito à pessoa e não ao cargo. Se a parcela for devida aos integrantes da carreira, sem interferência da condição pessoal para a sua aquisição, deixa de ser pessoal e fica submetida ao limite constitucional previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal, mesmo na redação anterior à EC n.19/98.

Desse modo, a Indenização de Representação de Oficial (LC n. 80/93), a Representação de Oficial (Lei n. 5.645/79), a Vantagem Nominalmente Identificável (LC n. 43/92) estão incluídas na base de cálculo do teto remuneratório.

3. A Gratificação de 1/3 do Soldo, instituída pela Lei n. 9.418/94, diz respeito não diretamente ao cargo ocupado, mas sim ao particular fato de o servidor, além de contar com no mínimo 20

anos de efetivo exercício, não ter em sua ficha disciplinar nenhum registro de punição de prisão. Assim, não basta o tempo de serviço — que não deixa de ser uma circunstância pessoal — mas também que o servidor, com sua conduta, não tenha dado causa à punição descrita na norma.

4. Em respeito ao preconizado no art. 37 da Constituição da República e no art. 17 do ADCT, o percentual relativo ao adicional por tempo de serviço incide sobre o valor efetivamente pago ao servidor e não sobre aquele a que teria direito se não houvesse a limitação resultante do “teto salarial”. O acréscimo resultante, no entanto, não se submete a limite remuneratório, por caracterizar-se como vantagem pessoal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2000.010832-4, da comarca da Capital, em que é impetrante Jurandir Ferreira, e impetrados o Comandante-Geral da Polícia Militar e o Secretário de Estado da Administração:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, conceder parcialmente a segurança tão-somente para garantir ao impetrante a percepção da Gratificação de 1/3 do Soldo — código 1460 — sem a imposição da limitação remuneratória prevista no art. 37, inc. XI, na sua redação anterior à EC n. 19/98.

Custas legais.

I — Relatório

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Jurandir Ferreira, coronel da reserva remunerada da Polícia Militar, contra ato que diz ilegal do Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina e do Secretário

de Estado da Administração, consistente no bloqueio de vencimentos sob o código 5583, por força do disposto na Lei Complementar n. 100/93, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar n. 150/96.

Pretende com a ação mandamental seja reconhecido o seu direito de receber integralmente os proventos identificados sob as rubricas 1037 — Indenização de Representação de Chefia; 1084 — Adicional por Tempo de Serviço; 1085 — Vantagem Pessoal Nominalmente Identificável; 1247 — Representação de Oficial; e 1460 — Gratificação de 1/3 do Soldo, porquanto, sendo vantagens de caráter individual e relativas à natureza e local do trabalho, não se submetem ao teto, consoante normas constitucionais e jurisprudência mansa e pacífica dos tribunais.

Argumenta, em suas razões, que a Emenda Constitucional n. 19/98, que deu nova redação ao artigo 37, XI, da Constituição Federal, não é auto-aplicável, necessitando de regulamentação. Afirma que a nova redação desse artigo passará a incidir so-

mente após a edição de uma lei que fixe os subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O eminente Des. João Martins concedeu a medida liminar pelo r. despacho de fl. 34, sob o fundamento de que a EC n. 19/98 não é auto-aplicável. Não poderia, portanto, a Administração excluir do teto as vantagens classificadas como pessoais.

Notificadas, as autoridades impetradas prestaram informações aduzindo inicialmente que “a Administração Estadual não promoveu qualquer alteração do regime remuneratório dos servidores públicos estaduais, no tocante ao limite remuneratório, em função da edição da Emenda Constitucional n. 19, de 4/6/98, seguindo orientação baixada pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão administrativa, citada pelo DD. Desembargador Relator quando da concessão da liminar”. Manteve, assim, o regime remuneratório regrado pelo texto original da Constituição Federal de 1988.

Acrescenta que o Adicional por Tempo de Serviço tem sido excluído do cálculo do limite remuneratório por configurar-se como típica vantagem de natureza pessoal. Já as demais vantagens auferidas pelo impetrante não possuem a natureza por ele emprestada, porquanto são pagas a todos os policiais militares que se encontram no mesmo cargo, atribuição ou condição, independentemente de sua situação particular.

Em petição protocolado com data de 11 de julho de 2000, o impetrante requereu a admissão de Ivan S. Thiago de Carvalho e outros 14 (quatorze) Procuradores do Estado como litisconsortes ativos, postulando fos-

sem estendidos a eles os efeitos da liminar, e a notificação dos impetrados para conhecer do aditamento. Citado pleito restou indeferido pelo despacho de fls. 139/140.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no feito posicionando-se pela concessão parcial da ordem, tão-somente para excluir do teto remuneratório a vantagem denominada “Gratificação de um terço do Soldo”, condenando-se o impetrante no pagamento das custas processuais na proporção da sucumbência.

II — Voto

1. Primeiramente, os documentos que instruem os autos permitem a conclusão segura de que a Administração Estadual realmente não procedeu a qualquer alteração por conta da Emenda Constitucional n. 19/98. No que tange ao teto remuneratório, manteve o regime regrado pelo texto original da Constituição Federal de 1988. Em outras palavras, o desconto a que a Administração procede não tem como base a EC n. 19/98, que inclui no teto remuneratório tudo aquilo que é recebido pelo servidor, inclusive as vantagens pessoais, e sim as normas de regência sintonizadas com a redação primitiva da Constituição da República.

Com efeito, tanto isso é verdade que o Estado reconhece e exclui do limite legal o Adicional por Tempo de Serviço, fato que facilmente pode ser constatado pelos contracheques que instruem o feito. Demais disso, o próprio impetrante deixa claro na inicial que o bloqueio do valor excedente ao teto dá-se em cumprimento do dis-

posto na Lei Complementar n. 100/93, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar n. 150/96.

Ora, resta evidente que as normas de regência em que se pauta a Administração para estabelecer os critérios de obediência ao limite legal são aquelas normas e não a EC n.19/98.

Assim, a questão posta nos autos limita-se a precisar quais as vantagens, integrantes dos vencimentos do impetrante, podem ser enquadradas como vantagens pessoais e, portanto, ficar excluídas do teto remuneratório. É a análise a que se procede a seguir.

2. Como é sabido, “as vantagens de ordem pessoal ou aquelas que se refiram à natureza ou ao local de trabalho traduzem, na realidade, benefícios resultantes da situação funcional particular de cada agente público” (STF — Min. Celso de Mello, despacho exarado no RE n. 171.647-9-CE, de 4/10/94). A vantagem pessoal diz respeito à pessoa e não ao cargo. Se a parcela for devida a todos os integrantes da carreira, sem interferência da condição pessoal para a sua aquisição, deixa de ser pessoal e fica submetida ao limite constitucional previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal.

Na doutrina, esclarecedora é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Vantagem pessoal é aquela que o servidor percebe em razão de uma circunstância ligada à sua própria situação individual — e não ligada pura e simplesmente ao cargo. Além do adicional por tempo de serviço, podem ser citados como exemplo o adicional pela prestação de serviço extraordinário ou pelo trabalho noturno

(o efetuado entre 22 horas e 5 horas do dia seguinte) que o servidor desempenhe. Contrapõem-se às vantagens pessoais as denominadas (ainda que inadequadamente) vantagens de carreira. Opostamente às anteriores, sua percepção corresponde a um acréscimo que está associado pura e simplesmente ao cargo ou à função. Qualquer que neles esteja preposto as receberá pelo só fato de exercê-los, sem que, para tanto, tenha que concorrer alguma circunstância ou incidente associável aos particulares eventos da vida funcional do agente ou às invulgares condições de trabalho em que preste sua atividade” (Curso de Direito Administrativo. 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, pág. 130).

Destaca-se desse excerto doutrinário que as vantagens pessoais contrapõem-se às vantagens próprias de carreira. Estas, ao contrário das primeiras, estão relacionadas diretamente ao cargo ou função exercidos. Qualquer servidor, independentemente das circunstâncias pessoais especiais, terá direito a sua percepção.

Hely Lopes Meirelles, também citado pelos impetrados, mostra que, além do vencimento básico, o servidor público pode receber outras vantagens estipendiais, “pela decorrência do tempo de serviço (ex facto temporis), pelo desempenho de funções especiais (ex facto officii), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (propter laborem) ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (propter personam)” (Direito Administrativo. 24ª ed., São Paulo, Malheiros. pág. 449).

Das vantagens nominadas pelo festejado doutrinador, aquelas que são pagas pela decorrência do tempo de serviço e em razão das condições pessoais do servidor são caracterizadas como vantagens pessoais. Estas, ainda segundo a ensinança do pranteado mestre, não decorrem simplesmente do enquadramento em determinada função, nem da execução de trabalhos especiais, “mas sim da ocorrência de fatos ou situações individuais ou familiares previstas em lei. Daí por que podem ser auferidas independentemente do exercício do cargo, bastando que persista a relação de emprego entre o beneficiário e a Administração” (op. cit., pág. 459).

Reportando-nos às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, mostra-se clara e lógica a conclusão de que as vantagens pagas pelo desempenho de funções especiais e em razão do desempenho de atividades ordinárias mas que exigem qualificação especial enquadram-se como vantagens funcionais ou de carreira.

O Supremo Tribunal Federal, no RMS n. 21.857—DF, relatado pelo Min. Ilmar Galvão, seguindo a linha de outros precedentes da Suprema Corte e acolhendo o preconizado na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, fixou importante critério para a classificação das vantagens salariais em pessoais e normais à carreira:

“Não fixaram os precedentes uma regra genérica para a definição do que seja parcela remuneratória de caráter pessoal, mas o reconhecimento in concreto de algumas permite extrair os critérios essenciais a uma tal delimitação conceitual.

“No RE n. 141.788, o relator Ministro Sepúlveda Pertence a propósito expendeu as seguintes considerações:

‘De fato. O critério de classificação das diversas parcelas componentes da remuneração do servidor público é a causa, o fato gerador do direito à sua percepção’.

“Sob este prisma, vencimento é a remuneração imputada exclusivamente ao exercício de determinado cargo (...) Valor que, por imperativo constitucional (art. 39, § 1º), há de ser idêntico para cargos iguais, independentemente de quem seja o ocupante atual de cada uma deles (...)” (RTJ 155/501).

E, na mesma linha de entendimento, por ocasião do julgamento do RE n. 194.100-ES, salientou:

“Ocorre que, no presente caso, são duas as vantagens objeto da controvérsia, a saber: o adicional por tempo de serviço e a gratificação por assiduidade (fl. 6), sendo que apenas a primeira se reveste de caráter individual, posto que a segunda é paga indiscriminadamente a todos os servidores como parte integrante de sua remuneração.

“Assim sendo, é fora de dúvida que apenas o adicional é de ser desconsiderado para efeito do cálculo do teto remuneratório”.

Lições esclarecedoras podem ser extraídas da decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio na ADIN n. 1.404—SC, na qual foram apreciadas as questões acerca das vantagens excluídas do limite máximo de remuneração pela Lei Complementar n. 100/93 e artigo 12 da Lei n. 9.847/95:

"Inciso XI — retribuição complementar variável.

"Aqui, sim, cuida-se de parcela que, ao primeiro exame, em face até mesmo do sentido vernacular dos vocábulos empregados, integra a remuneração do servidor. Trata-se de contraprestação ao serviço, calculada de modo variável, de acordo com a cobrança de penalidades decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias e ações que reflitam no comportamento das receitas tributárias do Estado.

"Defiro a liminar, suspendendo a eficácia do preceito.

"Inciso XII — gratificação de atividade fazendária.

"Este preceito tem contornos semelhantes aos do anterior. Gratificação integra o conjunto remuneratório, sendo percebida consoante a função do servidor.

"Defiro a liminar pleiteada.

"Inciso XIII — gratificação pela opção de vencimento do cargo de provimento efetivo.

"A toda evidência, está-se diante de parcela remuneratória que, assim, não pode ser excluída do teto constitucional. Optando o servidor pelo vencimento do cargo de provimento efetivo e passando a perceber a gratificação prevista em lei, os valores respectivos, efetuado o somatório, compõem a remuneração e, destarte, hão de ser considerados para efeito de observância ao teto constitucional.

"Defiro a liminar pleiteada.

(...)

"Examinado o pedido sob o ângulo do artigo 3º da Lei Complementar n. 100 em tela, cabe agora proceder a

crivo em relação ao que articulou o requerente no tocante ao artigo 12 da Lei n. 9.847, de 15 de maio de 1995 (...).

"Cumprido, assim, indagar a natureza das parcelas, revelada, ao menos no campo formal, pelo próprio artigo 12 supratranscrito, como remuneratória, isto tendo em vista o enquadramento como gratificações. O artigo 2º da Lei n. 9.847/95 cogita de 'gratificação complementar de vencimento', estabelecida no percentual de cento e cinco por cento do vencimento do cargo de provimento efetivo. O § 2º implicou extensão do benefício aos servidores ocupantes dos cargos de provimento em comissão não codificados, com as exceções nele previstas. Já no artigo 10 alude-se a tal gratificação como complementar paritária, a ser concedida exclusivamente a ocupantes de cargos de grupos pertencentes aos quadros de pessoal da administração direta, autarquias e fundações públicas do Poder Executivo, que possuam paridade remuneratória com outros cargos e que, pela remuneração em vigor, apresentem diferenciação. Diante dos contornos legais da parcela, mais ainda da percentagem em que calculada, não há como deixar de concluir que faz parte da remuneração do servidor, devendo assim ser considerada com objetivo de observar-se o teto constitucional. Defiro, também aqui, a liminar".

Em conclusão, se a parcela que compõe os vencimentos do servidor é devida a todos os integrantes de determinada carreira, sem que qualquer condição pessoal interfira em sua aquisição; em decorrência de fatores da própria atividade profissional; em razão do cargo; ou como contrapres-

tação pelo exercício de alguma função do servidor ou cargo ocupado, não poderá ser ela caracterizada como de natureza pessoal.

É firme a posição da mais alta Corte de Justiça de que as vantagens de caráter pessoal não devem ser computadas para os efeitos da limitação estabelecida no art. 37, inc. XI, da Carta Magna:

“Direito constitucional e administrativo. Recurso extraordinário. Servidores públicos estaduais aposentados. Limite constitucional dos vencimentos ou proventos. Teto de remuneração. Vantagens pessoais.

(...)

“Do teto remuneratório estabelecido pela Constituição Federal de 1988 excluem-se as vantagens de caráter individual ou pessoal e incluem-se as percebidas em razão do exercício do cargo” (RE n. 190.943—SC, Min. Sydney Sanches).

Desse modo, para o efeito da fixação da base de cálculo do limite remuneratório, imprescindível se faz a distinção da natureza jurídica das vantagens salariais que integram os vencimentos do servidor. Nos termos do entendimento já consagrado pela jurisprudência e, inclusive, da Lei Complementar n. 100, com as alterações da Lei Complementar n. 150/96, as vantagens pessoais, como v.g. o adicional por tempo de serviço, estão excluídas do teto constitucional.

Estabelece o § 3º do art. 3º da citada lei:

“Art. 3º O limite máximo de remuneração a que se refere o art. 23, inciso II, da Constituição do Estado, é fixado, para os servidores ativos e in-

tivos pertencentes aos Quadros de Pessoal dos órgãos da Administração Direta, Autarquias e Fundações do Poder Executivo, em 100% (cem por cento) do valor da remuneração do cargo de Secretário de Estado.

