JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

ANO XXVI — 3º Trimestre 2001 — N. 95
Florianópolis — SC
2002

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

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

Diretor: Des. Antônio Fernando do Amaral e Silva
Comissão de Jurisprudência:
Des. Alberto Luiz da Costa — *Presidente*
Des. Anselmo Cerello
Des. Pedro Manoel Abreu
Des. José Trindade dos Santos
Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi
(de acordo com a Portaria n. 170/98)
Diretor de Documentação e Informações:
Almir Tadeu Peres
Expediente: Palácio da Justiça Ministro Luiz Gallotti — 7º andar
Praça da Bandeira, n. 208
Caixa Postal n. 427
88 020-901 — Florianópolis — SC
Telefone (48) 221 1153
Fax (48) 221 1200

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

DOUTRINA

Atualidades processuais e um rápido panorama da justiça no Estado — João José Ramos Schaefer, Desembargador 3

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Mandados de Segurança 21

Apelações Cíveis 37

Agravos de Instrumento 285

Agravos nos Agravos de Instrumento 331

Embargos de Declaração em Mandado de Segurança 342

Embargos Infringentes 346

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Habeas Corpus 361

Recursos Criminais 372

Apelações Criminais 380

Conflito de Jurisdição 501

Reclamação 504

Recurso em Mandado de Segurança 509

JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA

Apelação Cível 517

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade 529

Recurso Extraordinário 537
Recurso Ordinário em Habeas Corpus 543

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo Regimental na Reclamação 553
Agravo Regimental no Mandado de Segurança 563
Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 565

VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pedido de Suspensão de Liminar 573
Recurso Especial Crime 578

PRIMEIRA INSTÂNCIA

Sentenças 583

ÍNDICE NUMÉRICO 599

ÍNDICE POR ASSUNTO 605

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
(maio de 2002)

TRIBUNAL PLENO

Presidente
Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Primeiro Vice-Presidente
Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Corregedor-Geral da Justiça
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. JOÃO MARTINS
Des. WILSON GUARANY Vieira
Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO
Des. ANSELMO CERELLO
Des. GENÉSIO NOLLI
Des. JORGE MUSSI — **Segundo Vice-Presidente**
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 — **Vice-Corregedor-Geral da Justiça**
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI — **Terceiro Vice-Presidente**
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE
Des. SOLON D'EÇA NEVES
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI

ÓRGÃO ESPECIAL

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

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA — **Presidente**
Des. ALBERTO Luiz da COSTA — **Primeiro Vice-Presidente**
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR — **Corregedor-Geral da Justiça**
Des. JOÃO MARTINS
Des. WILSON GUARANY Vieira
Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO
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

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA
Des. ALBERTO Luiz da COSTA
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

SEÇÃO CIVIL

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 13h30min — Local: Anexo

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**
Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO
Des. ANSELMO CERELLO
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPAR 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 CÉZAR 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: Anexo

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**
Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER*

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. WILSON GUARANY Vieira*
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. Luiz Carlos CERCATO PADILHA
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. FERNANDO CARIONI

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

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

Des. ANSELMO CERELLO — **Presidente**
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

PRIMEIRA CÂMARA CIVIL

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

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — **Presidente**
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

SEGUNDA CÂMARA CIVIL

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

Des. ANSELMO CERELLO — **Presidente**
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. VANDERLEI ROMER*
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

TERCEIRA CÂMARA CIVIL

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

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA — **Presidente**
Des. WILSON GUARANY Vieira*
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI

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
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

QUINTA CÂMARA CIVIL

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

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. VANDERLEI ROMER*

SEXTA CÂMARA CIVIL

Sessões: segundas-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: Anexo

Des. GENÉSIO NOLLI — **Presidente**
Des. José GASPAR RUBIK
Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA
Des. SÉRGIO Torres PALADINO*
Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE
Des. SOLON D'EÇA NEVES
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

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

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

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

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE — **Presidente**
Des. SÉRGIO Torres PALADINO*
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 10h — Local: 4º andar

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI
Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO
Dr. JAIME RAMOS
Dr. VICTOR José Sebem FERREIRA
Dr. JOSÉ CARLOS CARSTENS KOHLER

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO
Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Dr. José Antônio TORRES MARQUES
Dr. JAIME RAMOS
Dra. MARIA DO ROCIO Luz SANTA RITTA
Dr. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Dr. NEWTON JANKE
Dr. VITOR José Sebem FERREIRA
Dr. JOSÉ CARLOS CARSTENS KOHLER

JUÍZES CORREGEDORES

Dr. PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
Dr. ROBERTO LUCAS PACHECO
Dr. TÚLIO JOSÉ MOURA PINHEIRO

DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dr. SÉRGIO GALLIZA

DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dr. ALBERTO PIZZOLATTI REMOR

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

Dr. José Antônio TORRES MARQUES — Des. WILSON GUARANY Vieira

Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU — Des. VANDERLEI ROMER

Dr. NEWTON JANKE — Des. SÉRGIO Torres PALADINO

DOUTRINA

ATUALIDADES PROCESSUAIS E UM RÁPIDO PANORAMA DA JUSTIÇA NO ESTADO

Desembargador João José Ramos Schaefer

1º Vice-Presidente do TJSC

Renovo o privilégio que tive no ano passado, de instalar encontro de Direito nesta cidade, então e hoje com melhor do mundo jurídico de Blumenau.

O privilégio, aliás, não é meu, mas do Tribunal de Justiça, a que sirvo há quase 12 anos e cuja 1ª Vice-Presidência exerço no momento, com muita honra.

Não lhes trago uma conferência, mas uma rápida abordagem de iniciativas que o Poder Judiciário catarinense está tomando e algumas reflexões sobre modernos institutos processuais.

O Direito Processual experimentou no Brasil, nos últimos anos, na verdade, notável avanço.

A Constituição de 1988, por exemplo, instituiu o mandado de segurança coletivo para proteção de interesses de membros e associados de organizações sindicais, de entidades de classe e partidos; o habeas data, para permitir o conhecimento de dados mantidos sob sigilo em entidades públicas ou privadas; o mandado de injunção, para evitar que a falta de norma legal inviabilize o exercício de direitos e prerrogativas do cidadão; e, para não alongar esse rol, a ação de inconstitucionalidade por omissão, medida em que não se depositava muito crédito, mas cuja eficácia ficou demonstrada a partir de recente decisão do Supremo Tribunal Federal,

determinando ao Executivo o encaminhamento de projeto de lei ao Legislativo com vistas ao reajuste do pessoal civil da União.

Criou a Constituição, ainda, condições para o surgimento desse instrumento de defesa e proteção de parcela considerável da população que é o Código de Defesa do Consumidor, tendo, ao mesmo tempo, ampliado o rol de legitimados à propositura das ações diretas de inconstitucionalidade, permitindo que esse meio de exercício das prerrogativas constitucionais seja manejado não só no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em relação às leis federais e estaduais diante da Constituição Federal, mas contra os excessos e abusos de leis estaduais e mesmo municipais diante da Constituição Estadual.

Restabelecendo a liberdade de imprensa, sem prejuízo das responsabilidades desta pelos abusos, tem propiciado maior vigilância sobre os gestores da coisa pública, alguns afastados do poder ou alvo de condenação judiciária ante a pressão dos meios de comunicação e da própria opinião pública, que não mais tolera fraudes e malversação de dinheiros públicos.

No campo das relações privadas, com a intensificação dos negócios; de expressivo desenvolvimento industrial; do crescimento populacional e da urbanização; do rompimento de barreiras à importação; da concepção de novos mecanismos contratuais; de maior intercâmbio entre os nacionais entre si e mesmo com vizinhos de outras línguas, no mercado que parecia ser o futuro da expansão dos negócios nacionais, do que, no momento, já não se tem tanta certeza, no campo das relações privadas, dizia, têm havido importantes avanços de natureza jurídico-processual.

Paralelamente, tem empolgado os juristas nos últimos anos a idéia da efetividade do Direito, em que o tributo à forma cede ao propósito do respeito aos direitos e prerrogativas do cidadão, que são, afinal, os objetivos mais altos da ciência jurídica.