(...)

“§ 3º Ficam excluídas do limite previsto neste artigo as importâncias percebidas a título de:

“I — salário-família;

“II — gratificação natalina, até o limite fixado no caput deste artigo;

“III— adicional por tempo de serviço;

“IV — abono de férias;

“V — diárias e ajuda de custo, esta em razão da mudança de sede;

“VI — indenização pelo uso de veículo próprio, para o desempenho de funções de fiscalização ou inspeção de tributos, pagas aos integrantes do Grupo de Ocupações de Fiscalização e Arrecadação — OFA e aos Procuradores lotados na Procuradoria-Geral do Estado, na forma prevista nos respectivos regulamentos.

“VII — prêmio de mérito gerencial para membro do Magistério;

“VIII — prêmio assiduidade do Magistério;

“IX — (VETADO);

“X — (VETADO);

“XI — retribuição complementar variável;

“XII — gratificação de atividade fazendária;

“XIII — gratificação pela opção de vencimento do cargo de provimento efetivo;

“XIV — gratificação pelo exercício do cargo de Comandante-Geral da Polícia Militar e Delegado-Geral de Polícia;

“XV — (VETADO);

“XVI — (VETADO)”.

Conforme se vê, de forma expressa, a legislação estadual discrimina quais as parcelas dos vencimentos devem ser excluídas do limite máximo a ser percebido pelos servidores ativos e inativos do Estado. Consoante se disse no início, é justamente pelo fato de a norma em comento não incluir as vantagens que o impetrante entende como pessoais a razão de sua insurgência.

Sobre a adoção do vencimento de Secretário de Estado como paradigma, consignou a Suprema Corte:

“Ementa: Agravo regimental em recurso extraordinário. Constitucional. Teto de remuneração. Poder Executivo estadual. Parâmetro: Secretário de Estado.

“O limite constitucional dos vencimentos ou proventos do servidor do Poder Executivo estadual é a importância percebida, em espécie, pelo Secretário de Estado, a título de remuneração. Agravo regimental não provido” (AGRRE n. 259641, Min. Maurício Corrêa).

“I — Servidor público estadual: teto constitucional: equivalência entre os tetos (CF, art. 37, XI). Se a remuneração do cargo de Secretário de Estado é inferior à do cargo de Deputado Estadual, não pode o Judiciário, a pretexto de cumprir a regra da equivalência entre os tetos (CF, art. 37, XI), desconsiderar a diferença e adotar, como teto remuneratório dos servi-

dores do Poder Executivo, a remuneração máxima paga no Legislativo. Precedentes: RMS n. 21.946 (Pertence, RTJ 157/898); RMS n. 21.988 (Pertence, RTJ 160/466); RREE ns. 191.394 e 210.976 (Pleno, 4/3/98, Corrêa).

“II — Teto: redução do limite remuneratório (LC est. n. 43/92—SC): inexistência de direito adquirido à manutenção do limite previsto na legislação revogada, pois é axiomático não existir direito adquirido a regime jurídico.

“III — Lícita a anterior fixação do teto local na remuneração dos Secretários de Estado e dada a garantia constitucional da irredutibilidade dos vencimentos, têm os impetrantes direito a que, da incidência imediata da LC 43/92, não poderá resultar o decréscimo da quantia que lícitamente percebessem, até o montante do teto anterior.

“IV — Teto estadual: fixação em montante inferior ao previsto no art. 37, XI, da Constituição: possibilidade.

“V — No art. 37, XI, CF, são previstos dois limites máximos a considerar na implementação do sistema: o primeiro, já predeterminado pela Constituição, para cada Poder; o segundo, a ser fixado por lei da União e de cada unidade federada, contido, porém, pela observância do primeiro, mas ao qual poderá ser inferior, executadas apenas as hipóteses de teto diverso estabelecida na própria Constituição da República (arts. 27, § 2º, e 93, V)” (RE n. 275214, Min. Sepúlveda Pertence).

A Lei n. 5.645, de 30/11/79, aplicável aos policiais militares, define as categorias vencimento e soldo:

“Art. 4º — Vencimento é o quantitativo mensal em dinheiro, devido ao policial militar em atividade, compreendendo:

“I — soldo;

“II — indenização por regime especial de trabalho;

“III — indenização de habilitação.

“Art. 5º Soldo é a parte básica dos vencimentos inerentes ao posto ou à graduação do policial militar na ativa”.

Não há qualquer dúvida, pois, que o soldo integra a base de cálculo do vencimento do servidor impetrante, estando submetido ao teto.

Feitas essas considerações, passo, então, à análise das parcelas que fazem parte dos proventos, as quais o impetrante entende como de caráter pessoal.

2.1 — A Indenização de Representação de Oficial, código 1247, foi instituída pela Lei Complementar n. 80/93 que, no seu artigo 10, estabelece:

“Art. 10 Ficam instituídas para os servidores ocupantes dos cargos pertencentes aos subgrupos: Autoridade Policial e Autoridade Policial Militar, respectivamente, as seguintes indenizações:

“I — Representação do Cargo de Delegado de Polícia; e

“II — Representação do Posto de Oficial da Polícia Militar.

“Parágrafo único — As indenizações estabelecidas por este artigo

são fixadas em 50% (cinquenta por cento), tomando como base de cálculo o valor de vencimento do cargo efetivo, soldo ou quotas de soldo do posto de oficial, o acrescido da Gratificação de Atividade no Serviço Público, previsto no artigo 8º, desta Lei Complementar”.

Como muito bem salientam as autoridades impetradas, o nomen iuris concedido pela norma legal instituída não define a natureza jurídica da vantagem salarial, mas sim as características que a permeiam.

In casu, apesar do nome dado, a verba endereçada a todos os oficiais da Polícia Militar não tem caráter indenizatório. É simplesmente remuneratória, paga em função do cargo exercido e não em razão de situação pessoal particular. Todas as autoridades — Delegados de Polícia e Oficiais da Polícia Militar —, independentemente da situação peculiar de cada um, percebem-na.

A toda evidência, não se trata de vantagem pessoal. Constitui, sem sombra de dúvida, típica vantagem de função, instituída em razão das características do cargo ocupado e não da pessoa que o ocupa.

2.2 - A Indenização de Representação de Chefia, código 1037, vem disciplinada no art. 32 da Lei n. 5.645, de 30/11/79, com a redação dada pela Lei Complementar n. 52, de 29/5/92, nos seguintes termos:

“Art. 32 — Indenização é o quantitativo em dinheiro devido ao policial militar para ressarcimento de despesas, bem como, para compensar os desgastes físicos e psicológicos, decorrentes do exercício de sua atividade.

“Parágrafo único — As indenizações compreendem:

“IV — representação, que será calculada sobre o soldo”.

Da mesma forma que a anterior, o legislador rotulou a vantagem salarial de indenização, quando, na verdade, pretendeu remunerar de forma diferenciada uma categoria de servidores em razão das funções de chefia que, segundo presunção legal implícita, exigem um regime especial de trabalho e implicam uma particular dedicação dos titulares desses cargos.

Vale ressaltar que têm direito à aventada indenização, ou seja, à Representação de Oficial, todos os servidores que ocupem ou venham a ocupar o posto de Oficial da Polícia Militar, independentemente de serem afetados ou não pelos desgastes orgânicos e psicológicos impostos pelo exercício de sua atividade.

É, também, sem qualquer dúvida, típica verba que se relaciona ao cargo exercido e não a fatores pessoais do servidor que o ocupa. Está, portanto, segundo as lições inicialmente consignadas, submetida ao teto constitucional.

2.3 — A Vantagem Pessoal Nominalmente Identificável, código 1085, é decorrente da Lei Complementar n. 43/92, de 18/3/93, que, em seu art. 3º, concedeu novo regime jurídico à vantagem conhecida por agregação, regulada anteriormente pelo art. 90 da Lei n. 6.745/85. Estabelece o § 1º do citado dispositivo:

“Art. 3º (...)

“§ 1º O servidor com vencimentos ou proventos vinculados ou equiparados na forma do caput deste arti-

go, passará a receber o valor decorrente da adição prevista pelo artigo 90 e respectivos incisos e parágrafos da Lei n. 6.745, de 28 de dezembro de 1985, pelo artigo 80 e respectivos incisos e parágrafos da Lei n. 6.844, de 29 de julho de 1986 e pelo artigo 96 e respectivos incisos e parágrafos da Lei n. 6.843, de 28 de julho de 1986, percebido no mês de dezembro de 1991, a título de vantagem pessoal nominalmente identificável”.

Novamente, necessário repetir que o nomen iuris da vantagem, por si só, não tem o condão de transformar a sua natureza ou de afastá-la do conteúdo do teto constitucional.

Como é sabido, a denominada Vantagem Pessoal Nominalmente Identificável é paga aos servidores que, por ocuparem em determinado período cargo em comissão, agregaram a diferença correspondente entre o vencimento deste e o do cargo efetivo, num percentual variável de acordo com o número de anos exercidos. O objetivo da LC n. 43/92, ao instituir essa gratificação, foi exatamente a desvinculação do valor incorporado aos vencimentos dos servidores, dos cargos comissionados que originaram a agregação.

Não há qualquer dissenso na afirmação de que a remuneração de cargo comissionado está submetida ao teto remuneratório constitucional. Assim, inconcebível que após incorporar os vencimentos do servidor que deixou de exercê-lo, num passe de mágica, passe a ser considerada como vantagem pessoal que não deva ser computada na base de cálculo do limite constitucional.

Essa vantagem, por suas peculiaridades, até pode ser considerada como “vantagem pessoal”. No entanto, justamente por essas peculiaridades — incorporação aos vencimentos do servidor e anulação da parte que exceder o teto constitucional — é que não pode ela ser percebida como vantagem que não está subordinada ao limite legal.

Improcede, pois, o reclamo do impetrante também neste tópico.

2.4 — Já a Gratificação de 1/3 do Soldo, código 1460, instituída pela Lei n. 9.418/94, diz respeito não diretamente ao cargo ocupado, mas sim ao particular fato de o servidor, além de contar com no mínimo 20 anos de efetivo exercício, não ter em sua ficha disciplinar nenhum registro de punição de prisão. Assim, não basta o tempo de serviço — que não deixa de ser uma circunstância pessoal —, mas também que o servidor, com sua conduta, não tenha dado causa à punição descrita na norma.

Estatui o artigo 5º da Lei n. 9.418/94:

“Art. 5º O Policial Militar fará jus a vantagem pecuniária correspondente a um terço do seu soldo incorporável à remuneração ou proventos, desde que não conste em sua ficha disciplinar punição de prisão e conte, no mínimo, com 20 (vinte) anos de efetivo serviço”.

Aqui, a vantagem não é concedida em função do cargo. A condição pessoal com que foi exercido é o fato gerador do direito à benesse. É portanto típica verba ligada à circunstância particular do servidor e, como tal, não está incluída no limite remuneratório.

Nesse sentido também é o entendimento do Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes, ilustre e culto Procurador de Justiça que oficiou no feito. De seu judicioso parecer vale destacar:

“A premissa básica é no sentido de que, se a parcela for devida a todos os integrantes da carreira, sem interferência da condição pessoal para a sua aquisição, não há de se cogitar sua exclusão do teto de remuneração. De outro lado, tem-se que a vantagem pessoal/individual diz respeito de perto à pessoa e não ao cargo.

“Das vantagens auferidas pelo impetrante, entendo que somente a gratificação de um terço do soldo enquadra-se como vantagem pessoal ou individual. Veja-se o artigo 5º da Lei n. 9.418/94, verbis:

‘O Policial Militar fará jus a vantagem pecuniária correspondente a um terço de seu soldo incorporável à remuneração ou proventos, desde que não conste em sua ficha disciplinar punição de prisão e conte, no mínimo, com 20 (vinte) anos de efetivo exercício’.

“Da leitura do dispositivo em comento, tem-se, de plano, que se trata de vantagem não extensível a todos os policiais militares, que não depende pura e simplesmente da relação de trabalho Estado/servidor. E assim o é porque fatores extras ao exercício do cargo interferem diretamente na sua concessão.

“As condições extras a que me refiro são o efetivo exercício por vinte anos do cargo de policial militar, além da ausência de punição com prisão. Assim, somente com o preenchimento desses dois pré-requisitos, nascerá o

direito à percepção da gratificação de um terço do soldo.

“Portanto, condições individuais (tempo de serviço e disciplina) interferem diretamente na concessão da vantagem.

“Entendo, portanto, que a gratificação de um terço do soldo tem caráter personalíssimo, reclamando do servidor, à sua percepção, o preenchimento de requisitos pessoais/individuais, independentemente do cargo ocupado, não podendo, dessa forma, a exemplo do adicional por tempo de serviço, ser computado para efeito de teto remuneratório”.

Como dito antes, concordo inteiramente com o sustentado pelo ilustre membro do Parquet estadual.

Entendo que o fato de a citada vantagem não constar da relação expressa na Lei Complementar n. 100/93 não impede a sua exclusão da base de cálculo do limite remuneratório. Primeiro, porque o rol não é exaustivo, e nem poderia, já que pela redação original do art. 37, XI, da Constituição Federal, ficam excluídas todas as vantagens de caráter pessoal. Logo, constem ou não nas normas infraconstitucionais, tais verbas estão livres da limitação legal. Segundo, a vantagem aqui tratada tem perfeita identidade com o “prêmio-assiduidade” previsto no inciso III do § 3º da LC n. 100/93. Logo, se este fica fora do limite previsto, não há qualquer justificativa razoável para incluir a Gratificação de 1/3 do Soldo.

Assim, é de ser deferida a segurança com relação ao pedido de exclusão dessa vantagem do teto remuneratório.

3. Com relação ao adicional por tempo de serviço, a própria Administração reconhece sua não-submissão ao limite constitucional. Inclusive, pelos contracheques vindos com a inicial, constata-se que as autoridades coatoras têm respeitado a orientação do Supremo Tribunal Federal. Com relação a essa verba não há qualquer ato ilegal ou abusivo a ser corrigido.

Não custa acrescentar que, muito embora o adicional por tempo de serviço não esteja submetido ao teto, sua base de cálculo é a remuneração efetivamente recebida pelo servidor, e não sobre o valor total a que teria direito se inexistisse a limitação constitucional. Esse entendimento, fundado em escólios do Superior Tribunal de Justiça, é adotado pela unanimidade dos componentes do colendo Grupo de Câmaras de Direito Público deste Sodalício.

No Mandado de Segurança n. 00.012120-7, da Capital, com o respaldo dos eminentes desembargadores do Grupo de Câmaras de Direito Público, proferi o seguinte voto:

“Mandado de segurança — Adicional por tempo de serviço — Teto — Incidência sobre o total efetivamente pago — Ordem denegada.

Em respeito ao preconizado no art. 37 da Constituição da República e no art. 17 do ADCT, o percentual relativo ao adicional por tempo de serviço incide sobre o valor efetivamente pago ao servidor e não sobre aquele a que teria direito se não houvesse a limitação resultante do ‘teto salarial’. O acréscimo resultante, no entanto, não se submete a limite remuneratório, por se caracterizar como vantagem pessoal”.

E no corpo do acórdão:

“3. Conforme se infere da inicial, o impetrante, servidor público estadual inativo, percebe vencimentos submetidos ao limite máximo, correspondente à remuneração de Secretário de Estado — R\$ 4.411,80 — face o preceituado no art. 37, XI, da Constituição da República.

“A razão da insurgência é que as autoridades coatoras têm aplicado o percentual referente ao adicional por tempo de serviço sobre a parcela confinada ao limite máximo de remuneração, sendo excluída dessa vantagem a parcela que ultrapassa o referido limite.

“Destarte, objetiva o impetrante o reconhecimento do direito de ter o respectivo adicional por tempo de serviço calculado também sobre os valores que não lhe são pagos, por ultrapassarem o limite máximo de remuneração, isto ao fundamento de que, tratando-se de vantagem pessoal, não poderia ficar jungida ao limite constitucional estabelecido.

“Como bem apontou a ilustre autoridade impetrada, não se discute no presente mandamus se o adicional por tempo de serviço é vantagem pecuniária sujeita ao limite máximo de remuneração. Essa questão já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal.

“Que as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza e ao local de trabalho não devem ser consideradas para os efeitos do enquadramento da remuneração do servidor ao teto estabelecido em lei, é inquestionável. Esta augusta Corte de Justiça reiteradamente tem decidido nesse sentido (ADIn n. 61 da Capital;

MS n. 4.911 da Capital — rel. Des. Rubem Córdova; MS n. 5.947 da Capital — rel. Des. Alcides Aguiar; MS n. 6.084 da Capital — rel. Des. Leonardo Alves Nunes; e MS n. 6.136 da Capital — rel. Des. Nestor Silveira, dentre tantos outros com idêntico posicionamento).

“O Supremo Tribunal Federal, em ADIn proposta pelo Partido dos Trabalhadores, seguindo linha de entendimento preconizada de há muito, decidiu de forma expressa pela exclusão do adicional de tempo de serviço do teto legal para os vencimentos dos servidores do Estado de Santa Catarina.

“Nesse sentido:

‘Remuneração. Teto constitucional. Auto-aplicabilidade. A norma inserida no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal é auto-aplicável, não dependendo, relativamente ao teto, de regulamentação.

‘Remuneração — Teto constitucional — Vantagens pessoais. A teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em relação à qual guardo reserva, as vantagens pessoais não devem ser computadas para saber-se da observância do teto previsto no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal — precedente: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 14, relatada pelo Ministro Célio Borja, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 1º de dezembro de 1989’ (ROMS n. 21.840.5–DF, Segunda Turma. JSTF — Lex — 195/169).

“No mesmo trilho, o Superior Tribunal de Justiça, com supedâneo em escólio da Corte Suprema, emen-

‘Funcionário público. Vencimentos. Teto. Adicionais por tempo de serviço. Tais vantagens não se incluem no teto previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal, consoante decidiu o STF ao julgar a ADIn n. 14-4-DF’ (Rec. em Mandado de Segurança n. 1.011-0—GO — rel. Min. Américo Luz — Revista STJ — 52/255).

“Mas como já se disse, pelo exposto nos autos, a questão em comento não diz respeito à possibilidade do extrapolamento do teto em razão do cômputo da parcela referente ao adicional por tempo de serviço. O que realmente está em discussão é se o percentual correspondente a essa vantagem pode incidir sobre a parcela de remuneração não recebida pelo servidor em razão da vedação constitucional.

“Entendo que não, e o raciocínio que leva a essa conclusão é extremamente simples.

“Primeiro: Qual a base de cálculo do adicional por tempo de serviço?

“Nos termos do § 1º do artigo 84 da Lei n. 6.745/85, o adicional por tempo de serviço tem por base de cálculo o vencimento e outras vantagens pecuniárias atribuídas aos servidores.

“Segundo: Qual o vencimento básico e as vantagens que compõem a remuneração do impetrante?

“Apenas à guisa de ilustração, pelo demonstrativo de pagamento do impetrante (fl. 9), temos como parcelas componentes da remuneração a seguinte discriminação: vencimento (R\$ 441,23); representação do cargo (R\$ 220,61); Gr. Compl. Paritária—PR

(R\$ 3.279,69); pro labore (R\$ 1.544,27), totalizando R\$ 5.485,80.

“Todas essas parcelas estão submetidas ao teto máximo, devendo, portanto, ser deduzido do total o valor excedente, ou seja, R\$ 1.074,00. Tem-se, assim, que o vencimento mais as parcelas representam R\$ 4.411,80.

“Se o adicional por tempo de serviço deve incidir sobre o vencimento e sobre as parcelas que compõem a remuneração, e se esta, com a limitação imposta pela Constituição totaliza R\$ 4.411,80, é sobre esse total que deverá incidir o percentual referente à vantagem pessoal em referência, pouco importando, agora sim, que do somatório resulte valor superior ao teto máximo.

“Pelo que se observa, as autoridades impetradas estão agindo em sintonia com o entendimento adotado pela Suprema Corte.

“Os julgados trazidos à colação pelo impetrante dizem respeito a situações em que a Administração Pública confinava ao limite máximo também o acréscimo referente ao adicional por tempo de serviço, o que não é o caso dos autos.

“Demais disso, além de a interpretação emprestada pelo impetrante afrontar o disposto no art. 37, XI, da Lei Maior, bem assim o disposto no art. 17 do ADCT, seria pouco razoável e até inaceitável conceber-se que a parcela cuja percepção é vedada, o que torna ilegal e ilegítimo o seu pagamento, pudesse ser validada para o efeito de incidência de vantagens remuneratórias. Os valores que ultrapassam o limite constitucional não existem no mundo do direito e não de-

veriam sequer ser cogitados no mundo dos fatos.

“Em termos de remuneração (não de vantagem pessoal), tudo o que ultrapassar ao patamar estabelecido como teto de vencimentos deve ser absolutamente desconsiderado.

“Neste sentido é o entendimento sufragado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça:

‘Constitucional. Administrativo. Teto remuneratório. Vantagens excluídas.

‘1. O acréscimo relativo ao adicional por tempo de serviço não se submete a limite remuneratório (teto), por se caracterizar como vantagem de caráter individual (§ 1º do art. 39 da CF/1988). Sua base de cálculo, no entanto, está subordinada àquele teto.

‘2. RMS improvido’ (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 7.780/SC, rel. Min. Fernando Gonçalves).

“E bem recentemente, no Boletim Informativo do STJ, colhe-se a seguinte informação:

‘Adicional por tempo de serviço. Vantagem pessoal. Teto. Base de cálculo.

‘Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, decidiu que, apesar de o acréscimo relativo ao adicional por tempo de serviço não se submeter ao limite remuneratório (teto salarial), por caracterizar vantagem pessoal (art. 39, §1º, CF), sua base de cálculo está subordinada àquele teto’ (ROMS n. 11.772-SC, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 18/12/2000).

“Neste agosto Sodalício, de igual forma, temos os seguintes precedentes:

‘Mandado de segurança — Adicional por tempo de serviço — Teto — Incidência sobre o total efetivamente pago — Ordem denegada.

‘O percentual relativo ao adicional por tempo de serviço incide sobre o valor efetivamente pago ao servidor e não sobre aquele a que teria direito se não houvesse a limitação resultante do teto salarial’ (Mandado de Segurança n. 97.013210-7 — Primeiro Grupo de Câmaras Civas, rel. Des. Newton Trisotto; e Mandado de Segurança n. 97.014088-6 — Des. Sérgio Paladino).

‘Funcionário público. Teto remuneratório. Vantagens abrangidas. Lei Complementar n. 100/93. Adicional por tempo de serviço. Cálculo.

‘O § 3º do art. 3º da LC n. 100/93 é taxativo. Somente as vantagens ali nominadas podem ser excluídas do teto do art. 37, XI, da CF.

‘O acréscimo referente ao adicional por tempo de serviço não se submete ao limite remuneratório. Sua base de cálculo, entretanto, está a ele subordinada’ (Mandado de Segurança n. 8.566 — Segundo Grupo de Câmaras, rel. Des. Nestor Silveira).

“No Mandado de Segurança n. 98.002286-0, o eminente Des. Silveira Lenzi, em proficiente declaração de voto vencido, consignou:

‘Dissenti da douta maioria e votei pela denegação da ordem, por entender que o cálculo do adicional por tempo de serviço deve incidir apenas sobre o valor fixado a título de limite máximo remuneratório, e não sobre o valor total da remuneração de cada servidor, sem a aplicação do teto.

‘Necessário, inicialmente, uma alusão acerca do previsto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, e sua interpretação:

‘Art. 37. (...)

‘XI — a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito’.

‘Para que se possa dar cumprimento a esse comando, ou seja, adequar a remuneração de todo o funcionalismo público, o art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prescreve de maneira a não deixar qualquer margem de dúvida que ‘os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título’.

‘Pela simples leitura desses dispositivos, constata-se que a intenção do constituinte foi justamente proibir que algum servidor perceba remuneração, ‘em espécie’ ou ‘a qualquer título’, acima daquela atribuída, no âmbito do Poder Executivo, aos Se-

cretários de Estado, impondo um fim aos altos salários dos privilegiados ‘marajás’ do serviço público.

‘Como o constituinte refere-se à ‘remuneração’, cumpre estabelecer que essa expressão corresponde a tudo o que seja devido em razão do cargo ocupado, ou seja, é a soma das parcelas devidas ao servidor público, compreendidos os vencimentos e outras vantagens pecuniárias.

‘Conclui-se, assim, que sempre se usa o termo remuneração quando se quer abranger todos os valores, em pecúnia ou não, que o servidor percebe mensalmente, em retribuição ao seu trabalho. Assim, a palavra remuneração é empregada em sentido genérico para abranger todo tipo de retribuição do servidor público.

‘Forçoso é reconhecer que a expressão remuneração, em espécie, a qualquer título, constante do texto constitucional, é de natureza abrangente, envolvendo, por conseguinte, as vantagens pessoais que os impetrantes buscam ver calculadas fora do teto remuneratório.

‘Como observa José Cretella Júnior, em sua obra Comentários à Constituição de 1988, vol. IX, Forense, 1993, pág. 4.716, ‘todo vencimento, toda remuneração, todos os adicionais, assim como todos os proventos de aposentadoria percebidos pelos servidores públicos devem encontrar base constitucional. Não há nenhum direito adquirido fundado a não ser em norma legal. Contrário sensu, toda percepção mencionada, percebida em desacordo com a Constituição, deverá ser reduzida ao limite desta decorrente, não se admitindo, na hipótese, in-

vocação de direito adquirido ou percepção de excesso, a qualquer título’.

‘É também importante transcrever as brilhantes observações feitas por Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda que tenha reformulado seu posicionamento na 3ª edição da sua obra, ensinando-nos que ‘embora no texto em apreço, a expressão ‘a qualquer título’ esteja explicitamente reportada à retribuição dos cargos cuja remuneração se constitui em patamar insuperável, ainda assim tem-se de considerar que vale, do mesmo modo, para qualificar o montante do que pode ser percebido pelos servidores. Isto é, os servidores em geral não podem perceber, ‘a qualquer título’, mais do que ‘a qualquer título’ é percebido pelos cargos apontados como baliza retributória.

‘Deveras, a ser de outra sorte, o dispositivo seria inócuo, imprestável para os fins que objetivou, podendo ser custeado com a máxima facilidade. Bastaria atribuir aos servidores, em conta de retribuição básica, valores modestos ou assujeitados ao teto e deferir-lhes qualquer excesso a título de gratificações, adicionais ou vantagens de tal ou qual tipologia. Não seria de crer que a Constituição houvesse liberado as superações do teto quando tivessem compostura desta ordem, a menos que se quisesse inculcar-lhe a rematada estultice de criar uma pseudo-restrição, de nenhuma valia e proveito. Interpretação deste jaez nunca seria adotada por exegeta que se prezasse’ (Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, RT, 1990, págs. 72/73).

‘Não desconheço que essa não tem sido a orientação adotada por este Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, que sustentam não estar o adicional por tempo de serviço, vantagem pessoal, incluído no teto salarial.

‘Contudo, ressaltando o meu posicionamento acerca desse ponto, e admitindo o entendimento majoritário, creio que mesmo assim não há direito líquido e certo a ser protegido no presente writ.

‘A questão discutida no mandamus é tão-somente esta: deve ou não o adicional por tempo de serviço ser calculado sobre os limites do teto remuneratório.

‘Para demonstrar a diferença na aplicação prática do entendimento vencedor no presente writ e do meu posicionamento, convém exemplificar: se tivéssemos um servidor com remuneração de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com direito ao adicional por tempo de serviço de 60% (sessenta por cento), caso fosse considerado que este incidiria sobre a sua remuneração, sem a limitação devida e defendida por mim, o servidor receberia R\$ 9.000,00 (nove mil reais) a título de triênio, acrescido das demais vantagens e do vencimento propriamente dito, ou seja, muito mais do que a remuneração total de Secretário de Estado, que é de R\$ 4.411,80 (quatro mil, quatrocentos e onze reais e oitenta centavos).

‘Embora a legislação disponha que o adicional por tempo de serviço — como vantagem pessoal que é — não deve ser incluído para fins de cálculo do limite máximo salarial, não há expressa permissão que este seja cal-

culado sobre remuneração superior ao teto salarial imposto aos servidores públicos. E nem poderia ser diferente, pois confrontaria com o sentido da norma constitucional, que é o de fixar um limite aos vencimentos dos servidores públicos, terminando com distorções surgidas em época pouco democrática, vivenciada pelo país em um passado não muito distante.

‘Não se está de forma alguma pregando vencimentos irrisórios aos servidores públicos. Contudo, indispensável é o término de algumas distorções surgidas, que elevaram determinados vencimentos a patamares muito superiores aos pagos em países desenvolvidos.

‘Em nosso país, tem-se como característica a grande disparidade existente entre os que ganham mais e os que ganham menos. Portanto, merece elogios a preocupação do constituinte em determinar um teto, estabelecendo ainda uma relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos.

‘Em parecer proferido no Mandado de Segurança n. 97.009313-6, da Capital, com a clareza que lhe é peculiar, o Dr. Raulino Jacó Brüning, Procurador de Justiça, analisou a questão consignando que:

‘Ao estabelecer que lei fixará o limite máximo da remuneração, a Constituição delega ao legislador ordinário poderes para fixá-lo, sendo que em Santa Catarina a matéria foi disciplinada no art. 3º da Lei Complementar n. 100/93, do seguinte teor:

‘Art. 3º — O limite máximo de remuneração a que se refere o art. 23, II, da Constituição do Estado, é fixado, para os servidores ativos e inativos

pertencentes aos Quadros de Pessoal dos órgãos da Administração Direta, Autarquias e Fundações do Poder Executivo, em 100% (cem por cento) do valor da remuneração do cargo de Secretário de Estado.

‘§ 3º — Ficam excluídas do limite previsto neste artigo, as importâncias percebidas a título de:

(...)

‘III — adicional por tempo de serviço’.

‘Como se vê, nenhum servidor, no âmbito do Poder Executivo, pode receber remuneração superior a R\$ 4.411,80, ressalvadas as vantagens de caráter pessoal. Pode produzir, para mais que isso, mas não pode receber além do teto máximo.

‘Cabe perguntar então se o adicional por tempo de serviço (que é vantagem pessoal) deve ser calculado sobre o máximo permitido e pago ou também sobre o excesso vedado e não pago?

‘Seria, data venia, uma ficção ou, quiçá, um artifício jurídico calcular um adicional sobre base de cálculo em parte real e em parte irreal.