Tudo isso tem inspirado inúmeras inovações na legislação processual, algumas das quais objeto desta palestra.

Lembraria, antes, que, sensível à necessidade de atender à grande demanda de serviços judiciários e não obstante a notória carência de recursos, o Tribunal está ultimando estudos para instituição de cerca de 50 novas varas no Estado, aspiração instante de advogados, juízes e promotores de justiça e da sociedade em geral.

Especialização de varas

Paralelamente, o Tribunal — a partir de vitoriosa experiência em seu próprio âmbito — está procurando implantar a especialização das varas cíveis, que começou em Joinville, por iniciativa de seus próprios juízes, com apoio dos advogados e dos integrantes do Ministério Público, e agora, já com o respaldo da Lei Complementar Estadual n. 211, de 25 de julho de 2001, de iniciativa do Tribunal, será levada a outras comarcas.

Outras experiências estão sendo feitas, como a secretaria única nas duas varas da fazenda na Capital, possibilitando maior racionalização dos serviços, que passam a desenvolver-se nos moldes de linha de produção, com servidores especializados em determinadas tarefas, deixando aos juízes apenas o encargo de presidir audiências, despachar e sentenciar processos.

A experiência do Tribunal

No Tribunal de Justiça, a especialização das câmaras cíveis, antiga aspiração dos desembargadores, que contou com o apoio do Presidente Xavier Vieira e a Vice-Presidência projetou, coordenando sua implantação, medida que o Des. Newton Trisotto, em improviso no Órgão Especial, considerou a "novidade mais vitoriosa nos últimos anos no Tribunal", possibilitou um incremento notável no número de julgamentos da Corte, já mostrando resultados palpáveis, não obstante ter começado somente em 6 de setembro de 2000 e se completado em fevereiro de 2001, quando seis câmaras cíveis passaram a trabalhar, duas em Direito Público, duas em Direito Comercial e duas em Direito Civil.

A câmara de agravos

Outra novidade, a criação da Câmara Civil Especial, para apreciação dos pedidos de efeito suspensivo em agravos de instrumento, que era, verdadeiramente, um tormento para os julgadores cíveis, pelo grande número desses recursos, distribuídos todos os dias úteis da semana, numa rotina incessante e permanente, sempre exigindo decisões céleres, em meio ao estudo dos outros processos e das sessões de julgamento, a desafiar, na verdade, a capacidade de trabalho e reflexão de todos.

Agora os agravos, na fase inicial, constituem a preocupação exclusiva de um grupo de julgadores que compõem a Câmara Civil Especial, sob a presidência do 2o Vice-Presidente, o que, não obstante reclamar

significativo esforço dos integrantes daquele órgão, trouxe maior tranqüilidade ao andamento dos trabalhos das câmaras civis, pois esses recursos, após o exame do pedido de efeito suspensivo, são instruídos com a resposta do agravado e encaminhados à redistribuição nas câmaras especializadas.

Atualidades processuais

Ao ser-me confiado esse tema, seduziu-me a abordagem de quatro institutos que se vêm firmando como instrumentos úteis na solução dos conflitos de interesses.

Recentemente introduzidos no ordenamento jurídico nacional, um deles inspirou-se no Direito norte-americano, o da despersonalização da pessoa jurídica; outro no Direito alemão e português, a ação monitória; um terceiro, a exceção de pré-executividade, autêntica criação nacional, atribuída pela generalidade dos autores a Pontes de Miranda; e o último, o da tutela antecipada, sugerida pela comissão de processualistas que se reuniu em 1985, integrada pelo saudoso Luiz Antônio de Andrade e por Sérgio Bermudes, Joaquim Corrêa de Carvalho Júnior, Calmon de Passos e Kazuo Watanabe.

Seria tarefa hercúlea enfrentar todos esses temas.

A tutela antecipada, deixaria, se outro autorizado jurista não a enfrentar neste encontro, para ser entregue, oportunamente, à competência do Des. Nelson Schaefer Martins, que aqui judicou por tantos anos e que tem versado o tema com muita segurança no Tribunal de Justiça.

Em relação à despersonalização da pessoa jurídica, instituto repressor da fraude e protetor da boa-fé, alvitraria fosse feito um convite ao Dr. Antônio Carlos Bottan, juiz aposentado e professor de Direito em Itajaí, que o desenvolveu com maestria no último número da excelente revista "Cidadania e Justiça", da Associação dos Magistrados Brasileiros, e tenho certeza ficariam os senhores amplamente recompensados com o convite.

Faria, então, algumas breves considerações sobre os dois outros institutos: o da exceção de pré-executividade e o da ação monitória.

A exceção de pré-executividade

Atribui-se a Pontes de Miranda, a primeira abordagem sobre o tema, em parecer de 1966 para a Companhia Siderúrgica Mannesmann, que fora vítima do lançamento, no mercado, de milhares de títulos cambiais com assinatura falsificada de um seu diretor.

Sustentou Pontes de Miranda, que "a alegação de inexistência, da invalidade ou da ineficácia da sentença, é alegável antes da expedição do mandado de penhora", pois esta não se mostra necessária "para a oposição das exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título extrajudicial ou da sentença".

Tese oposta, em outro rumoroso caso, envolvendo a Copersucar, de São Paulo, defendeu Alcides de Mendonça Lima, para quem os argumentos de Pontes de Miranda servem de valioso subsídio de lege ferenda, uma vez que, disse, "não existe no direito brasileiro previsão legal para a exceção de pré-executividade ou para qualquer forma de impugnação do título executivo, independentemente do depósito ou penhora".

Mas, independentemente de lei, pela força da doutrina e da jurisprudência, a exceção de pré-executividade se firmou.

Francisco Fernandes de Araújo, em muito bom trabalho na RT 775/731, afirma que José da Silva Pacheco, em seu "Tratado das Execuções", antes mesmo de Pontes de Miranda, já proclamara que "a defesa do executado não se esgota nos embargos e que esta poderia revestir-se de defesa imediata com demonstração cabal da impossibilidade do ato executivo, antes de sua concretização".

Quanto à primazia da tese de cabimento da exceção, não assiste razão a Fernandes de Araújo.

É o próprio José da Silva Pacheco, no 3º volume de seu Tratado das Execuções, edição Borsói, de 1959, pág. 224, que afirma poder o executado oferecer "defesa imediata com demonstração cabal da impossibilidade do ato executivo, antes da sua concretização", acentuando:

"Ensina o mestre Pontes de Miranda que 'entre o despacho deferindo o mandado, e a execução do mandado, o executado pode objetar ao deferimento, em comunicação de vontade em que haja comunicações de conhecimentos que seriam suficientes para a revogação do despacho pelo juiz" (Comentários, vol. VI, pág. 390)".

E sempre rendendo homenagem a Pontes de Miranda, acrescentou José da Silva Pacheco: "Assevera o mestre: 'não se pode afastar, antes do cumprimento do mandado, a cognição dessas objeções do executado,

sem que, com isso, deixe de correr para ele qualquer prazo de recurso ou embargos do executado".

Tais observações, é bem de ver, foram feitas antes de 1974, quando entrou em vigor o novo Código, mas as defesas nas execuções de sentença (título judicial) já se faziam, então, por meio de embargos, como hoje ocorre em relação tanto aos títulos judiciais como aos extrajudiciais.

No "Tratado de Execuções", 2o volume, pág. 588, n. 769, já na vigência do atual CPC, José da Silva Pacheco reafirma que a par das exceções de incompetência, suspeição e de impedimento do juiz, que se formalizam nos embargos, e dos próprios embargos à execução, as impugnações do executado podem consistir em "imediata e prévia oposição à realização de qualquer ato executivo, ao se cogitar de realizá-lo ou logo após a sua realização, toda vez que haja motivo ponderoso ou infringência da lei".

Entre tais motivos indica o próprio fato de o título não ser "líquido, certo e exigível" (art. 586).

Galeno Lacerda, em artigo na Revista Ajuris n. 23, de novembro de 1981, sustentou:

"A regra do art. 737, I, do CPC, ao condicionar os embargos do executado à segurança do Juízo pela penhora, não pode ser interpretada em termos absolutos, quando se tratar de execução de título extrajudicial".

Adiante, enfatizou:

"...na defesa do executado, há exceções prévias, lato sensu, que afastam a legitimidade da própria penhora, já que esta, como é notório, pressupõe a executoriedade do título. Se o título não for exeqüível, não tem sentido a penhora, desaparece seu fundamento lógico e jurídico".

Era mais uma voz de peso pelo cabimento da exceção.

Há divergência quanto ao nomen juris dado à exceção. Nelson Nery Júnior, conforme Fernandes de Araújo (RT 775/734), critica o emprego do termo exceção: "Propõe o emprego de objeção, já que a argüição do devedor deve conter matéria de ordem pública, decretável de ofício".

Vez por outra se vê em acórdãos ou artigos doutrinários o uso da denominação objeção, mas a locução exceção de pré-executividade parece consagrada e prevalecerá, pelo menos até que a legislação se ocupe do instituto.

Este, deve-se assinalar, não conquistou o foro de imediato.

Theotonio Negrão e Nelson Nery não o referem nas suas excelentes notas ao CPC, pelo menos nada consta no índice.

Na RT 640/427 há um acórdão do TARS, de 13/10/88, no sentido de que "a exceção de pré-executividade se justifica em hipóteses onde se patenteia a ausência de condições da ação, exemplificativamente a possibilidade jurídica afastada por título flagrantemente nulo ou inexistente, hipóteses onde sequer se justificaria a realização da penhora, que pressupõe a executividade do título".

Nesse acórdão, que versa sobre cessão de crédito de US$100.811.049 do Banco Meridional ao Banco Central, e os reflexos na legitimidade para a execução, enfrentou-se, igualmente, o tema da sucumbência, fixando-se os honorários em 10% do valor da execução.

A primeira vez de que tenho lembrança haver enfrentado uma exceção de pré-executividade foi em março de 1998, numa execução de título judicial.

Alegava a parte excesso de execução de algumas verbas pleiteadas pelos exeqüentes, o que foi repelido pelo julgador de primeiro grau – posição que endossei, em despacho no AI 98.006070-2, dizendo que tal exceção "outra coisa não é senão petição do executado que, sustentando a falta de pressupostos mínimos para a execução, pretende abortá-la antes mesmo da penhora e dos embargos".

Os fundamentos deduzidos pela agravante encerravam, contudo, matéria típica de embargos e por isso se afigurou bem indeferida a execução.

Exceções análogas começavam, na verdade, a ser opostas com mais freqüência nos pretórios, com reflexos nas revistas especializadas.

No índice da RT de 1995 figurou apenas um caso (RT 717/187), quando o 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo anulou decisão agravada que entendera matéria de embargos, e não de exceção de pré-executividade, alegação de falta de condições da ação, em caso de título flagrantemente nulo ou inexistente.

Em 1996, não aparece nenhum registro.

Em 97, dois acórdãos; em 98 esse número sobe a três.

Em 99, são quatro os julgados a respeito, além de excelente artigo doutrinário de Lemos Pereira, na RT 760/767, e em 2000 há publicação de quatro arestos, todos, aliás, repelindo a exceção, por incabível, já que versando matéria própria de embargos, sendo divulgado, também, artigo doutrinário de Fernandes de Araújo, na RT 775/731.

Hoje, entretanto, a exceção de pré-executividade está presente com alguma freqüência nas pautas dos tribunais, podendo-se dizer que se vai formando jurisprudência sobre alguns temas.

O TJSC, por exemplo, na AC n. 98.017239-0, rel. Des. Trindade dos Santos, decidiu que nula a execução, por não se revestir o título de liquidez, certeza e exigibilidade, ressaltando que a nulidade — decorrente da falta de pressupostos essenciais da execucional — "é perfeitamente argüível através de exceção de pré-executividade".

A exceção foi admitida como hábil para impugnar execução fundada em contrato de abertura de crédito rotativo em conta corrente, na AC n. 00.011672-6, rel. o Des. Francisco Oliveira Filho, e na AC n. 00.003545-9, para excluir executados da relação processual por ilegitimidade passiva *ad causam*.

Não foi a execução, contudo, admitida quando objetivava discutir a origem do débito e os valores do título (AI n. 99.010741-8, Des. Orli Rodrigues).

Da mesma forma, entendeu a 1a Câmara Civil incabível a exceção de pré-executividade para impugnar excesso de execução (AI n. 00.002303-5, Des. Newton Trisotto).

Assim também para reconhecer a ineficácia da notificação instauradora do procedimento administrativo, feita em pessoa diversa do inconformado (AI n. 01.003414-0, Des. Francisco Oliveira Filho).

Da mesma forma não se admitiu a exceção para discutir a efetiva quitação do débito fiscal decorrente de parcelamento, matéria tida como própria de embargos do devedor, no AI n. 00.018509-4, rel. o Des. Luiz Cézar Medeiros.

Quanto aos honorários, sustentou-se na AC n. 00.003545-0, Des. Cláudio Dutra, fundado em lição de Alberto Camiña Moreira, na obra "Defesa sem Embargos do Executado — Exceção de Pré-Executividade", Saraiva, 1998, pág. 198, que, "para ter direito aos honorários advocatícios resultantes da sucumbência, não é necessário que a defesa oposta pelo devedor seja necessariamente articulada por via de embargos...", admitindo o acórdão, conseqüentemente, a aplicação da sucumbência em caso de exceção de pré-executividade vitoriosa.

Os honorários foram considerados devidos, igualmente, na AC n. 00.011672-6, Des. Francisco Oliveira, e na AC n. 00.023632-2, Des. César Abreu.

A jurisprudência do STJ já fixou algumas linhas básicas.

Assentou por exemplo: “A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá, em princípio, nos casos em que o juízo, de ofício, pode conhecer da matéria, a exemplo do que se verifica a propósito da higidez do título executivo” (AGA n. 197.577 e REsp n. 180.734, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Suscitadas questões que dependeriam do exame de provas e não dizem respeito a aspectos formais do título, e nem poderiam ser conhecidas de ofício, não se mostra adequada a exceção (AGA n. 197.577, já citado).

Da mesma forma se a verificação dos requisitos formais do título depende de reexame de provas e interpretação de cláusulas contratuais (REsp n. 180.734, acima referido). Nesse rol não se inclui, também, a alegação de que a dívida foi paga (REsp n. 146923/SP, rel. Min. Ari Pargendler).

A inexigibilidade do título executivo “pode ser argüida por simples petição nos autos da execução (a chamada exceção de pré-executividade, independentemente de oferecimento dos embargos do devedor)” (REsp n. 187.428, rel. Min. Barros Monteiro), orientação reiterada no AGA n. 292.036/SP, relator o mesmo ministro, que invocou a Súmula 133, no sentido de que “o contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato de conta corrente, não é título executivo”, a significar, pois, que a execução de contrato de crédito rotativo pode ser impugnada por simples petição do devedor, independentemente de embargos.

Nessa linha está o julgado no REsp n. 220.100, rel. o Min. Ruy Rosado de Aguiar, de que “A defesa que nega a executividade do título apresentado pode ser formulada nos próprios autos do processo de execução e independentemente do prazo fixado para os embargos do devedor”.

A mesma orientação foi consagrada no REsp n. 194.070/RS, rel. Min. Nilson Naves.

De todo incabível, de outro lado, exceção “que renova discussão sobre matéria já definitivamente decidida” (REsp n. 167.331/DF).