‘Por certo os administradores públicos, no caso, os impetrados, estariam desrespeitando o princípio da legalidade.

‘Não se pode fazer incidir uma vantagem sobre base de cálculo inexistente na realidade. Não existe salário acima de R\$ 4.411,80. Então não se pode calcular adicional sobre valores acima desse limite.

‘O próprio artigo 17 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal se preocupou com essa questão, determinando que qualquer

remuneração paga em desacordo com a Constituição fosse imediatamente reduzida.

‘Reduzida implica em extinguir. E o que é extinto não pode servir para cálculo de vantagem posterior’.

‘Outro não é o entendimento do eminente Procurador de Justiça Dr. José Antônio Salvadori:

‘Devem, entretanto, para cálculo, evidentemente, limitar-se ao teto, porque os vencimentos dos impetrantes restringem-se, por força constitucional (art. 37 — XI c.c. art. 17 do ADCT/88), à remuneração efetivamente paga (art. 81 da Lei n. 6.745/85). O que ultrapassar os R\$ 4.411,80 não existe juridicamente, por força do que dispõe a maior lei do País. É o nada jurídico. E o nada jurídico não pode servir de base para o pretendido cálculo’ (Mandado de Segurança n. 97.009314-4, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar, julgado em 11/4/98).

‘Diante de tais argumentos, forçoso concluir que não existe norma que expressamente permita o cálculo do adicional por tempo de serviço sobre a remuneração hipotética do servidor público — aquela que ainda não foi ajustada ao valor máximo permitido pelo teto constitucional.

‘Assim, usei dissentir do posicionamento deste colendo Tribunal, pois entendo que, em seara administrativa, as normas devem, sempre, ser interpretadas restritivamente quando delas incidirem algum ônus à administração pública, pois ‘enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o Direito Público assenta em princípio inverso, qual seja, o da supremacia do Po-

der Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais’ (Hely Lopes Meilheiros, *Direito Administrativo Brasileiro*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995, pág. 38). Não havendo lei permitindo o cálculo sobre o ‘irreal’, o adicional por tempo de serviço deve incidir sobre os vencimentos já limitados pelo teto constitucional’.

“Em coro ao afirmado anteriormente, concordo plenamente com os argumentos do ilustre julgador. Mostra-se lógica e razoável a conclusão de que o percentual relativo ao adicional por tempo de serviço deva incidir sobre o valor que é efetivamente percebido pelo servidor público e são sobre aquele a que teria direito se não houvesse a limitação resultante do ‘teto salarial’.

“4. Ante o exposto, afasto as preliminares e denego a segurança”.

Como dito, no que pertine ao adicional por tempo de serviço, o julgado acima colacionado tem perfeita aplicação ao caso ora tratado, razão pela qual integro-o na sua totalidade na fundamentação do presente decissum.

Ante o exposto, concedo parcialmente a segurança tão-somente para garantir ao impetrante a percepção da Gratificação de 1/3 do Soldo — código 1460 — sem a imposição da limitação remuneratória prevista no art. 37, inc. XI, na sua redação anterior à EC n. 19/98.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, por votação unânime, concederam parcialmente a segurança tão-somente

para garantir ao impetrante a percepção da Gratificação de 1/3 do Soldo — código 1460 — sem a imposição da limitação remuneratória prevista no art. 37, inc. XI, na sua redação anterior à EC n. 19/98.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Francisco Oliveira Filho, Newton Trisotto, Volnei Carlin e Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça,

lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 9 de maio de 2001.

João Martins,

Presidente;

Luiz César Medeiros.

Relator.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 251.637-1 — SANTA CATARINA

Relator: Ministro Marco Aurélio

Agravante: Estado de Santa Catarina

Advogada: PGE/SC — Rejane Maria Bertoli

Agravados: Mario Augusto Capella Tavares e outros

Advogados: Ricardo Augusto Ferro Halla e outros

DECISÃO

Teto remuneratório. Gratificação por tempo de serviço. Base de incidência. Agravo desprovido.

1. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina houve por bem conceder a segurança requerida pelo ora agravado, sufragando tese que assim restou sintetizada:

“— Administrativo. Adicional por tempo de serviço. Não sujeição ao teto remuneratório.

“— O § 3º do art. 3º da Lei Constitucional Estadual n. 100 é expresso em que o adicional por tempo de serviço fica excluído do teto remuneratório, na esteira, aliás, do parágrafo único do art. 42 da Lei Federal n. 8.112/90.

“— Precedentes deste Tribunal nos MS ns. 97.004234-5, relator o Des. Eder Graf e 97.009655-0, da Capital, relator o mesmo do presente acórdão.

“— O benefício da exclusão compreende não somente o adicional calculado em relação ao teto propriamente dito, como o correspondente ao cálculo sobre a quantia que, excede do teto, o servidor deixa de auferir por aplicação do limitativo constitucional.

“— Segurança concebida” (fl. 35).

No extraordinário cujo trânsito busca alcançar, interposto com alegada base nas alíneas a e c do permissivo constitucional, o Estado articulou com o malferimento do artigo 37, inciso XI, do corpo permanente da Carta Federal, argumentando ser impossível calcular o adicional por tempo de serviço com base no total da remuneração, inclusive a parte não recebida pelo servidor em razão do redutor para adequação ao limite máximo. Sustenta que, não tendo o ora agravado direito à percepção do valor que ultra-

passa o teto remuneratório, não há margem a que outra vantagem incida sobre a referida parcela, que já não pode ser qualificada como vencimento ou remuneração (fls. 43 à 48).

O Juízo primeiro de admissibilidade refutou a ofensa aos preceitos evocados, até em face da circunstância de a conclusão adotada pela Corte de origem estar em harmonia com a jurisprudência dos tribunais superiores (fl. 60).

No agravo de folhas 2 à 10, renovam-se os argumentos veiculados no recurso, insistindo-se na configuração de violência ao Diploma Maior.

O Agravado apresentou a contraminuta de folhas 64 à 67, salientando a pertinência dos verbetes de ns. 279, 280 e 282 da Súmula desta Corte.

Recebi os autos em 23 de setembro de 1999.

2. Na interposição deste agravo foram observados os pressupostos de recorribilidade que lhe são inerentes. A peça, subscrita por Procuradora do Estado, veio acompanhada dos documentos previstos no artigo 544, § 1º, do Código de Processo Civil, havendo sido protocolada no prazo em dobro a que tem jus o agravante.

Sedimentou a jurisprudência deste Tribunal, a partir do julgamento

da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 14, no sentido de não se computar, para efeito de se saber respeitado, ou não, o teto remuneratório, a gratificação por tempo de serviço. Ao encontrar, na Corte, essa óptica formalizada, passei a divergir, por entender que tal conclusão resultaria no esvaziamento do teto. Todavia, quer atuando no campo monocrático, quer no Colegiado menor, que é o revelado pela Turma, venho ressaltando o convencimento que possuo sobre a matéria. Faço-o neste momento, salientando que o adicional por tempo de serviço será alcançado pelo teto fixado, caso se conclua deva a correspondente percentagem incidir não sobre a remuneração do servidor, mas sobre o valor decorrente do teto e, portanto, da aplicação do redutor. Na espécie dos autos, considerada a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, não adotou a Corte de origem tese contrária a texto constitucional.

3. Pelas razões supra, conheço do pedido formulado neste agravo, mas a ele nego acolhida.

4. Publique-se.

Brasília, 30 de setembro de 1999.

*Ministro Marco Aurélio,
Relator.*

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL N. 279.453—SC (2000/0097706-3)

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira

Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — Ecad

Advogado: Neltair Piccolotto

Recorrida: Motel Logos Ltda. — Microempresa

Advogado: Roque Fritzen

Direitos autorais. Motel. Músicas. Retransmissão radiofônica através de sistema de som. Cabimento da cobrança. Orientação da segunda seção. Recurso acolhido.

— Nos termos da orientação que veio a prevalecer na Segunda Seção, os hotéis ou motéis respondem pela contribuição de direitos autorais quando a retransmissão radiofônica de músicas, nos quartos dos hóspedes, se dá por sistema de som instalado no estabelecimento.

Vistos etc.

1. Contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, provendo apelação, entendeu não ser devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas através de sistema de som instalado em motel, interpôs o Ecad recurso especial.

Alega, além de dissídio, violação dos arts. 3º, 35, IV, c, e 73, §§ 1º e 2º, da Lei n. 5.988/73, por ser de rigor o pagamento dos direitos autorais.

Contra-arrazoado o recurso foi admitido na origem.

2. A Seção de Direito Privado deste Tribunal, depois de oscilações, assentou o cabimento da cobrança de direitos autorais em relação aos hotéis e motéis, em virtude da sonorização ambiental nos apartamentos dos hóspedes, estabelecendo como orientação, no entanto: a) a contribuição só será devida quando a retransmissão se der por sistema instalado no hotel

(REsp n. 45.675—RJ, j. 9/8/99); b) a recepção de música captada por aparelho de rádio não demanda o pagamento (REsp n. 76.882—RS, DJ 16/11/99); c) o valor da cobrança deve ser fixado em função da efetiva utilização do sistema de som, não sendo adequado o cálculo com base no número de apartamentos, nem o que leva em conta a taxa de ocupação (REsp n. 164.156—RJ, DJ 19/5/98).

Sobre esses temas, confira-se desta Turma o REsp n. 242.468—PR (DJ 29/5/2000), assim ementado:

“Ecad. Direito autoral. Legitimidade do Ecad. Apartamentos de hotel.

“O Ecad tem legitimidade para fixar os valores das contribuições devidas pelos estabelecimentos que se utilizam de composições musicais de seus filiados.

— A contribuição devida pelos hotéis, pela sonorização dos apartamentos dos hóspedes, está restrita à retransmissão de músicas pelo sistema de som instalado no estabelecimento, a ser calculada de acordo com

a sua efetiva utilização. Precedentes. Dec. n. 99.244/90. Lei n. 9.610/98”.

No mesmo sentido, da Terceira Turma, o REsp n. 137.006—RJ, julgado em 3/8/2000.

No caso, é de registrar-se que a recorrida confessa que a retransmissão das músicas, em seu estabelecimento, dá-se por sistema de som instalado no motel, como um todo, e não por rádios individuais colocados nos quartos (dentre outras peças processuais, a própria inicial, fl. 3, n. 1).

3. Pelo exposto, com arrimo no art. 557, CPC, conheço do recurso e dou-lhe provimento para restabelecer a sentença que julgou improcedente o pedido de declaração de inexistência de débito formulado pela recorrida, mantida a fixação da verba sucumbencial.

P. I.

Brasília, 13 de dezembro de 2000.

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira,
Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 302.268/SC (2001/0010324-3)

Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Recorrente: Banco do Brasil S.A.

Advogados: Dra. Patricia Netto Leão e outros

Recorrida: Indústria e Comércio de Carnes NB Ltda. — Microempresa

Advogado: Rui Pimentel Júnior

DECISÃO

Vistos etc.

1. Indústria e Comércio de Carnes NB Ltda.—ME opôs embargos à

execução de cédula de crédito industrial movida pelo Banco do Brasil S.A., julgados parcialmente procedentes

para excluir da dívida a capitalização dos juros e a correção monetária com comissão de permanência.

A eg. Terceira Câmara Civil do TJSC deu parcial provimento aos recursos das partes. Transcrevo o trecho da ementa que ora interessa:

“Juros. Capitalização. Cabimento. A capitalização dos juros, segundo a Súmula 93 do STJ, é perfeitamente cabível nas notas de crédito comercial, industrial e rural, em decorrência da legislação que as rege. No entanto, deve ser semestral” (fl. 88).

Inconformado, o Banco interpôs recurso especial (art. 105, III, a e c, da CF), alegando que, ao afastar a capitalização mensal dos juros, expressamente pactuada, o acórdão negou vigência aos arts. 5º, 11 e 14 do DL n. 413/69 e divergiu da jurisprudência, especialmente da Súmula 93/STJ.

Admitido o recurso, sem as contra-razões, vieram-me os autos.

2. A jurisprudência reiterada deste Tribunal, aplicando a Súmula 93, admite a cobrança de juros capitalizados sob a forma mensal, desde que pactuada na cédula de crédito industrial, como na hipótese. Confira-se: REsp n. 264.560—SE, DJ 20/11/2000; REsp n. 182.376—RS, DJ 27/3/2000.

Assim, conheço do recurso e dou-lhe provimento para permitir a cobrança dos juros capitalizados mensalmente, mantida a sucumbência. Intimem-se. Publiquem-se.

Brasília—DF, 29 de maio de 2001.

Ministro Ruy Rosado de Aguiar,
Relator.

RECURSO ESPECIAL N. 321.764/SC (2001/0050737-9)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de Joinville

Advogados: Josué Eugênio Werner e outro

Recorrido: Município de Joinville

Procuradores: Diva Mara Machado Schlindwein e outros

DECISÃO

Processual civil. Recurso especial. Abordagem, também, de matéria de natureza constitucional. Não interposição de recurso extraordinário. Incidência da Súmula 126/STJ.

1. Acórdão recorrido que tem como sustentação matéria de ordem constitucional, com existência de tema dessa natureza no corpo da fundamentação do próprio recurso especial.

2. *O ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar dos recursos extremos, deixou bem delineada, na Constituição Federal, a impossibilidade de o recurso especial definir qualquer assunto de envergadura constitucional. A missão do apelo extremo é, unicamente, garantir a autoridade da lei federal e zelar pela sua aplicação uniforme.*

3. *A não interposição pela parte do recurso extraordinário, com o fim de impugnar fundamento constitucional sobre o qual se assenta acórdão recorrido na via especial, gera óbice intransponível ao conhecimento do recurso, com incidência da Súmula 126/STJ.*

4. *Recurso a que se nega seguimento (art. 38 da Lei n. 8.038/90, c/c o art. 557 do CPC, e Súmula 126/STJ).*

Vistos etc.

O Sindicato da Indústria de Pa-nificação e Confeitaria de Joinville in-surge-se, via presente recurso especial (art. 105, III, a e c, da CF/88), contra v. acórdão segundo o qual "o STF tem reconhecido a legalidade da taxa de fiscalização de localização, instalação e funcionamento e também a sua re-novação anual (RREE ns. 115.811; 120.391; 140.278 entre outros)" (fl. 168).

Alega-se que a decisão guerre-ada violou os arts. 77, 78, caput, e pa-rágrafo único, do CTN, 145, II, da CF/88, e 96, do Código Tributário do município de Joinville, assim como aponta dissídio jurisprudencial.

Relatados, decido.

Estabelece a Súmula 126, des-ta distinta Corte Superior, litteratim:

"É inadmissível recurso especial quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e in-fraconstitucional, qualquer deles su-ficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário".

É que tendo o venerando acór-dão se fundado em matéria infracons-titucional e constitucional, a parte re-corrente não interpôs o competente recurso extraordinário, impondo-se, in casu, o disposto no verbete da Súmu-la 126, acima reproduzido. A veracida-de do acima assinalado constata-se pela simples leitura do v. decisum apunhalado, assim como do conteúdo das fundamentações nele contidas.

Claro está que a decisão guer-reada expressou entendimento sobre a constitucionalidade da taxa em de-bate, com apoio, integral, em decisões proferidas pela colenda Corte Máxi-ma.