No artigo já referido, Lemos Pereira lança, com boas razões, dentre outras, as seguintes conclusões:

— as matérias argüíveis são os vícios pré-processuais e processuais que fulminam de nulidade o título executivo;

— não estando as matérias relativas aos requisitos de execução sujeitas a preclusão, não há como fixar prazo para a apresentação da exceção, na forma do § 3º do art. 267 do CPC;

— a forma de suscitar a exceção é a de simples petição;

— só são admissíveis na exceção as provas pré-constituídas;

— a exceção só suspende a execução se julgadas verossímeis as alegações do excipiente;

— estando presentes os requisitos de admissibilidade da execução, a exceção será rejeitada, prosseguindo a execução;

— acolhida a exceção, o excepto será condenado em custas e honorários;

— acolhida a exceção, a sentença respectiva terá natureza terminativa, dela cabendo apelação;

— inacolhida, o recurso cabível é o agravo;

— as matérias suscetíveis de ataque pela exceção são de ordem pública;

— a exceção só pode ser feita antes ou depois dos embargos, não concomitantemente com eles.

Sintetizando os fundamentos que justificam a exceção de pré-executividade, recordaria estas palavras de Galeno Lacerda no artigo já referido da Revista Ajuris n. 23:

"Ora, se o direito resultante do título extrajudicial é atacado nos pressupostos da própria executividade, com argumentos sérios e idôneos, despe-se de qualquer sentido lógico ou jurídico, para o conhecimento e decisão dessa matéria, a exigência de prévia segurança de um juízo que não houve".

A ação monitória

A execução, nos termos do art. 583 do CPC, pressupõe a existência de um título, judicial, conforme o art. 584 e incisos, ou extrajudicial, na forma do art. 585 do mesmo estatuto processual civil. E mais, que o título seja líquido, certo e exigível, de acordo com o art. 586.

O título judicial se obtém pela sentença, que pressupõe um processo, não raro de tramitação mais demorada, com suas diversas fases, postulatória, instrutória e decisória.

Os títulos extrajudiciais são os definidos em lei e resultantes de atos de vontade do devedor.

Veja-se que não basta estar o título extrajudicial enumerado no art. 585 do CPC. Deve ele reunir os requisitos do art. 586.

Alcides de Mendonça Lima, nos primórdios do atual CPC, definiu bem:

"O art. 586 vale como complementação do art. 583: a) nesse último se indica que 'toda execução tem por base título executivo judicial e extrajudicial'; b) naquele se esclarecem quais os requisitos que o título executivo deve oferecer. Não basta, portanto, que seja exibido título executivo no sentido formal, quer a sentença, quer os relacionados no art. 585. Se, entretanto, o título não satisfizer os requisitos do presente art. 586, a execução não pode ser movida e se o for não pode ser admitida, cabendo sua rejeição in limine pelo juiz" (Comentários, VI vol., tomo II, n. 896, pág. 403, 1a ed.).

Decisão do STJ assim o entendeu no REsp n. 252.013, Min. Sálvio de Figueiredo, ESTJ 28/190, ao decidir que o contrato particular, firmado por duas testemunhas, é título executivo extrajudicial, mas, "para tornar-se hábil a instruir o processo de execução, é necessário que ele represente obrigação líquida, certa e exigível, nos termos do art. 586 do Código de Processo Civil".

Há, é verdade, um sem-número de obrigações que, arroladas ou não no art. 585 do CPC (duplicatas, cheques etc.), não revestem a qualidade de títulos líquidos, certos e exigíveis, não podendo, pois, ser cobrados executivamente.

O credor teria que se sujeitar às delongas próprias do processo ordinário para obter uma sentença e, então, executar seu crédito.

Para abreviar esse caminho, a Lei n. 9.079/95 instituiu no Brasil a ação monitória, entre os processos especiais, disciplinando-a em seguida ao art. 1.102, nos artigos 1.102a a 1.102c, numa inteligente inovação de acrescentar letras aos números designativos de artigos, a fim de manter a ação no capítulo dos processos especiais.

Procedimento semelhante, com o nome de procedimento de injunção, existiu no chamado período intermédio, bem como na legislação alemã e na portuguesa, nesta na famosa assinação de dez dias, ou decendiárias, das Ordenações Manuelinas, que se projetaram no Brasil no famoso Regulamento n. 737, editado em 1850, destinado a regular as causas comerciais mas que, com a República, conforme Frederico Marques (Instituições I, n. 56), "se infiltrou em toda a legislação processual" até o Código de Processo de 1939.

Por essa assinação de dez dias, o credor que não dispusesse de um título que lhe permitisse a execução citava o réu para pagar o débito em dez dias ou alegar e provar o pagamento ou fato que o exonerasse (João Batista Lopes, Aspectos da Ação Monitória, RT 732/77).

Esse autor, no precioso trabalho que escreveu a respeito, indica bem a natureza da ação monitória, dizendo que ela tem "a finalidade de preparar a execução", não se inserindo, contudo, entre as ações de execução, "mas constitui procedimento especial (sumário) do processo de conhecimento".

Adiante acentua que ela constitui, inquestionavelmente, ação de conhecimento, "porquanto não requer a existência de título executivo, mas objetiva a constituição dele".

Vejamos a disciplina da ação monitória.

Conforme o art. 1.102a, "A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel".

Doutrina e jurisprudência têm destacado o caráter facultativo da ação.

Exige-se que o autor tenha prova escrita, sem eficácia de título executivo, devendo exibi-la com a inicial da ação.

Não exibida tal prova, deve o juiz observar o disposto no art. 284 do CPC, fixando o prazo de 10 dias para regularização. Não cumprida a diligência, é indeferida a inicial.

O STJ, no AG n. 259.731 (ESTJ 27/135), decidiu que documentos "absolutamente insuficientes" como prova equivalem à inexistência de prova escrita.

Estando a inicial, que atenderá aos requisitos do art. 282 do CPC (Lopes, RT 732/80), devidamente instruída, entenda-se com a já referida prova escrita, o juiz deferirá de plano a expedição de mandado de pagamento ou de entrega da coisa no prazo de quinze dias.

Diferentemente da execução, em que o credor tem já um título executivo, o juiz não cita o devedor a pagar em 24 horas, ou oferecer bens à penhora, pena de lhe serem penhorados bens que bastem à execução, mas expede o mandado de pagamento no prazo de quinze dias.

Nesse prazo (art. 1.102c), o réu poderá oferecer embargos, que suspenderão a eficácia do mandado inicial.

Se não forem oferecidos embargos, estará, de pleno direito, constituído o título judicial, convertendo-se o mandado inicial em mandado executivo, prosseguindo-se na forma prevista no Livro II, Título II, Capítulos II e IV, isto é, como execução para entrega de coisa ou execução por quantia certa contra devedor solvente, com penhora, embargos, fase postulatória, sentença etc. (arrematação e pagamento).

Se o réu cumpriu o mandado, ficará isento de custas e honorários advocatícios.

Essa regra, constante do § 1º do art. 1.102c, foi imaginada como estímulo ao pronto pagamento, mas não tenho elementos para informar se tem funcionado como tal.

Oferecidos os embargos — que (nessa fase) independem de prévia segurança do juízo —, serão eles processados nos próprios autos, pelo procedimento ordinário. Lopes (ob. cit., pág. 81) entende que a prova testemunhal sofre aqui as restrições do art. 400 e seguintes do CPC. É admissível o julgamento antecipado da lide (ESTJ 28/142) e até a reconvenção, como decidido pelo STJ no REsp n. 147.945 (ESTJ 23/12, rel. Min. Felix Fischer).

Rejeitados os embargos, constituir-se-á de pleno direito o título, intimando-se o devedor, prosseguindo-se como na execução para entrega de coisa ou na execução por quantia certa contra devedor solvente, com penhora, embargos do devedor etc.

Nesses embargos não será admissível a repetição das matérias dos anteriores embargos.

Quanto aos recursos, tem-se que o indeferimento liminar desafia apelação, porque extingue o processo, trancando a ação.

O deferimento liminar do mandado é verdadeira decisão, que enseja o recurso de agravo (Lopes, ob. cit., pág. 83).

O 1º TACivSP (RT 752/224) decidiu pelo cabimento do agravo de decisão que teve por intempestivos os embargos.

Constituído o título judicial (pela não oposição de embargos ou pelo decreto de procedência), o recurso cabível é o de apelação, porque a decisão põe termo ao processo.

Quanto aos efeitos da apelação, a lei é omissa, pelo que se entende (Lopes, ob. cit., pág. 83) sujeita a duplo efeito, defendendo o autor citado conveniente alteração legislativa para excluir o efeito suspensivo, assegurando desde logo a execução provisória, inviável com a redação atual, mas mais consentânea com a regra do art. 520, V, do CPC.

Embora o 1º TACivSP tenha entendido apenas de efeito devolutivo a apelação que rejeitou os embargos, havendo voto vencido (RT 756/256), o STJ, no REsp n. 207.728-SP, relatora a Ministra Nancy Andrighi, decidiu pelo duplo efeito da apelação, já que "as hipóteses excepcionais de recebimento da apelação no efeito meramente devolutivo, porque restritivas de direitos, limitam-se aos casos previstos em lei". Rejeitou, outrossim, a aplicação analógica da regra dos embargos do devedor.

Para remate destas considerações, vejamos o tratamento dos tribunais em torno de algumas questões relativas à ação monitória.

Quanto aos cheques prescritos, em relação aos quais se dá a maior utilização da ação monitória, há interessantes temas, com as decisões aqui resumidas:

A prescrição do cheque afeta-lhe a executoriedade, mas é ele apto para a monitória, decidiu o TJSC, na AC n. 00.007077-7, rel. Des. Trindade dos Santos, na linha, aliás, de decisão do STJ, REsp n. 300.726/PB, Min. Barros Monteiro; a prescrição refere-se exclusivamente à forma executória de cobrança, não impedindo a monitória (REsp n. 168.777-0, Min. Aldir Passarinho).

O portador de cheque nada tem que provar a respeito de sua origem (AC n. 97.013456-8, rel. Des. João Martins).

Prescrito o cheque, é ele hábil à rescisória, mas a relação cambial desaparece e, em conseqüência, o aval (ESTJ 28/141, REsp n. 200.492-0, Min. Eduardo Ribeiro).

Admissível em monitória por cheques prescritos a cobrança de juros e correção monetária (1º TACivSP — RT 753/253).

Relativamente às duplicatas inaceitas:

Não é hábil para a monitória, se desacompanhada do comprovante de entrega da mercadoria (1º TACivSP — RT 749/298).

É admissível monitória em relação à duplicata de prestação de serviços, acompanhada da fatura e notas fiscais correspondentes (TJRJ — RT 757/305).

Prestação de serviços:

A ordem de serviço assinada, autorizando a elaboração dos serviços, sem eficácia de título executivo, é hábil para a rescisória (1º TACivSP — RT 748/275).

Firmada por terceiro que não o devedor, a ordem de serviço não autoriza a monitória (1º TACivSP — RT 746/254).

Havendo começo de prova por escrito, admite-se a complementação da prova testemunhal "ao menos de autorização dos serviços pelo proprietário do veículo" (REsp n. 180.515-0 — ESTJ 24/169 — rel. Min. Barros Monteiro).

Contrato de prestação de serviços hospitalares — Contrato bilateral – Como a apuração do valor da execução depende da verificação de fatos posteriores à sua emissão, como tempo de internação, material utilizado e complexidade dos serviços médicos e de enfermagem, é adequado à monitória, não à executiva (REsp n. 252.013-0 — Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — ESTJ 28/190).

Cotas condominiais:

É admissível o pedido embasado em convenção condominial (2º TACivSP — RT 755/309).

Contratos de compra e venda:

Monitória fundada em nota fiscal de produtos. Inviabilidade, por se tratar de documento unilateral (1º TACivSP — RT 757/208).

Fornecimento de piscina. Instrumentalizada com notificação, planilha de análise da piscina, contrato regular, é hábil a monitória (TJSC — AI 00.001895-3, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Contrato de abertura de crédito em conta corrente:

Mostra-se hábil para instruir a ação monitória, se assinado pelos devedores, comprovando a existência do débito, sem possuir, contudo, eficácia executiva (REsp n. 173.020-0, rel. Min. Waldemar Zveiter — ESTJ 27/134).

Hábil para instruir ação monitória (TJSC — AC 00.010895-2, Des. Carlos Prudêncio).

Contra a Fazenda Pública:

Pela admissibilidade: 1º TACivSP — RT 759/240, e STJ, 4ª Turma, unânime, rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira — REsp n. 196.580/MG.

Pela inadmissibilidade: RT 738/405 (TJSC), 745/306 (TJAC), 758/185 (TJSP) e STJ, 1ª Turma, REsp n. 197.605, rel. designado Min. Milton Luiz Pereira, por maioria, vencidos os ministros José Delgado e Humberto Gomes de Barros.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

MANDADOS DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 01.000403-3, DA CAPITAL

Relator: Des. João Martins

Mandado de segurança — Servidor público — Averbação de tempo de serviço rurícola para fins de aposentadoria no serviço público — Ausência de comprovação de contribuição previdenciária — Requisito indispensável — Art. 201, § 9º, da Constituição Federal mantido pela Emenda n. 20/98 — Art. 4º da EC n. 20/98 não dispensa a exigência — Dispositivo apenas de função transitória que não institui direito novo — Ausência de direito líquido e certo — Segurança denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 01.000403-3, da comarca da Capital, em que são impetrantes Leandro Lucínio Depiné e Pérsia Maria Teixeira e impetrado o Secretário de Estado da Administração:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, denegar a segurança.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Leandro Lucínio Depiné e Pérsia Maria Teixeira, servidores públicos do Estado, já qualificados nos autos, contra ato do Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Administração que negou averbação de tempo de serviço prestado na atividade rural, conforme certidão fornecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, em virtude da falta de comprovação da respectiva contribuição previdenciária.

Aduzem que o período laboral, no qual desempenharam atividade rurícola, estava protegido por lei que não requisitava a contribuição previdenciária para a contagem do tempo de serviço. Destarte, argúem que o lapso temporal empregado nessa atividade deve ser concedido para futura concessão de aposentadoria. Finalizam expondo o direito adquirido referente à matéria em questão, e que não pode ser negado direito ante alterações futuras. Requereram liminar e concessão definitiva da ordem.

A liminar foi indeferida, conforme despacho de fls. 33/35.

A autoridade prestou informações às fls. 31/46, argüindo a ausência de direito líquido e certo com os seguintes argumentos: a) o tempo de serviço prestado na atividade rural em regime de economia familiar é computado apenas para aposentadoria por invalidez e por idade; b) a condição de segurado especial é aceita apenas para arrimo ou chefe de unidade rural familiar, não aos filhos e dependentes; c) rebateu a existência de direito adquirido, pois o impetrante não preencheu os requisitos essenciais para tal caracterização; d) o art. 201, § 9º, da Constituição Federal permite a contagem recíproca para aposentadoria apenas do tempo de contribuição. Pugna pelo indeferimento do mandamus.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra do Dr. João Fernando Q. Borrelli, opinou pelo indeferimento do mandado de segurança.

É o relatório.

II — Voto

A matéria em exame, antes da Emenda Constitucional n. 20/98, estava pacificada no sentido de que a averbação de tempo de serviço prestado na atividade privada, rural e urbana, para efeito de aposentadoria no setor público, seria admitida somente mediante comprovação da contribuição previdenciária, porquanto o texto era de clareza meridiana e, em conseqüência, equacionada estava a questão.

Dispunha o texto da Constituição:

"Art. 202. (...)

"§ 2º — Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei".

Portanto, induvidosa era a obrigação da contribuição previdenciária para contagem recíproca do tempo de serviço entre o sistema de seguridade social da atividade privada e o público.

Contudo, com o advento da Emenda Constitucional n. 20/98 surgiu a celeuma sobre a aplicação do disposto no art. 4º, que reza:

"Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição".

Uma leitura apressada do texto poderia levar à conclusão de que a Emenda teria transformado todo o tempo de serviço prestado, anteriormente a sua entrada em vigor, em tempo de contribuição. Porém, esta não é a interpretação razoável.

Como é cediço, a Emenda Constitucional n. 20/98 deu nova feição ao sistema previdenciário brasileiro, instituindo para todos os trabalhadores o sistema contributivo, exigência esta prevista para os servidores públicos no art. 40, caput, e para os trabalhadores da iniciativa privada no art. 201, caput.