Ora, a não interposição pela parte do recurso extraordinário, com o fim de impugnar fundamento constitu-cional sobre o qual se assenta acór-dão recorrido na via especial, gera óbice intransponível ao conhecimento do recurso, mercê da incidência da Súmula 126/STJ, já referida.

Cito, por oportuno, trabalho dou-trinário do eminente Ministro Athos Gusmão Carneiro "Do Recurso Espe-cial e seus Pressupostos de Admissibi-

lidade”, in Revista Jurídica, n. 210, pág. 9, onde expõe que:

“Algumas observações a respeito da admissibilidade do recurso especial, pela aplicação de enunciado da Súmula do STF, que explicitam princípios decorrentes da própria natureza dos recursos extraordinários. Assim:

“1) Pelo enunciado 283/STF, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente, não merece admissão o recurso que omite algum dos fundamentos. Realmente, bastará o fundamento não impugnado para sustentar o aresto, por se cuidar de fundamento suficiente.

“Se o acórdão é baseado em mais de um fundamento suficiente, sendo um deles de natureza exclusivamente constitucional, haverá necessidade de interpor ambos os recursos, o extraordinário e o especial (REsp n. 17.527, ac. de 1º/4/92, rel. Min. Américo Luz, RSTJ 32/441; REsp n. 16.340, ac. de 26/2/92, rel. Min. Pádua Ribeiro, 34/401). Mas a eficácia da decisão do STJ conhecendo recurso e lhe dando provimento ficará condicionada (apesar do art. 461 do CPC!) ao conhecimento e provimento do RE”.

De igual teor o entendimento do Ministro Cláudio Santos, nobre integrante desta Corte, ao discorrer sobre o tema “Competência do Superior Tribunal de Justiça; Recurso Especial e Recurso Ordinário” in Informativo Jurídico da Biblioteca Min. Oscar Saraiva, vol. 7, pág. 33:

“Manifestado do acórdão com duplo fundamento, constitucional e infraconstitucional, cada um suficiente

para manter o decisório, apenas o recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu e está em vias de sumular sua reiterada jurisprudência, não ser possível o conhecimento deste recurso.

“A primeira decisão nesse caminho, com objetivo uniformizador partiu da Primeira Seção, em Questão de Ordem suscitada pelo Ministro Pádua Ribeiro, no REsp n. 17.664-0—SP, aprovada em 18 de fevereiro de 1992, onde foi assentada esta regra:

“É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta-se em fundamento constitucional e fundamento infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.

Em face da orientação sumulada pela nobre Corte Especial desta colenda Casa Julgadora, exercendo a sua função uniformizadora, não ousou contrariar a jurisprudência que firmou.

Não há, pois, possibilidade de exame da aplicação de tais dispositivos em sede de recurso especial, pela total desarmonia com os preceitos constitucionais da matéria jurídica enfrentada.

Por tais considerações, nego seguimento ao recurso especial, com apoio no art. 38 da Lei n. 8.038/90, c/c o art. 557 do CPC, e na Súmula 126/STJ.

Publique-se. Intimações necessárias.

Brasília, 30 de maio de 2001.

Ministro José Delgado,
Relator.

**VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINARES

PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINARES NS. 01.001529-9 E 01.001530-2, DE PORTO BELO

Requerente: Município de Bombinhas

Advogado: Dr. Carlos Renan Machado Presser

Interessada: Cooperalt — Cooperativa dos Transportadores Alternativos e Diferenciados de Passageiros da Região de Itajaí

Advogado: Dr. Luiz Fernando Molléri

Interessados: Santa Luzia Transportes e Turismo Ltda. e outros

Advogado: Dr. Paulo Luiz da Silva Mattos

Ação na origem: Mandados de Segurança ns. 139.00.003213-9 e 139.01.000071-0

O município de Bombinhas, com fundamento no art. 4º da Lei n. 8.437/92, requer a suspensão das liminares deferidas nos mandados de segurança impetrados na comarca de Porto Belo que determinaram ao Sr. Prefeito Municipal de Bombinhas se abstenha de exigir dos impetrantes a denominada “taxa de turismo”, criada pela Lei Municipal n. 71/93 e alterada pela Lei n. 166/94.

Argúi, inicialmente, a nulidade da decisão, por ausência de fundamentação válida e regular.

Sustenta que a liminar vem causando grave lesão à economia pública, pois a supressão da receita tributária acarretará a frustração de investimentos ou deixará a descoberto despesas, sujeitando o administrador às sanções da lei de responsabilidade fiscal.

Diz que as leis municipais dispendo sobre a taxa em causa estão em vigor há mais de 6 anos e que a medida liminar reduzirá parte da receita tributária orçada, bem como os serviços de fiscalização das atividades

de temporada ligadas ao turismo, por falta de fonte de custeio no orçamento da Secretaria de Turismo, com perda estimada da arrecadação mensal em torno de R\$ 103.200,00.

Notícia ter a atual administração herdado uma dívida de R\$ 1.617.752,49 e contratado este ano 130 servidores públicos, “ligados às atividades de verão”, sendo 32 vinculados à Secretaria de Turismo, implicando a contratação despesa na ordem de R\$ 130.000,00.

Sustenta que a liminar causará lesão à saúde pública, pois a Secretaria de Turismo utiliza cerca de 10 servidores para fiscalização da disposição final de dejetos sanitários, e sem essa fiscalização haverá comprometimento do controle do saneamento, causando poluição da água do mar no local que, segundo relatório de balneabilidade da Fatma, já começa a apresentar pontos impróprios para banho.

Diz dever-se observar o princípio da legalidade e legitimidade dos atos da administração e, caso mantida a liminar, terá dificuldade de localizar as cooperadas a fim de notificá-las da constituição do crédito tributário e cobrar o tributo judicialmente, enquanto o Município possui idoneidade financeira a garantir eventual devolução dos valores cobrados, devendo prevalecer o interesse público sobre o particular.

Alega que a ordem pública será diretamente afetada, pois é “atribuição precípua e indelegável do poder de polícia municipal, o exercício da fiscalização das condições de saúde, salubridade, segurança, higiene, dos serviços e atividades desempenhadas

no território do Município”, definindo a Lei n. 071/93 o fato gerador da taxa de turismo como sendo o exercício do poder de polícia administrativa, que vem sendo efetivamente exercido, porquanto todos os veículos que transportam turistas, ao passarem pelo posto de fiscalização, recebem orientações sobre as condições de funcionamento e regularidade dos equipamentos sanitários neles instalados e indicação de locais apropriados para a disposição final dos dejetos.

Argumenta que inobservado o art. 2º da Lei Federal n. 8.437/92, pois não realizada a audiência do representante legal da pessoa jurídica antes da concessão da liminar, não exigida caução para garantia do pagamento das taxas, a par de que a medida liminar ter caráter satisfativo, o que é inadmissível antes do trânsito em julgado, a teor do art. 475, II, do CPC.

Alega, por fim, que “tanto a concessão de liminares em medidas cautelares nominadas ou inominadas, quanto o deferimento de antecipação de tutela, contra a Administração Pública Direta ou Indireta, Empresas Públicas, suas Autarquias entre outros, encontram-se estancadas pelas Leis retrocitadas (8.437/92 e 9.494)”.

É o relatório.

Cuidando-se de liminar em mandado de segurança, incabível a aplicação das Leis ns. 8.437/92 e 9.494/97.

A decisão impugnada está bem e suficientemente fundamentada, pelo que rejeito a arguição de sua nulidade.

Reconheço que a supressão da receita da taxa de turismo possa acar-

retar dano à economia municipal, mas não se demonstrou fosse tal prejuízo de maneira grave, porque não há documentos que permitam o confronto do prejuízo estimado de R\$ 130.000,00 por mês com as receitas do Município.

Mas mesmo que pudesse ter o caráter de grave prejuízo a suspensão da receita, esta não pode ser admitida se não reúne, de longe sequer, os requisitos das taxas.

Estas têm como fato gerador "o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição" (CTN, art. 77).

Esse poder de polícia é conceituado na doutrina como sendo a atribuição "que dispõe a Administração Pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social" (Diógenes Gasparini, Direito Administrativo, Saraiva, 4ª ed., pág. 108).

Ocorre que não se cogita aqui da inequívoca competência municipal para conceder ou permitir o serviço local de transporte coletivo, nos termos do art. 30, VI, da CF, mas da autorização de tráfego ou de trânsito, no âmbito do Município, de determinados ônibus que, por isso, estão obrigados ao pagamento da denominada taxa de turismo.

Com efeito, a lei que instituiu a taxa em causa diz que ela tem como fato gerador "o exercício do poder de polícia administrativa" (art. 4º da Lei n. 071/93), explicitando o artigo 5º, então, que "a entrada de ônibus de fretamento no Município fica condicionada

à retirada de uma senha antecipadamente, junto à Secretaria Municipal de Turismo e Meio Ambiente, com o respectivo recolhimento da taxa de turismo, bem como o preenchimento da identificação, contendo:

"I...".

O art. 14, entre outras exceções à obrigatoriedade de pagamento da taxa (veículos oficiais e de estudantes, mediante prévia comunicação), inclui a dos veículos que comprovadamente transportarem passageiros que irão pernoitar no Município, do que se conclui que a tributação se dá pelo tráfego e permanência nos Municípios de veículos coletivos.

Ainda que inspirada na necessidade de limitar o acesso de veículos coletivos por eventual falta de espaço no Município, é lícito concluir, também, que a motivação está no desejo de afastar os veículos transportadores de pessoas que não vão ocupar leito de hotéis, mas permanecerão no Município apenas algumas horas, restrições que são enfaticamente proibidas pelo art. 150, V, da CF, ao dispor que é vedado à União, Estados e Municípios:

"V — estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público".

Para Cretella Júnior (Comentários à Constituição de 1988, pág. 3.555 do VII volume) a circulação dos veículos "que transportam pessoas ou coisas é livre, sendo inconstitucionais taxas ou impostos que estabeleçam restrições ou limitações a tais tráfego

gos, mediante tributos interestaduais ou intermunicipais”.

Pinto Ferreira esclarece que a expressão “tráfego”, contida no dispositivo “deve-se atribuir o significado genérico do nosso direito constitucional, que é o tráfego em todas as suas modalidades: o material, o intelectual, o de veículos, o de pessoas, ou de bens e coisas corpóreas ou incorpóreas”, ressalvado o pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público (Comentários à Constituição Brasileira, 5º vol., págs. 320/1).

Ante o exposto, não obstante o reconhecido esforço dos ilustres patronos do Município, não há como suspender a liminar, que importaria em convalidar a cobrança de tributo que não tem amparo na Constituição Federal.

Intime-se.

Comunique-se.

Florianópolis, 9 de fevereiro de 2001.

*João José Schaefer,
Vice-Presidente.*

RECURSO ESPECIAL CÍVEL

RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 99.014870-0, DE MAFRA

Recorrente: Espólio de Maria Tereza Emilia Liebel

Advogados: Dr. José Valmor Ribeiro Nardes e outros

Recorridos: Antônio Liebel e outros

Advogado: Dr. Carlos Alberto Soares Nolli

O Espólio de Maria Tereza Emilia Liebel, com fundamento nas alíneas a e c do inc. III do art. 105 da CF, manifesta recurso especial da decisão unânime da Primeira Câmara Civil, que desproveu sua apelação, confirmando sentença de primeiro grau que julgou procedente a ação reivindicatória movida pelos recorridos.

Informa que ajuizou ação de usucapião visando ao reconhecimento do domínio do imóvel objeto da reivindicatória, devendo o presente pro-

cesso ficar suspenso enquanto aquela não for decidida, por se tratar de questão prejudicial.

Afirma violado o art. 10 do CPC, uma vez que os recorridos ajuizaram a reivindicatória sem outorga uxória, imprescindível em ações que versam sobre direito real, dizendo divergente da decisão recorrida o acórdão do STJ (RF 262/141, in Theotonio Negrão, 30ª ed., 1999).

O art. 47 do CPC também restou vulnerado, pois os filhos da recor-

rente, também possuidores do imóvel, não foram citados para integrar o feito, tendo a decisão recorrida divergido do entendimento do STJ no AI n. 45.004/RJ (DJU de 20/3/95), do TJPR, na Ap. Cív. n. 435/84 (RT 605/191) e do julgado publicado na RSTJ 56/214.

Também foram afrontados os arts. 267, IV, 295, I, e 329, todos do CPC, uma vez que os recorridos não descreveram na inicial as medidas e confrontações do imóvel reivindicado, tendo o TJPR no AI n. 25790-5 (RT 703/139) e o TJSP, na AC n. 63.446-1 (RT 607/88) decidido de forma diversa do v. acórdão.

O art. 550 do CC também foi contrariado, porque os recorrentes afirmam ter comprovado a posse e o domínio sobre o imóvel reivindicado, tendo os julgados do TJSP nas Ap. Cív. ns. 33.970-1 (RT 579/101), 41.444-1 (RT 587/107) e 11.416-1 (RT 558/95) decidido diversamente ao caso dos autos.

Por fim, os arts. 535 do CPC e 5º, LV, da CF, porque os embargos declaratórios interpostos para prequestionar matéria não ventilada na decisão recorrida foram rejeitados, não se manifestando acerca de tais questões, tendo a decisão recorrida contrariado o entendimento do STF no RE n. 184.104-4/PE (DJU de 27/3/98, in Theotonio Negrão, 30ª ed., 1999).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, pelo Procurador de Justiça Dr. Paulo Roberto Speck, absteve-se de opinar acerca da matéria, ao argumento de que a lide não se enquadra nas hipóteses em que o Ministério Pú-

blico deve intervir, segundo o disposto no art. 82 do CPC.

É o relatório.

A alegada violação ao art. 5º, LIV, da CF deveria ter sido objeto de recurso extraordinário, por se tratar de matéria de índole constitucional.

Os demais dispositivos não se mostram violados.

O art. 10 do CPC porque, como bem assentou a decisão recorrida, “Embora a ação reivindicatória verse sobre direito real imobiliário, e inobstante a redação do art. 10, caput, do CPC, ao prescrever que o cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações desta espécie, vê-se que cada um dos cônjuges tem legitimação ativa para o ajuizamento destas ações, inexistindo litisconsórcio necessário. É que a sentença produzirá de imediato os efeitos que lhe são inerentes, não se podendo obrigar um co-titular do direito a ingressar em Juízo em decorrência do princípio da disponibilidade da ação” (fl. 154).

Não fosse isso “‘Nas ações reais imobiliárias, os cônjuges, como réus, são litisconsortes necessários, pois a lei exige a citação de ambos. No caso de legitimação ativa, o que se exige é a outorga marital ou uxória, e não o litisconsórcio’ (JTJ 159/17)”. E mais: “‘Compete ao marido, e não a outrem, a arguição de falta de consentimento marital’ (RTJ 82/419); ‘e à mulher, a de falta de outorga uxória’ (RT 599/200)” (Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 30ª ed., 1999, pág. 103) (o grifo não é do original).

O art. 47 do CPC, pois conforme restou assentado na decisão em-

bargada, "...não há prova nos autos, por parte da ré, da alegada existência de outros possuidores no local, além do que não se vislumbra, no presente caso, existência de litisconsorte passivo necessário. Ainda que se trate, realmente, de litisconsorte, 'cabe ao autor eleger com quem pretende litigar em juízo, assumindo os riscos de eventual erro na escolha. Do equívoco poderá resultar que perca a demanda, mas a pretensão haverá de ser decidida tal como formulada. Ainda em caso de litisconsórcio necessário, o juiz determinará que o autor promova a citação. Se não o fizer, extingue-se o processo, mas não será forçado a contender com quem não queira' (STJ, REsp n. 43.531-5, SP, rel. Ministro Eduardo Ribeiro, DJU 23/5/94)" (fls. 189/190).