Para implantação deste novo sistema, o constituinte preocupou-se em amparar aquelas situações em que a legislação vigente não exigia a contribuição previdenciária, em especial os servidores públicos de alguns Estados em que não existia a contribuição previdenciária. Assim, o texto do art. 4º da Emenda Constitucional n. 20/98 dirige-se única e exclusivamente para a transição de um sistema misto de previdência para um sistema puro de caráter contributivo. Pode-se dizer que o constituinte criou uma dificuldade a mais para a obtenção da aposentadoria, justamente tentando rever o caótico estado do sistema brasileiro de seguridade social que vem apresentando sucessivos déficits.

Tanto é verdade que esta norma possui apenas função de transição que o legislador teve o cuidado de não inseri-la no corpo do texto constitucional, nem sequer foi inserida no texto das disposições transitórias. Foi dada esta disposição ao texto porque o disposto no art. 4º não prevê nenhum direito novo, apenas reserva o direito daqueles que não estavam obrigados a contribuir, como, também, daqueles que mesmo após a implementação da reforma somente serão obrigados a contribuir com a aprovação de leis específicas que disciplinem o sistema, como é o caso já citado de servidores de alguns Estados onde não existia a contribuição previdenciária.

Daí a compreensão do ponto central do mandamus. A averbação de tempo de serviço privado para contagem recíproca só é admitida com a devida comprovação da contribuição previdenciária. A legislação vigente, no caso, exigia a contribuição antes da Emenda, como, também, continua a exigi-la, uma vez que o teor do artigo foi mantido integralmente, sendo apenas renumerado para o art. 201, § 9º.

Quando o constituinte dispõe no art. 4º da Emenda n. 20/98 que o tempo de serviço prestado será considerado como tempo de contribuição, respeitada a legislação vigente, não quis, como não poderia, ir contra o disposto no art. 201, § 9º. A expressão "legislação vigente" deve ser entendida aqui em toda a acepção do termo, incluindo-se o texto constitucional que é, por excelência, a "legislação vigente" primeira. Essa norma possui simples função transitória, não criando direito novo algum, e deve ser interpretada sob a luz do disposto no texto constitucional. Não pode ser interpretada contra as disposições constitucionais, pois é justamente para esse sistema que ela cumpre sua função de transição.

Interpretar de forma diversa, entendendo que esse texto teria, simplesmente, abolido qualquer exigência de prova de contribuição para o tempo de serviço prestado ante-

riormente à entrada em vigor da Emenda, iria contra o próprio objetivo do artigo e contra a interpretação lógica e sistêmica da Constituição. Quisesse o constituinte com o referido artigo prever algum direito novo, além da simples função de transição, teria disposto a norma no corpo da própria Constituição. Registre-se, também, que entre duas interpretações deve-se sempre abandonar aquela que leve a conclusões absurdas, e é o que aconteceria caso se entendesse que o art. 4º tivesse criado o direito de contagem indistinta de tempo de serviço como tempo de contribuição para período anterior à Emenda. Bem de ver que o legislador não iria, ao mesmo tempo em que instituiu o sistema contributivo puro, disciplinar de maneira totalmente diversa para deixar de exigir contribuição àqueles para os quais o sistema anterior, que buscou reformar, já exigia contribuição.

Por fim, a função de norma de transição do art. 4º é evidente não apenas porque disposta fora do corpo do texto da Constituição, mas porque o seu próprio texto quis apenas resguardar situações já consolidadas, ressalvando expressamente a legislação vigente que dispusesse de modo diverso, bem como respeitou o direito de funcionários públicos estaduais que só seriam obrigados a contribuir após a entrada em vigor de lei que discipline a matéria.

Registre-se, ainda, que mesmo após as alterações procedidas pela Emenda n. 20, esta continua sendo a interpretação sufragada pelos tribunais superiores, podendo-se citar, entre outras, recente decisão do STJ nesse sentido, cuja ementa ora se transcreve:

"Processual e previdenciário. Ação declaratória. Tempo de serviço rural. Exaurimento da via administrativa.

"1. O exaurimento da via administrativa não é pressuposto de ação previdenciária.

"2. Cabível ação declaratória para declarar tempo de serviço para fins previdenciários.

"3. O tempo de serviço rural, sem contribuição e anterior à Lei n. 8.213/91, não se presta para efeito de averbação com vistas a benefício pelo sistema público ou privado urbano.

"4. Recurso conhecido em parte e, nessa, provido" (REsp n. 202.580/RS; DJU 15/5/2000, pág.180, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 18/4/2000, Quinta Turma).

Resolvida a questão no âmbito constitucional, não há falar em violação à legislação infraconstitucional de qualquer espécie. Assim, em face da preponderância da Constituição, e apenas para que não se alegue omissão ou necessidade de prequestionamento, fica vencido o argumento de que averbação do tempo serviço, sem a devida comprovação da contribuição previdenciária, estaria amparada nos arts. 25 da Lei n. 8.212, de 24/7/91; 11, 55, 94, 96, 99 da Lei n. 8.213, de 24/7/91; 6º do Dec. n. 611, de 21/7/92; 6º do Dec. n. 2.172, de 5/3/97; 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Diante do exposto, ausente o direito líquido e certo, denega-se a ordem.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide o Grupo de Câmaras de Direito Público, à unanimidade, denegar a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Gaspar Rubik, Volnei Carlin, Luiz Cézar Medeiros e Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 8 de agosto de 2001.

João Martins,
Presidente e Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 00.009663-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Volnei Carlin

Mandado de segurança — Pensionista — Pensão especial ou graciosa — Benefício deve ser pago dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico vigente.

Na fixação do quantum *ao beneficiário da pensão especialíssima, não deve ser esquecida a noção peculiar da situação, ressaltando sempre sua natureza alimentar e de direito social de cujo espírito vem imbuída a própria Lei Maior e nem sempre é percebido objetivamente pelo detentor da função pública, numa ética de serviço e de solidariedade.*

Pensão vitalícia especial — Reajustamento — Objetivo — Papel do magistrado.

Cabe ao julgador, sem afrontar a lei, aplicar o Direito com sabedoria, justiça e eficiência. Entre as interpretações possíveis, deve ser escolhida a que leva a efeito, sem questionamento, os direitos sociais consagrados no Título II da Magna Carta, sob pena de incorrermos em descompasso com a realidade, levando que se crie um abismo entre o texto frio da lei e os ricos contornos que a vida pode nos proporcionar.

Viúva de ex-servidor público estadual — Percebimento vinculado ao salário mínimo nacionalmente unificado — Direito líquido e certo.

A viúva de ex-servidor público, que receba pensão especial ou graciosa do Estado de Santa Catarina, faz jus ao percebimento de quantia mensal nunca inferior ao salário mínimo nacionalmente unificado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 00.009663-6, da comarca da Capital, em que é impetrante Rosa Torret Rocha, sendo impetrados o Secretário de Estado da Fazenda e o Secretário de Estado da Administração:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, conceder a ordem.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Rosa Torret Rocha impetrou mandado de segurança contra ato dos Exmos. Srs. Secretário de Estado da Fazenda e Secretário de Estado da Administração, aduzindo que, na condição de pensionista especial da Secretaria da Fazenda, deveria estar percebendo pensão mensal não inferior a um salário mínimo.

A liminar foi deferida às fls. 58/60.

As autoridades impetradas prestaram informações às fls. 69/75, argüindo, em suma, que a impetrante recebe do Estado pensão graciosa, não se aplicando a ela, portanto, as disposições constitucionais referentes ao salário mínimo.

O representante do Ministério Público opinou pela denegação da ordem (fls. 78/81).

II — Voto

O Preâmbulo da Constituição eleva à condição de valor supremo a justiça, verbis:

"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista, e sem preconceitos, fundada na harmonia social...".

Nesse norte, o artigo 3º, inciso I, da Lex Fundamentalis, dispõe que:

"Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

"I — construir uma sociedade livre, justa e solidária".