Os arts. 295, I, 267, IV, e 329, todos do CPC, pelo fato de o imóvel ter sido descrito à fl. 2 dos autos, inclusive com juntada da matrícula do bem.

O art. 550 do CC, uma vez que a decisão recorrida entendeu, com base nas provas dos autos, que a recorrente não demonstrou "...de forma cabal estar exercendo, no tempo devido, e com ânimo de dono, a posse da área discutida" (fl. 154).

De outro lado, verificar se os recorridos descreveram os limites do imóvel reivindicado ou se a recorrente provou a posse justa do imóvel, envolve reexame de prova, vedado nesta instância especial, conforme enunciado da Súmula 7 do STJ.

Não há falar, também, em violação ao art. 535 do CPC, porque a matéria argüida nas razões de apelação foi amplamente debatida na decisão recorrida e nos embargos decla-

ratórios, embora esses tenham sido rejeitados.

No plano da letra c melhor sorte não socorre ao recorrente.

O julgado do STJ, referente à outorga uxória para o ingresso de ações que versam sobre direito imobiliário, não serve para comprovar divergência jurisprudencial, pois o Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, de Theotônio Negrão, não é repositório oficial, autorizado ou credenciado de jurisprudência. Descumpridas, assim, as exigências do parágrafo único do art. 541 do CPC e § 1º do art. 255 do RISTJ.

Os julgados do STJ (AI n. 45.004/RJ), do TJPR (Ap. Cív. n. 435/84) e, ainda, o julgado publicado na RSTJ 56/214, que tratam do litisconsorte passivo necessário, não se assemelham ao caso dos autos, pois neles ficou comprovada a existência de vários réus ocupando o imóvel reivindicado, enquanto os embargos declaratórios, que integram e completam a decisão recorrida, assentaram não haver prova da existência de outros possuidores no imóvel, além de Tereza Emilia Liebel (fl. 189).

Os acórdãos do TJPR (AI n. 25790-5) e o do TJSP (Ap. Cív. n. 63.446-1) decidiram ser imprescindível a descrição precisa das confrontações do imóvel, na peça inicial da ação reivindicatória, acolhendo, portanto, entendimento análogo ao da decisão recorrida, que nos embargos declaratórios (fl. 190) tornou expresso que o imóvel foi descrito à fl. 2 dos autos, inclusive com juntada da matrícula do bem.

O mesmo ocorre com os paradigmas do TJSP (Ap. Cív. ns.

33.970-1, 41.444-1 e 11.416-1), ao entenderem não bastar, na ação reivindicatória, a prova da propriedade, sendo necessária a posse injusta do réu, e a decisão recorrida assentou que a ré não provou ter posse justa sobre o imóvel.

Por último, o julgado do STF, RE n. 184.104-4/PE porque, além de não preencher as exigências do art. 541, parágrafo único, do CPC e § 2º do art. 255 do RISTJ, decidiu caber embargos declaratórios quando constatado silêncio sobre a matéria de defesa, o que não ocorreu nos autos, uma vez que não houve na decisão recorrida omissão, obscuridade ou contradição a serem sanadas.

Acrescente-se que os recorrentes não cumpriram o disposto nos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 2º, do RISTJ, pois não transcreveram os trechos dos acórdãos ditos dissidentes, nem mencionaram as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

Ante todo o exposto, nego seguimento ao recurso.

Intime-se.

Florianópolis, 29 de março de 2001.

João José Schaefer,
Vice-Presidente.

RECURSOS ESPECIAIS CRIMINAIS

RECURSO ESPECIAL CRIME N. 97.008677-6, DA CAPITAL

Recorrente: Dorvalino Dacoregio

Advogados: Drs. Márcio Luiz Fogaça Vicari e outro

Recorrido: Moacir Pereira

Advogado: Dr. André Mello Filho

Dorvalino Dacoregio, com fulcro no art. 105, inc. III, alíneas a e c, da Constituição Federal, interpõe recurso especial da decisão unânime da colenda Primeira Câmara Criminal, que julgou improcedente a exceção da verdade e procedente a queixa para condenar o recorrente nas sanções por infração aos arts. 20, 21 e 22 da Lei n. 5.250/67.

Alega, preliminarmente, nulidade dos acórdãos de embargos de declaração de fls. 367/369 e 387/388, por violação ao art. 619 do CPP, porque não apreciados os seguintes pontos suscitados: ausência de condição de procedibilidade, eis que não juntado aos autos o "exemplar" com a publicação dita ofensiva como exige o art. 43 da Lei n. 5.250/67, apenas al-

gumas partes; renúncia tácita ao direito de queixa, pois em uma das partes de exemplar colacionadas não constava o nome do recorrente, ao que deveria o recorrido acionar judicialmente também os responsáveis sucessivos, conforme art. 28 da Lei dos Crimes de Imprensa; cerceamento de defesa, já que a instrução ainda não se encerra quando da intimação para apresentação de alegações finais bem como porque a sessão de julgamento para recebimento ou não da queixa fora marcada para 3/3/98, ocorrendo somente em 10/3/98, impedindo a realização de sustentação oral (art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.038/90) e assistência do defensor (arts. 261 e 370, § 2º, do CPP); contradição na determinação da reprimenda, ao considerar as circunstâncias do art. 59 do CP desfavoráveis para a fixação da pena-base e favoráveis para a substituição da pena; ausência de apreciação sobre a substituição da pena restritiva de direitos por pecuniária.

No mérito, sustenta que a decisão recorrida contrariou: a) o art. 43 da Lei n. 5.250/67 e o art. 43, III, do CPP, pela falta de juntada de todo o exemplar do jornal onde teriam sido publicadas as notas ofensivas; b) o art. 396 do CPP e art. 45, II, da Lei n. 5.250/67, ante a inversão na oitiva das testemunhas de acusação e defesa; c) o art. 28, I e III, da Lei de Imprensa, e os arts. 48 e 49 do CPP, uma vez que o recorrido renunciou tacitamente ao direito de queixa, ao não acionar os responsáveis sucessivos pelo alegado crime, no que se refere ao documento de fl. 12, que não traz o nome do recorrente como autor; d) o art. 5º, LV, da CF, e o art. 370 do CPP, eis que da expedição de determina-

das cartas de ordem não se procedeu a devida intimação; e) o art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.038/90, e os arts. 261 e 370, § 2º, do CPP, em vista de que o recebimento da queixa não se deu na sessão para a qual foi intimado o recorrente, impossibilitando o direito de sustentação oral e acompanhamento do ato; f) o art. 265, parágrafo único, do CPP, diante da ausência de nomeação de defensor ad hoc, nas audiências realizadas nos juízos deprecados; g) o art. 10 da Lei n. 8.038/90, em razão do impedimento do requerimento de diligências após concluída a inquirição das testemunhas; h) os arts. 59 e 68 do CP, ao considerar, na exacerbação da pena-base, circunstâncias que integram o próprio tipo penal, incorrendo em bis in idem; i) o art. 20 da Lei de Imprensa e o art. 95, j, da Lei n. 8.212/91, porquanto o mencionado art. 95 não prevê como criminosa a conduta atribuída ao recorrente.

Alega, também, dissídio jurisprudencial quanto à dosimetria da pena, na medida em que o acórdão combatido estaria divergindo do entendimento de outros tribunais nos seguintes aspectos: para se exacerbar a pena-base, foram consideradas algumas circunstâncias que integrariam o próprio tipo penal (REsp n. 89.593/RS, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 7/10/96) e outras não estariam adequadamente fundamentadas para tal (HC n. 9.629/PE, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 20/3/00); o aumento do concurso formal na terceira fase foi justificado com base nas circunstâncias judiciais e não no número de crimes (HC n. 10.082/MG, rel. Min. Edson Vidigal, DJU de 13/12/99); e quanto à subsunção da conduta atribuída ao recorrente referente ao art.

20 da Lei de Imprensa (HC n. 1998.01.00.057331-6/MG, rel. Juiz Osmar Tognolo, RT 763/681).

Em contra-razões pugnou o recorrido pelo não conhecimento do recurso, e, sendo conhecido, pelo seu improvimento, diante do acerto da decisão colegiada (fls. 431 e segs.).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Roberto Speck, opina pela inadmissão do recurso, "haja vista o não cumprimento dos pressupostos legais exigidos à validade da interposição, bem como pela ausência de contrariedade à legislação federal nos julgados recorridos e pela falta de comprovação da alegada divergência jurisprudencial".

É o relatório.

Preliminarmente, tem-se por inexistente a suposta violação ao art. 619 do CPP, porquanto devidamente debatidas já na decisão que julgou procedente a queixa-crime (fls. 341/351) as alegadas omissões, sendo ratificadas nos acórdãos dos dois embargos de declaração sucessivamente interpostos, à exceção do mencionado acerca do art. 499 do CPP, cujo equívoco foi elidido com o acolhimento dos primeiros embargos.

No mérito, melhor sorte não socorre o recorrente.

Em relação à ofensa ao art. 43 da Lei n. 5.250/67 e ao art. 43, III, do CPP, tem-se por inócua já que a inicial veio instruída com partes originais dos exemplares aptas a comprovarem a autenticidade da matéria e, por sua vez, exigir-se a juntada de todo o exemplar para a comprovação do delito é atribuir à lei processual interpretação excessivamente formal,

transformando-a em verdadeiro óbice à busca da verdade real que é seu objetivo.

Do mesmo modo, a dita ofensa ao art. 28, I e III, da Lei de Imprensa, e aos arts. 48 e 49 do CPP, também incorre. É que, no que tange à responsabilidade penal nos crimes de imprensa, o legislador de 1967 adotou o sistema de responsabilidade sucessiva, a partir do autor.

In casu, acompanhando os exemplares consta nos autos uma declaração do recorrente se responsabilizando pelo conteúdo do anúncio veiculado na edição de 10/7/97, nos principais jornais de Santa Catarina (fl. 18). Assim, conhecido o autor do escrito, não há porque dar continuidade à escala de responsabilização.

No tocante às irregularidades processuais apontadas nos itens b, d, f e g, vê-se que dizem respeito à prova testemunhal, absolutamente despicienda diante da prova documental e da confissão do recorrente a comprovar a autoria e a materialidade dos delitos, não se vislumbrando prejuízo capaz de comprometer a higidez do edito condenatório.

Por sua vez, a alegada contrariedade ao art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.038/90, e aos arts. 261 e 370, § 2º, do CPP, é infundada. Como sabido, o adiamento de julgamento se dá automaticamente para a próxima sessão, independentemente de nova publicação, a teor do art. 85 do Regimento Interno desta Corte.

A dita violação ao art. 10 da Lei n. 8.038/90 também é inconsistente, eis que devidamente intimado o procurador do recorrente para requerer diligências à fl. 255.

A irresignação, no que se refere ao art. 20 da Lei de Imprensa e ao art. 95, j, da Lei n. 8.212/91, por seu turno, não pode ser acolhida. É que a conduta atribuída ao recorrido é considerada pela legislação extravagante crime de estelionato, como consignado no acórdão atacado (fl. 346), desde a Lei n. 3.807/60, passando pelo Decreto n. 77.077/76 e, hodiernamente, tratado na Lei n. 8.212/91, no mencionado art. 95.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou que: "Logo, se a Lei n. 8.212/91 descreveu conduta que se subsume perfeitamente ao tipo penal de estelionato qualificado (art. 171, § 3º, do CP), sem fixar a pena respectiva, é exatamente porque já se encontra ela prevista no referido preceito do Código Penal, o qual deve incidir na espécie" (REsp n. 249351/PE, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 19/2/01).

No que respeita aos arts. 59 e 68 do CP, não se vislumbra a aludida ofensa. Com efeito, a exacerbação da pena-base encontra-se justificada (fl. 349), não havendo que se confundir concisão com ausência ou deficiência de fundamentação.

Referente ao dissídio, tem-se, primeiramente, que o aumento do concurso formal na terceira fase, ao contrário do alegado, foi justificado com base no número de crimes, como pode-se observar: "Na forma do artigo 70 do Código Penal, porque quatro as publicações e três os delitos, aumenta-se a mais grave das sanções em um terço (1/3)" (fl. 350).

Já quanto à subsunção da conduta do recorrente ao art. 20 da Lei de Imprensa, requer, obviamente, o exame do acervo probatório, incidindo no caso a Súmula 7 do STJ.

Finalmente, os demais julgados não se prestam à comprovação da divergência, eis que indemonstradas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, conforme a dicção do art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255, parágrafo 2º, do RISTJ.

Ante o exposto, inadmito o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 5 de junho de 2001.

*Alcides Aguiar,
2º Vice-Presidente.*

RECURSO ESPECIAL CRIME N. 00.004656-6, DE DESCANSO

Recorrente: Ministério Público

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Recorrido: Arco Íris Produtos da Madeira Ltda.

Advogados: Drs. José Luiz Favero e outro

O Representante Ministerial, com fundamento no art. 105, inc. III, alínea a, da Constituição Federal, interpôs recurso especial da decisão

unânime da colenda Segunda Câmara Criminal que negou provimento ao seu recurso, mantendo a rejeição da denúncia, pela prática das infrações tipi-

ficadas nos arts. 39 e 45 da Lei n. 9.605/98, em relação à pessoa jurídica Arco Íris Produtos de Madeira Ltda., reservando a esta tão-somente as sanções civis e administrativas.

Aduz que a decisão hostilizada contrariou/negou vigência ao art. 3º da Lei n. 9.605/98, e, conseqüentemente, ao inc. III do art. 43 do CPP, ao argumento de que a pessoa jurídica pode ser penalizada no âmbito do Direito Penal quando praticar condutas lesivas, havendo previsão legal de sanções compatíveis com sua natureza peculiar.

A recorrida, em contra-razões, sustentou a ausência dos pressupostos de admissão do reclamo, e, no mérito, a manutenção do acórdão espancado, sob pena de seu sócio-gerente vir a responder duas vezes pelo mesmo fato, pugnando pela suspensão da ação penal em relação ao co-réu, em caso de admissão do recurso.

É o relatório.

O recurso tem pertinência.

O art. 3º da Lei n. 9.605/98 dispõe:

“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”.

Em relação à legitimidade passiva da pessoa jurídica na órbita penal, manifesta-se a doutrina nacional:

“A responsabilidade penal passou a atingir não somente as pessoas físicas como também as jurídicas, e

todos que, de qualquer forma, concorrem para a prática de crimes ecológicos, ou mesmo para quem deixar de impedi-los ou evitá-los. Isso tudo sem exclusão das indenizações civis, a serem calculadas em cada caso concreto” (MONTEIRO, Manoel Ignácio Torres; ZAGO, Andrea Steuer. Crimes Ambientais: a nova responsabilidade da empresa. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, ano 3, n. 12, pág. 101, out./dez. de 1998).

Ao desconsiderar o preceituado no art. 3º da Lei Ambiental, o julgado infringiu também o art. 43, III, do CPP, porquanto, “ao lado da responsabilidade penal da pessoa física, temos a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, cada qual com seus princípios e pressupostos” (GOMES, Celeste Leite dos Santos. Crimes Contra o Meio Ambiente: responsabilidade e sanção penal. 2ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. pág. 46).

No tocante ao pedido de suspensão do processo em relação ao sócio-gerente da recorrida, não se vislumbra a possibilidade dessa medida, pois não inserida entre as causas de suspensão, obrigatórias ou facultativas, previstas nos arts. 92 e 93 do CPP.

Ante o exposto, admito o recurso em relação a ambos os dispositivos das leis federais.

Subam os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

Intimem-se.

Florianópolis, 5 de junho de 2001.

Alcides Aguiar,
2º Vice-Presidente.

ÍNDICE NUMÉRICO

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

251637-1	—	Santa Catarina (STJ)	597
99.003180-2	—	Blumenau.....	311
99.022505-4	—	Balneário Camboriú	361
00.000399-9	—	Capital.....	319
00.001602-0	—	Itajaí	353
00.002625-5	—	Capital.....	324
00.002681-6	—	Blumenau.....	332
00.016109-8	—	Pomerode	365
00.018859-0	—	Capital.....	348
00.019024-1	—	Capital.....	326
00.020061-1	—	Blumenau.....	334
00.020361-0	—	Capital.....	351
00.020373-4	—	Joaçaba	343
00.020378-5	—	Balneário Camboriú	346
00.023314-5	—	Lages	372
00.024458-9	—	Blumenau.....	337

AGRAVOS EM AGRAVOS DE INSTRUMENTO

01.006246-1	—	Joaçaba	384
01.006385-9	—	Joinville	389
01.006544-4	—	Joinville	392
01.007179-7	—	Capital.....	379
01.007494-0	—	Blumenau.....	381

AGRAVOS REGIMENTAIS

01.003505-7	—	Balneário Camboriú	397
-------------	---	--------------------------	-----

APELAÇÕES CÍVEIS

96.000545-5	—	Jaraguá do Sul.....	23
96.012014-9	—	São José.....	51
97.009735-2	—	Capital.....	35
97.010027-2	—	Capital.....	40
97.013402-9	—	Blumenau.....	232
97.013609-9	—	Criciúma.....	297

97.015829-7	— Palhoça	182
98.002076-0	— Capital	27
98.005293-9	— Lages	151
98.007235-2	— Criciúma	156
98.008087-8	— Tijucas	30
98.011272-9	— Capital	241
98.016533-4	— Blumenau	115
99.000681-6	— Ibirama	169
99.003511-5	— Ponte Serrada	259
99.009802-8	— São José	218
99.016631-7	— Criciúma	301
99.017191-4	— Chapecó	54
99.017193-0	— Chapecó	113
99.017894-3	— Brusque	224
00.002757-0	— Blumenau	125
00.005994-3	— Capital	47
00.009998-8	— Maravilha	78
00.017813-6	— Blumenau	86
00.022181-3	— Biguaçu	138
00.023249-1	— Brusque	107
00.024427-9	— Tubarão	95
00.024474-0	— Blumenau	305
01.006159-7	— Chapecó	120

APELAÇÕES CRIMINAIS

00.004293-5	— Itajaí	479
00.019327-5	— Joinville	496
00.020969-4	— São Miguel do Oeste	428
00.021310-1	— Abelardo Luz	459
00.022164-3	— São José	431
00.022380-8	— Chapecó	502
00.022503-7	— Laguna	436
00.024592-5	— Jaguaruna	464
00.024840-1	— Canoinhas	498
01.000177-8	— Mondaí	505
01.000727-0	— São Francisco do Sul	471
01.002628-2	— São Carlos	534
01.003142-1	— Tangará	516
01.004982-1	— Jaguaruna	525
01.005118-4	— Capital	491
01.006420-0	— Curitibaanos	440
01.006422-7	— Araranguá	444
01.008059-1	— Urubici	451

HABEAS CORPUS

00.024119-9	— Joinville	409
-------------	-------------------	-----

00.025110-0	— Capital.....	420
00.025338-3	— Itajaí.....	423
01.006304-2	— Criciúma.....	405
MANDADOS DE SEGURANÇA		
00.010832-4	— Capital.....	575
PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINARES		
01.001529-9	— Porto Belo.....	609
01.001530-2	— Porto Belo.....	609
RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA		
99.011572-0	— Timbó.....	562
RECURSO ESPECIAL CÍVEL		
99.014870-0	— Mafra.....	612
RECURSOS ESPECIAIS		
279.453	— Santa Catarina (STJ).....	601
302.268	— Santa Catarina (STJ).....	602
321.764	— Santa Catarina (STJ).....	603
RECURSOS ESPECIAIS CRIMINAIS		
97.008677-6	— Capital.....	615
00.004656-6	— Descanso.....	618
REVISÃO CRIMINAL		
00.017080-1	— Criciúma.....	568

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

AÇÃO DE COBRANÇA

- Município — Contratação de serviço particular. Prestação e quitação de forma parcial. Montante apurado por perícia. Acolhimento. Pleito parcialmente procedente. 125

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

- Vide Consignação em pagamento.

AÇÃO DE DESOCUPAÇÃO

- Espaço público — Permissão de uso por particular. Revogação unilateral pela administração pública. Possibilidade. Pleito procedente. 27

AÇÃO DE DESPEJO

- Vide Locação.

AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS

- Vide Prestação de contas.

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO

- Vide Repetição de indébito.

AÇÃO MONITÓRIA

- Cheques — Débito. Quitação. Não comprovação. Juros e correção monetária. Encargos devidos. Pleito procedente. 107

AÇÃO POPULAR

- Celesc — Ato administrativo. Dano ao erário público. Possibilidade. Liminar inaudita altera pars. Concessão. Pressupostos satisfeitos. 319

ACIDENTE DE TRÂNSITO

- Homicídio culposo — Atropelamento. Imprudência do condutor do veículo caracterizada. Culpa exclusiva da vítima. Inocorrência. Condenação mantida. 516

ACIDENTE DO TRABALHO

- Auxílio-acidente — Perícia médica. Conclusão pela inexistência de redução da capacidade laborativa. Benefício indevido. 120
- Eletrocussão — Morte. Empregado de firma prestadora de serviço. Culpa do preposto da empresa contratante pelo infortúnio. Comprovação. Responsabilidade desta de indenizar. 151

ADULTERAÇÃO DE CHASSI

- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 471

AGRAVO DE INSTRUMENTO

- Vide Recurso.

AGRAVO REGIMENTAL

- Vide Recurso.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

- Busca e apreensão — Contrato instituído como garantia de débito renegociado. Similaridade com pacto comissório. Utilização vedada pelo art. 765 do CC. Extinção do feito. 86
- Busca e apreensão — Conversão em ação de depósito. Prisão civil do depositário. Descabimento. Inexistência de contrato típico de depósito. Falta de interesse processual. Extinção do feito. 78

ALIMENTOS

- Majoração — Acolhimento. Aumento das necessidades dos alimentandos. Comprovação. Sentença confirmada. 115

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

- Concessão contra a Fazenda Pública — Viabilidade. 372

APROPRIAÇÃO INDÉBITA

- Delito caracterizado — Agente que, em razão da confiança, dispõe de valores de terceiros como se fossem seus. Condenação mantida. 505

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

- Indeferimento — Autor que pactua remuneração com o advogado. Circunstância incompatível com o benefício pleiteado. Decisão mantida..... 379

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- Art. 17..... 575

AUXÍLIO-ACIDENTE

- Vide Acidente do trabalho.

C**CASA DE PROSTITUIÇÃO**

- Delito caracterizado — Proprietário de boate que pratica, de forma habitual, o lenocínio. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida..... 428

CERCEAMENTO DE DEFESA

- Inocorrência — Dilação probatória. Desnecessidade. Aspectos decisivos da actio suficientemente demonstrados..... 125

CÓDIGO CIVIL

- Art. 85..... 138
- Art. 104..... 232
- Art. 146..... 232
- Art. 177..... 23
- Art. 400..... 115
- Art. 401..... 115
- Art. 765..... 86 e 232
- Art. 1.062..... 125
- Art. 1.092..... 397
- Art. 1.432..... 182
- Art. 1.531..... 107
- Art. 1.545..... 169

CÓDIGO COMERCIAL (Lei n. 556/1850)

- Art. 300..... 346
- Art. 302..... 346

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 3º, § 2º	348
— Art. 6º	305
— Art. 6º, III	54
— Art. 6º, VIII	348
— Art. 47	138
— Art. 52, § 1º	54
— Art. 81, III	311

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 18	337
— Art. 20, §§ 1º e 3º	54
— Art. 20, § 3º	107, 125, 138, 224 e 241
— Art. 20, § 4º	95, 107, 125, 138, 156 e 301
— Art. 21	125 e 138
— Art. 23	259
— Art. 33	348
— Art. 54	334
— Art. 82, III	23
— Art. 103	125
— Art. 104	125
— Art. 130	113
— Art. 131	259
— Art. 191	182
— Art. 267, IV e VI	95
— Art. 269, II	297
— Art. 273	372
— Art. 283	348
— Art. 287	40
— Art. 330, I	27
— Art. 332	259
— Art. 333, I	138
— Art. 333, II	107
— Art. 396	348
— Art. 459, in fine	47
— Art. 459, parágrafo único	125
— Art. 460	138
— Art. 461	40
— Art. 475	372
— Arts. 522 a 529	324
— Art. 525, I	384 e 389
— Art. 557, § 1º	379, 381, 384, 389 e 392
— Art. 558	397

— Art. 585, IV	218
— Art. 602	169
— Art. 604	125
— Art. 614, II	218 e 343
— Art. 618	301
— Art. 618, I	95
— Art. 914, I	35
— Art. 915	35
— Art. 1.046, § 1º	51

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 41	409
— Art. 119	562
— Art. 120, §§ 1º e 2º	562
— Art. 156	440 e 505
— Art. 158	534
— Art. 167	534
— Art. 188	491
— Art. 190	491
— Art. 232, parágrafo único	479
— Art. 302	405
— Art. 383	505
— Art. 386, III	525 e 568
— Art. 386, III e IV	479
— Art. 386, VI	440
— Art. 408	534
— Art. 427	502
— Art. 442	502
— Art. 500	471
— Art. 593, III, a e d	502
— Art. 594	423
— Art. 648, I e VI	405

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 1º, § 3º	30
— Art. 24, III	30
— Art. 291	516
— Art. 302	516

CÓDIGO PENAL

— Art. 121, § 2º, I e IV	502
— Art. 121, § 2º, III e IV	534
— Art. 136, §§ 2º e 3º	525
— Art. 155, caput e § 1º	491

— Art. 157, § 2º, I e V	436
— Art. 168, § 1º, III	505
— Art. 180, § 1º	471
— Art. 213, caput	451
— Art. 213	464
— Art. 218	428
— Art. 229	428
— Art. 299	479
— Art. 311	471
— Art. 345	47

CÓDIGO PENAL (Lei n. 7.209/1984)

— Art. 12	516
— Art. 14, II	451 e 491
— Art. 29	428, 471 e 525
— Art. 59	444 e 451
— Art. 61, II, <i>b</i>	428
— Art. 61, II, <i>g e h</i>	534
— Art. 68	516
— Art. 69	505
— Art. 71	409, 491 e 505
— Art. 78, §§ 1º e 2º	516

CÓDIGO PENAL (Lei n. 9.714/1998)

—	431
---------	-----

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA

— Cumulação com correção monetária — Impossibilidade. Exclusão de ofício	54
--	----

COMPETÊNCIA (matéria penal)

— Contravenção penal — Delito praticado por indígena. Processamento e julgamento pela Justiça Estadual. Exegese da Súmula 140 do STJ	459
--	-----

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO

— Cédula de crédito comercial — Débito. Depósito efetuado em apólices da dívida pública. Coisa diversa da devida. Recusa pelo credor. Possibilidade. Obrigação de consignação conforme pactuado	351
---	-----

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

— 1988 — Art. 5º, V	138
— Art. 5º, XI	420
— Art. 5º, LIV	409

— Art. 5º, LXV e LXVIII	405
— Art. 5º, LXXIII	319
— Art. 7º, XXVIII	151
— Art. 7º, XXXIII	169
— Art. 37, XI	575
— Art. 37, § 6º	138
— Art. 100	372
— Art. 192, § 3º	54
— Art. 226, § 4º	51

CONTRATO

— Arrendamento mercantil — Prestações. Reajustamento pela variação do dólar. Legalidade. Teoria da imprevisão. Inaplicabilidade. Pacto hígido.	311
— Bancário — Revisão. Ausência do pacto nos autos. Incabimento. Documento indispensável. Conversão do julgamento em diligência para a sua juntada.	113
— Bancário — Revisão. CDC. Incidência. Ônus da prova. Inversão contida no art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90. Limitação.	348
— Compromisso de compra e venda — Celebração dissimulando empréstimo em dinheiro. Fraude à lei. Ocorrência. Nulidade do pretenso negócio imobiliário.	232
— Lavra de carvão mineral — Rescisão. Descumprimento das obrigações pactuadas. Não comprovação. Improcedência.	156
— Rescisão — Distribuidora de petróleo. Concorrência desleal. Demonstração. Liberdade na compra do produto de outros fornecedores. Deferimento. Tutela antecipada mantida.	326
— Revenda — Combustível. Cláusula de exclusividade de fornecedor. Prejuízos financeiros ou prática de preços abusivos pela distribuidora. Não comprovação. Rescisão indeferida.	353
— Revisão — Prestação. Indexação pelo dólar. Substituição do critério de reajuste para o INPC. Admissibilidade. Pleito procedente. .	305

CONTRAVENÇÃO PENAL

— Porte de arma e embriaguez — Delitos caracterizados. Condenação mantida.	459
---	-----

CORREÇÃO MONETÁRIA

— Indenização — Acidente de trânsito. Incidência da verba. Prazo inicial.	138
--	-----

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

— Tráfico de entorpecente — Autoria e materialidade comprovadas. Desclassificação para uso próprio. Impossibilidade. Pena. Majoração. Recurso ministerial provido.	444
---	-----

- Tráfico de entorpecente — Desclassificação para uso próprio. Impossibilidade. Substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos. Inviabilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 431
- Tráfico de entorpecente — Lança-perfume. Portaria que, após a condenação, retira o produto do rol das substâncias psicotrópicas. Retroatividade benéfica. Absolvição decretada. 568
- Tráfico de entorpecente — Suspensão do feito para a realização do exame de dependência toxicológica. Desnecessidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 498

CRIME CONTRA OS COSTUMES

- Estupro — Tentativa. Palavras da vítima e irmã. Validade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. Crime hediondo. Reconhecimento. Maioria de votos. 451
- Estupro — Vítima deficiente mental. Confissão extrajudicial. Retratção em juízo. Irrelevância. Palavra da ofendida firme e coerente. Validade. Crime hediondo. Configuração. Condenação mantida. 464

D

DANO MORAL

- Acidente de trânsito — Culpa de preposto caracterizada. Verba devida. Inclusão da seguradora na reparação. Admissibilidade. Cobertura na apólice de seguro. Quantum. Adequação. 259

DENÚNCIA

- Inépcia — Ocorrência. Peça exordial com acusação genérica. Inadmissibilidade. Trancamento da ação penal. 409

DESPACHO DA VICE-PRESIDÊNCIA

- Mandado de segurança — Taxa de turismo. Cobrança de ônibus de passeio em trânsito pelo município. Ilegalidade. Vedação constitucional. Liminar obstativa mantida. 609
- Recurso especial — Contrariedade à legislação federal nos julgados recorridos. Inocorrência. Divergência jurisprudencial. Incomprovação. Inadmissibilidade do apelo. 615
- Recurso especial — Contrariedade ao art. 3º da Lei n. 9.605/98, e infringência ao art. 43, III, do CPP. Configuração. Admissibilidade do apelo. 618

- Recurso especial — Violação aos arts. 10, 47, 267, IV, 295, I, 329 e 535 todos do CPC. Inocorrência. Contrariedade ao art. 550 do CC não configurada. Divergência jurisprudencial. Indemonstração. Seguimento ao apelo negado. 612

DOCTRINA

- 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. 3

E

ELÁDIO TORRET ROCHA (Dr.)