Nunca é demais lembrar-se que cabe ao Judiciário fazer a justiça, sendo que, quando uma lei infraconstitucional for injusta, o aplicador do direito deve optar pela justiça (prevista constitucionalmente), com base nos dispositivos suso citados e no princípio da hierarquia das leis.

O art. 7º, inciso IV, da Carta Política, prescreve:

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

"IV — salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim".

Aplica-se aos servidores públicos o artigo citado, a teor do preconizado no § 2º do art. 39 da Lex Fundamentalis.

Dispõe o art. 27, I, da Carta Estadual, por sua vez:

"São direitos dos servidores públicos sujeitos ao regime único, além de outros estabelecidos em lei:

"I — piso de vencimento não inferior ao salário mínimo nacionalmente unificado".

Outrossim, a Lei Estadual n. 6.175/82, em seu art. 1º, determina que o valor mensal das pensões concedidas pelo Estado, com base nas Leis ns. 3.389/63 e 3.482/64, ou em leis especiais, não poderá ser inferior ao menor vencimento dos cargos públicos, do quadro de pessoal da Administração Direta, cujo plano de cargos e vencimentos é estabelecido na Lei Complementar Estadual n. 81/93. Esta Lei, em seu art. 58, diz que o piso de vencimento deverá observar o disposto no inciso I do art. 27 da CE, e estende a sua aplicação aos inativos e pensionistas, no art. 56.

Dessa forma, independente do fato da pensão ser graciosa, pela análise dos dispositivos citados, conclui-se que é dever do Estado pagá-la de acordo com o piso estabelecido constitucionalmente.

Nesse sentido, já decidiu esta egrégia Corte:

"Mandado de segurança — Pensionista — Viúva de ex-servidor público — Ilegitimidade passiva ad causam do secretário de Estado — Inocorrência — Segurança parcialmente concedida para elevar a pensão ao valor do salário mínimo. Aplicação do art. 39, § 3º, e art. 7º, IV, da CF" (Mandado de Segurança n. 99.012650-1, da Capital, rel. Des. João Martins).

E do Superior Tribunal de Justiça colhe-se:

"Recurso especial. Previdenciário. Pensão por morte. Viúva. Art. 75. Leis ns. 8.213/91 e 9.032/98. Efeito imediato da lei nova. Aplicabilidade. Juros de mora. Termo inicial. Citação. Súmula 204, STJ. Percentual 1% ao mês.

"(...)

"3. 'L'effet immédiat de la loi doit être considéré comme la règle ordinaire: la loi nouvelle s'applique, dès sa promulgation, à tous les effets qui résulteront dans l'avenir de rapports juridiques nés ou à naître' (Les Conflits de Lois Dans Le Temps, Paul Roubier, Paris, 1929).

"4. O direito subjetivo do dependente por morte do segurado é o direito à pensão, no valor irredutível que a lei lhe atribua e não ao valor do tempo da concessão do benefício, como é do princípio constitucional da suficiência mínima do benefício previdenciário, insculpido no parágrafo 2º do artigo 201 da Constituição da República, do qual decorrem a sua natureza alimentar, o seu valor mínimo, que deve ser o suficiente para o atendimento das necessidades básicas do beneficiário e de sua família, e a sua uniformidade, por indiferençáveis, em termos de atendimento mínimo, a satisfação das necessidades vitais básicas da pessoa humana.

"5. No sistema previdenciário brasileiro, o valor legal do benefício é o seu valor mínimo constitucional, uniforme em cada classe específica, a partir do qual varia em função do

salário-de-contribuição, por força da natureza contributiva da previdência social, também constitucional (artigo 201, caput, da Constituição Federal)" (STJ — REsp n. 263697/AL, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 18/12/2000, pág. 280).

No mesmo diapasão: STJ — REsp n. 264514/AL, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 9/10/2000, pág. 214.

Ademais, o benefício especial deve sempre ser pago obedecendo aos parâmetros legais e atendendo-se o caráter de Direito Social a que se reveste a situação material. Além disso, destaque-se que ao magistrado cabe, com sabedoria, aplicar a interpretação local que mais favoreça o beneficiado (vide sobre o assunto, a lição de Teresa Arruda Alvim, in Direito de Família — Aspectos Constitucionais, Civis e Processuais, ed. 1993, pág. 89), consoante, aliás, a reconhecida filosofia emanada das normas constitucionais.

Em assim sendo, dos ensinamentos acima coligidos extrai-se que tem a impetrante direito líquido e certo de receber a pensão graciosa em valor não inferior ao mínimo constitucional, configurada, ainda, em verdadeira questão de justiça.

Concede-se a ordem.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide o Grupo, à unanimidade, conceder a ordem.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Gaspar Rubik, Newton Trisotto e Luiz Cézar Medeiros. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 8 de agosto de 2001.

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

MANDADO DE SEGURANÇA N. 00.007753-4, DA CAPITAL

Relator: Des. Luiz Cézar Medeiros

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 caracterizar-se como vantagem pessoal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 00.007753-4, da comarca da Capital, em que são impetrantes Afonso Becker e Luiz Carlos Hauffe, e impetrados o Secretário de Estado da Segurança Pública e o Secretário de Estado da Administração:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, afastar as preliminares e denegar a ordem.

Custas legais.

I — Relatório

Afonso Becker e Luiz Carlos Hauffe, servidores públicos estaduais, impetraram mandado de segurança contra ato do Secretário de Estado da Segurança Pública e do Secretário de Estado da Administração de Santa Catarina.

Pretendem ver assegurado o direito de receber a verba componente de seus vencimentos relativa ao adicional por tempo de serviço calculada sobre o total da remuneração, sem qualquer redução ou limitação a título de "teto salarial".

O pedido de concessão de medida liminar foi deferido, por intermédio do r. despacho de fls. 21/23, pelo eminente Des. Solon d'Eça Neves.

Nas informações, as autoridades impetradas argúem preliminar de carência da ação por inexistir direito líquido e certo. No tocante ao mérito, sustentam que o ato impugnado encontra respaldo no inciso XI do artigo 37 da CF/88 e no artigo 17 do ADCT.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no feito, mediante parecer da lavra do Dr. Áttila Antônio Rothsahl, no sentido de ser concedida a ordem.

II — Voto

1. A proemial de carência de ação, por inexistir direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental, confunde-se com o próprio mérito. O que se discute na presente ação é justamente o direito ou não dos impetrantes de perceber o adicional por tempo de serviço incidente sobre a totalidade dos vencimentos, desconsiderando-se, portanto, o teto máximo estabelecido para a classe em que se enquadram os postulantes.

Afasto-a, pois.

2. Conforme se infere da inicial, os impetrantes, servidores públicos estaduais, Delegados de Polícia, o primeiro ainda na ativa e o segundo já aposentado, percebem vencimentos submetidos ao limite máximo, correspondente à remuneração de Secretário de Estado — R$ 4.411,80 —, ante 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, objetivam os impetrantes o reconhecimento do direito de ter o respectivo adicional por tempo de serviço calculado também sobre os valores que não lhes 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 apontaram as ilustres autoridades impetradas, 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 no teto estabelecido em lei, é inquestionável. Esta augusta Corte de Justiça reiteradamente tem decidido neste sentido, merecendo destaque: 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 por 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 inserta 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, ementou:

"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 dos impetrantes?

Apenas à guisa de ilustração, pelo demonstrativo de pagamento do impetrante Afonso Becker (fl. 10), temos como parcelas componentes da remuneração a seguinte discriminação: Vencimento (R$ 442,73); Gr. Com. Rem. Paritária (R$ 816,66); Ind. Polícia Civil (R$ 531,27); Gr. Comp. Paritária-PR (R$ 2.861,48); Repres. Deleg. Polícia (R$ 221,36).

Todas essas parcelas estão submetidas ao teto máximo, devendo portanto ser deduzido do total o valor excedente, ou seja, R$ 461,70. 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 este total que deverá incidir o percentual concernente 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 pelos impetrantes 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 pelos impetrantes afrontar o determinado 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 deveriam sequer ser cogitados no mundo dos fatos.