- Ética, liberdade de informação, direito à privacidade e reparação civil pelos ilícitos de imprensa. 3

EMBARGOS DE TERCEIRO

- Penhora — Constrição indevida do bem por desídia do embargante. Ônus sucumbenciais. Imposição ao embargado. Impossibilidade. Aplicação do princípio da causalidade. Sentença reformada. 297

EMENDA CONSTITUCIONAL

- N. 19/1998. 575

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

- 464
- Art. 2º, parágrafo único 47
- Art. 112 47
- Art. 121 e § 5º 47
- Art. 180 47
- Art. 238, caput e seu parágrafo único 479
- Arts. 245 e seguintes 47

ESTATUTO DO ÍNDIO (Lei n. 6.001/1973)

- Art. 56, parágrafo único 459

ESTUPRO

- Vide Crime contra os costumes.

EXECUÇÃO

- Cédula de crédito comercial — Renegociação de dívida. Inexistência de demonstrativo hábil da evolução do débito e vício do título exequendo. Demonstração. Extinção do feito. 95
- Embargos — Contrato de confissão de dívida. Pacto proveniente de obrigação primitiva de crédito rotativo. Novação. Inocorrência. Falta de liquidez e certeza do título executado. Nulidade da executiva. 301
- Exceção de pré-executividade — Improcedência. Título executado com todos os elementos para determinar a liquidez do crédito. 343

EXECUÇÃO FISCAL

- Falência da executada — Bens penhorados. Arrematação. Produto transferido para o juízo falimentar. Determinação. Crédito fiscal. Verba sujeita à disputa com os credores privilegiados. 365

F**FALÊNCIA**

- Autofalência — Massa falida. Saldos bancários relativos à liquidação de duplicatas caucionadas. Banco. Compensação desses valores para amortizar empréstimo contraído. Impossibilidade. Ausência de transferência da propriedade dos títulos. 332
- Síndico — Nomeação. Incidente de impugnação. Desistência posterior. Intervenção de outros credores como assistentes. Possibilidade. Prosseguimento do feito incidental. 334
- Síndico — Nomeação de terceiro estranho à massa falida. Possibilidade. Livre convencimento do magistrado. 337

FALSIDADE IDEOLÓGICA

- Delito não caracterizado — Documento particular. Fotocópia não autenticada. Imprestabilidade. Absolvção. 479

FIANÇA

- Locação — Alugueres. Cobrança dos fiadores. Prorrogação do pacto sem suas anuências. Exoneração da responsabilidade. 218

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

- Teto remuneratório — Adicional por tempo de serviço. Base de incidência. 597

H

HABEAS CORPUS

- Direito de recorrer em liberdade — Indeferimento. Paciente que responde ao processo preso, é portador de maus antecedentes e reincidente. Decisão mantida. Ordem denegada. 423
- Execução penal — Quando é admissível. 423
- Prisão em flagrante — Alegação de flagrante preparado. Verificação pela via estreita do writ. Impossibilidade. 420
- Prisão em flagrante — Hipóteses descritas no art. 302 do CPP. Inocorrência. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. 405
- Prisão em flagrante — Tráfico de entorpecente. Liberdade provisória. Impossibilidade. Crime hediondo. Ordem denegada. 420

HONORÁRIOS PROFISSIONAIS

- Perito — Beneficiário da assistência judiciária gratuita. Isenção. 120

I

INTERROGATÓRIO

- Vide Processo crime.

J

JÚRI

- Julgamento — Nulidade posterior à pronúncia. Inocorrência. Apelo defensivo desprovido. Pena-base. Majoração. Acolhimento. Recurso ministerial provido. 502
- Julgamento — Quesito. Defeito na redação. Inocorrência. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Não demonstração. Veredicto mantido. 496

JUROS

- Capitalização — Vedação ainda que expressamente convencio-
nada. Exegese da Súmula 121 do STF. 54
- Capitalização mensal — Admissibilidade. Aplicação da Súmula 93
do STJ. 602
- Moratórios — Indenização. Acidente de trânsito. Incidência da ver-
ba. Prazo inicial. 138
- Reais — Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF. Reconheci-
mento. 54

L**LEGISLAÇÃO ESTADUAL****DECRETO**

- N. 352/1999 — 372

LEIS

- N. 5.645/1979 — Art. 32 575
- N. 8.245/1991 — Art. 30, III e IV 319

LEGISLAÇÃO FEDERAL**DECRETOS**

- N. 3.708/1919 — Art. 2º 346
- N. 24.150/1934 — Vide Lei de Luvas.

DECRETOS-LEIS

- N. 911/1969 — 78 e 86
- N. 3.688/1941 — Vide Lei das Contravenções Penais.
- N. 2.283/1986 — 23
- N. 2.284/1986 — 23
- N. 7.661/1945 — Vide Lei de Falências.

LEIS

- N. 556/1850 — Vide Código Comercial.
- N. 1.060/1950 — Vide Lei da Assistência Judiciária.
- N. 4.591/1964 — Vide Lei de Condomínio.
- N. 4.717/1965 — Art. 1º 319

	— Art. 22	319
— N. 5.991/1973	— Art. 4º	361
	— Art. 5º	361
— N. 6.001/1973	— Vide Estatuto do Índio.	
— N. 6.015/1973	— Vide Lei dos Registros Públicos.	
— N. 6.368/1976	— Vide Lei Antitóxicos.	
— N. 6.649/1979	— Vide Leis do Inquilinato.	
— N. 7.209/1984	— Vide Código Penal.	
— N. 8.009/1990	—	51
	— Art. 5º	381
— 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. 2º, II	409
— N. 8.245/1991	— Vide Leis do Inquilinato.	
— N. 8.880/1994	— Art. 6º	305
— N. 9.069/1995	— Art. 74	361
— N. 9.099/1995	—	471
— N. 9.437/1997	— Art. 10, caput	440
	— Art. 10	498
— N. 9.469/1997	— Art. 10	27
— N. 9.494/1997	—	372
— N. 9.503/1997	— Vide Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.714/1998	— Vide Código Penal.	

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 12.....	420, 431, 444, 498 e 568
— Art. 16.....	444
— Art. 25.....	498
— Art. 36.....	568
— Art. 38.....	498

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

—	348
— Art. 3º, V	120

LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS (Decreto-Lei n. 3.688/1941)

— Art. 19.....	459
— Art. 62.....	459

LEI DE CONDOMÍNIO (Lei n. 4.591/1964)

— Art. 12, § 4º	40
— Art. 22.....	35

LEI DE FALÊNCIAS (Decreto-Lei n. 7.661/1945)

— Art. 23, parágrafo único, III.....	365
— Art. 26.....	365
— Art. 30.....	334
— Art. 36.....	337
— Art. 43.....	332
— Art. 45.....	332
— Art. 60, caput e § 2º.....	337
— Art. 60, § 4º.....	334
— Art. 66, caput e § 1º.....	337

LEI DE LUVAS (Decreto n. 24.150/1934)

—	241
---------	-----

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

— Art. 2º, II	420
— Art. 2º, § 1º	464 e 496
— Art. 2º, § 2º	451

LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS (Lei n. 6.015/1973)

— Art. 17.....	397
----------------	-----

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 52/1979 (Estadual) —	575
— N. 80/1993 (Estadual) — Art. 10, I, II e parágrafo único.....	575
— N. 156/1997 (Estadual) — Art. 35, h.....	125 e 138
— N. 161/1997 (Estadual).....	30 e 138
— N. 179/1999 (Estadual)	372

LEIS DO INQUILINATO

— N. 6.649/1979 — Art. 1º, § 3º.....	241
— N. 8.245/1991	241

LOCAÇÃO

— Ação de despejo — Falta de pagamento. Abandono do imóvel. Imissão na posse. Decretação. Pretendida indenização por benfeitorias e acessões além do fundo de comércio. Inviabilidade. Pleito procedente.	241
--	-----

M**MANDADO DE SEGURANÇA**

- Inquérito policial — Apreensão de documento. Restituição. Garantias da ampla defesa e do contraditório não observadas. Direito líquido e certo caracterizado. Segurança concedida. 562
- Liminar — Concessão. Interposição de agravo de instrumento. Descabimento. 324
- Polícia militar — Reserva. Adicional por tempo de serviço. Teto remuneratório. Incidência. Gratificação de soldo. Vantagem pessoal. Exclusão do limite remuneratório. Ordem concedida parcialmente. 575

MAUS-TRATOS

- Infante — Óbito. Privação de alimentação e cuidados indispensáveis. Inexistência de previsibilidade e consentimento no resultado lesivo. Ausência de culpabilidade. Absolvição. 525

MEDIDA CAUTELAR

- Preparatória — Farmácia e drogaria. Comercialização de produtos típicos de lojas de conveniências. Possibilidade. Liminar concedida. 361

MENOR

- Filho — Promessa de entrega a terceiros em doação mediante recompensa. Indemonstração. Religiosas que socorrem moral e financeiramente a gestante. Mera caridade. Delito do art. 238, parágrafo único, do ECA não tipificado. Absolvição. 479
- Furto de documento — Imposição de medida socioeducativa por particular. Inviabilidade. Matéria privativa do Ministério Público. Ato infracional não apurado. Falta de interesse processual. Apelo não conhecido. 47

MULTA

- Moratória — Redução. Atendimento ao art. 52, § 1º, do CDC. 54

N**NULIDADE (matéria penal)**

- Processo crime — Inocorrência. Mera irregularidade processual. Prejuízo para a defesa não demonstrado. Preliminar rejeitada. 471

O**OBRIGAÇÃO DE FAZER**

- Cumulação com perdas e danos — Apartamento de cobertura. Piso em má conservação. Infiltração de água no imóvel inferior. Reparação dos danos. Obrigação. Pleito procedente. 40

P**PENHORA**

- Imóvel — Bem de família. Reconhecimento. Impenhorabilidade. . 381
- Imóvel — Residência de ex-esposa e filho do executado. Bem de família. Impenhorabilidade. 51

PORTE ILEGAL DE ARMA

- Delito descaracterizado — Perícia na arma. Ausência. Irrelevância. Dúvida quanto à autoria. Demonstração. Absolvição mantida... 440

PRESTAÇÃO DE CONTAS

- Condôminos — Verba do condomínio. Destinação não evidenciada nas contas do síndico. Dever do administrador em prestá-las. Pleito procedente. 35

PREVIDÊNCIA SOCIAL

- Ipesc — Segurado. Sessões de fisioterapia. Limitação. Ilegalidade. Tutela antecipada deferida..... 372

PROCESSO CRIME

- Interrogatório — Ato realizado de forma sucinta. Prejuízo à defesa. Configuração. Cerceamento de defesa caracterizado. Anulação..... 491

PRONÚNCIA

- Homicídio duplamente qualificado — Delito imputado a médico. Provas testemunhal e pericial insuficientes. Nexo de causalidade entre a medicação ministrada e a morte das vítimas. Ausência. Recurso provido. Impronúncia mantida. 534

PROVA

- Pericial — Honorários do perito. Adiantamento. Obrigação de quem requereu o exame. Exegese do art. 33 do CPC. 348

R**RECURSO**

- Agravo de instrumento — Peça obrigatória. Ausência. Seguimento ao apelo negado. Decisão mantida. 389
- Agravo de instrumento — Peça obrigatória. Ausência. Seguimento ao apelo negado. Repetição com a juntada da peça essencial. Inadmissibilidade. Preclusão consumativa e temporal configurada. 392
- Agravo de instrumento — Peça obrigatória. Documento incompleto. Instrução deficiente. Seguimento ao apelo negado. Decisão mantida..... 384
- Agravo regimental — Concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento. Indeferimento. Lesão grave e de difícil reparação. Pressupostos não demonstrados. Decisão denegatória mantida. 397

RECURSO ESPECIAL

- Direito autoral — Motel. Retransmissão radiofônica de música no estabelecimento. Cobrança devida. 601
- Juros — Capitalização mensal. Admissibilidade. Aplicação da Súmula 93 do STJ. 602
- Matéria constitucional — Via inadequada. Incidência da Súmula 126 do STJ. 603

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Funcionário público — Teto remuneratório. Adicional por tempo de serviço. Base de incidência. 597

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

- Art. 116. 113

REPETIÇÃO DE INDÉBITO

- Energia elétrica — Tarifa. Majoração durante o período de congelamento de preços. Impossibilidade. Exegese dos Decretos-Leis ns. 2.283/86 e 2.284/86. 23

RESPONSABILIDADE CIVIL

- Indenização — Erro médico. Paciente. Deformidade. Imprudência caracterizada. Danos moral e estético. Acolhimento. Pensão mensal. Fixação. Pleito procedente. 169

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO

- Ação de reparação de dano — Cruzamento de linha férrea. Colisão entre caminhão e trem. Cancela defeituosa. Comprovação. Culpa da administração pública caracterizada. Pleito procedente. ... 30
- Indenização — Acidente de trânsito. Culpa do servidor comprovada. Danos material e moral. Verbas devidas. Seguradora responsável regressivamente. Exclusão dos danos morais. Incabimento. Cobertura pela apólice. Apelos desprovidos. 138

ROUBO QUALIFICADO

- Emprego de arma — Desistência voluntária. Inocorrência. Confissão espontânea. Não reconhecimento. Suspensão condicional do processo. Inaplicabilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 436

S**SEGURO**

- Seguro de vida — Negativa de pagamento pela seguradora. Suicídio premeditado. Não comprovação. Obrigação de indenizar. 224

SEGURO HABITACIONAL

- Imóvel — Financiamento pelo SFH. Risco de desmoronamento. Comprovação. Falhas construtivas aliadas a causas externas. Cobertura securitária reconhecida. Obrigação de indenizar..... 182

SENTENÇA

- Decisão extra petita — Inocorrência. Observância dos limites da lide..... 125
- Nulidade — Inocorrência. Decisão que adota na íntegra parecer do Ministério Público. Admissibilidade. Preliminar rejeitada. 47

SOCIEDADE

- Cotas de responsabilidade limitada — Contrato social. Alteração para demissão de sócia-gerente sem a realização da assembléia-geral. Inadmissibilidade. Destituição indeferida. Liminar mantida..... 346

SÚMULAS**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

- N. 38..... 459
- N. 43..... 138
- N. 54..... 138
- N. 233..... 301

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- N. 105..... 224
- N. 121..... 54
- N. 192..... 365
- N. 562..... 138
- N. 565..... 365

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

- N. 14..... 301

T**TAXA**

- Referencial — TR. Pactuação como índice de correção monetária.
Impossibilidade..... 54

TRÁFICO DE ENTORPECENTE

- Vide Crime contra a saúde pública.

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.