Em termos de remuneração (não de vantagem pessoal), tudo o que ultrapassar o patamar estabelecido como teto de vencimentos deve ser absolutamente desconsiderado.

Nesse 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 Superior Tribunal de Justiça, 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 augusto 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 Civil, 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 este 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'.

"Através de simples leitura destes 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 Secretários de Estado, impondo um fim aos altos salários dos privilegiados 'marajás' do serviço público.

"Como o constituinte refere-se à 'remuneração', cumpre estabelecer que esta 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. A contrario sensu, toda percepção mencionada, percebida em desacordo com a Constituição, deverá ser reduzida ao limite desta decorrente, não se admitindo, na hipótese, invoca- ção 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, nos ensinando 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 costeado 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 esta 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, ressalvando o meu posicionamento acerca deste 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 calculado 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:

"As 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 isto, 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 deste limite.

'O próprio artigo 17 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal se preocupou com esta 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, ousei 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 Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais' (Hely Lopes Meirelles, 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 não sobre aquele a que teria direito se não houvesse a limitação resultante do "teto salarial".

Ante o exposto, denego a segurança.

Custas pelos impetrantes. Incabível a condenação em honorários advocatícios (Súmula 512 do STF).

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, afastaram as preliminares e denegaram a segurança.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto, Volnei Carlin e Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 14 de março de 2001.

João Martins,
Presidente;
Luiz Cézar Medeiros,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.000604-2, DE BLUMENAU

Relator: Des. João Martins

Apelação cível — Responsabilidade civil do Estado — Acidente de trânsito — Semáforo defeituoso que indicava luz verde simultaneamente em ambas as direções de tráfego — Teoria do risco administrativo — Art. 37, § 6º, da Constituição Federal — Presunção de culpa do ente público não ilidida — Ausência de culpa do apelante — Dever do Município de indenizar — Procedência do pedido — Sentença reformada — Inversão dos ônus de sucumbência com isenção do Município em custas processuais (LC ns.156/97 e 161/97).

Vistos relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.000604-2, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é apelante Melentino Augustinho Teodoro, sendo apelado o município de Blumenau:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso voluntário, e dar-lhe provimento para julgar procedente o pedido, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de apelação cível interposta por Melentino Augustinho Teodoro, qualificado nos autos, irresignado com a sentença proferida nos autos de ação de reparação de danos ajuizada contra o município de Blumenau, igualmente qualificado, em que o Magistrado a quo julgou improcedente o pedido diante da não comprovação dos fatos constitutivos do direito pelo requerente, além de condená-lo em despesas processuais e honorários advocatícios no valor de R$ 400,00 (quatrocentos reais).

Inconformado com o teor da sentença proferida, recorreu o apelante às fls. 112/116, alegando que os depoimentos corroboram a tese de que o semáforo indicava luz verde ao mesmo tempo para ambas as direções de tráfego.

Assevera que a alegação do Município de que o semáforo era automático, acionando a luz amarela intermitente em caso de defeito, não mere-

ce acolhimento, pois os sistemas de controle não são infalíveis.

Enfatiza, ainda, que a planilha de manutenção do semáforo apresentada pelo Município (fl. 93) atesta a execução de reparos em referido semáforo no dia do acidente.

Por fim, requereu o provimento do recurso, além da responsabilização do Município, e inversão do ônus de sucumbência.

O apelado apresentou as contra-razões de apelação, pugnando pela manutenção da sentença recorrida (fls. 120/123).

Instado a manifestar-se, opinou o representante do Ministério Público de primeiro grau pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 125/127).

Nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador Mário Gemin, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso voluntário (fls. 134/137).

II — Voto

Trata-se de apelação cível interposta por Melentino Augustinho Teodoro contra sentença que afastou a responsabilidade do município de Blumenau, julgando improcedente o pedido de ressarcimento de danos causados em seu veículo decorrentes de abalroamento em veículo de terceiro sob a alegação de defeito em semáforo de cruzamento.

Compulsando os autos, constata-se irrefutável a ocorrência do acidente envolvendo o apelante e a existência de defeito no semáforo. Restringe-se a perplexidade, no caso em exame, somente à determinação da espécie de falha do sinal ocorrida no dia do evento, falha esta que se revela pertinente ao deslinde do feito.

Alega o apelante, em suas razões de apelação, que o semáforo indicava luz verde simultaneamente para ambas as direções de tráfego.

Com efeito, extrai-se do registro constante no boletim de acidente de trânsito firmado por três testemunhas (fl. 9):

"Declararam os condutores e testemunhas arroladas no local do acidente que o sinal do semáforo estava verde para ambos os lados ao mesmo tempo, causando a colisão com o veículo n. 1 que transitava na Alameda Rio Branco, sentido Rua XV de Novembro, com o veículo n. 11 que transitava na Rua 7 de Setembro, sentido da Fonte Luminosa para a Rua Antônio da Veiga".

Ou, ainda, do depoimento de Mário Lúcio Ramon (pág. 77):

"Que o depoente não viu o acidente objeto da presente demanda; Que o depoente no momento do mesmo estava no escritório existente no posto de combustível existente na esquina das Ruas Sete de Setembro com Alameda Rio Branco sendo que após a colisão foi até o pátio do posto, vendo o acidente ocorrido, não se recordando quais os automóveis envolvidos; Que o depoente havia reparado que todos os carros estavam arrancando ao mesmo tempo, já antes do acidente, sendo que inclusive os automóveis estavam se encontrando no meio da pista; Que ao que se recorda foi o único acidente que ocorreu e 'bastante pessoas' comentaram que os semáforos estavam com defeito; Que 'foi comentado no local' inclusive

alguém havia se incumbido de ligar para o setor de trânsito; Que na época a sinalização ainda era manual e não automática como hoje, sendo que ao que se recorda a Guarda Municipal desligou totalmente (sic) o sistema, sendo que após a Prefeitura veio consertar".

E, também, do testemunho de Adalberto Coninck (fl. 79):

"Que o depoente não viu o acidente objeto da presente demanda; Que o depoente é motorista de táxi e trabalha no ponto existente nas proximidades onde ocorreu o acidente e logo após o mesmo foi até o local, sendo que a sinaleira estava abrindo e fechando ao mesmo tempo, para todos os lados; Que a sinaleira já estaria com este defeito cerca de meia hora antes de ocorrer o acidente deste processo, sendo que foi a primeira e última vez que viu isto ocorrer; Que na época funcionava um outro sistema de sinalização, manual, não sendo o mesmo hoje existente, sendo que a Guarda Municipal chegou ao local, para atender o acidente, desligando os semáforos e um pouco após veio um funcionário da Prefeitura consertar o sistema; Que estava no abrigo do ponto de táxi no momento do acidente e ao que se recorda estava chovendo no dia do acidente e era ao redor das 19 horas, sendo que era boa a visibilidade; (...) Que no momento em que a Guarda Municipal chegou ao local colocou o sistema de sinalização colocou o sistema (sic) piscando para todos os lados; Que no momento do acidente havia pouco movimento no local, sendo que ao que se recorda foi o único acidente que ocorreu".

O Município procurou contrapor-se à prova testemunhal do apelante, solicitando a oitiva do engenheiro de tráfego Alexandre Gevaerd, cujo depoimento registra (fl. 75):

"(...) Que o depoente é engenheiro de tráfego já há 10 anos e trabalha junto ao IPUB, na área de controle e planejamento de trânsito (...); Que o equipamento é de última geração, sendo que o mesmo já existia na época e em testes realizados o mesmo não apresentou este tipo de defeito sendo que na ocorrência de qualquer problema, o mesmo automaticamente passa a operar com a luz amarela em modo intermitente (...)".

As declarações do engenheiro de tráfego suscitam dúvidas quanto à possibilidade de ocorrência do defeito alegado pelo apelante, qual seja, a indicação de luz verde ao mesmo tempo em ambas as direções de tráfego, haja vista o semáforo ser provido de um sistema de monitoramento que aciona imediatamente o modo amarelo intermitente quando da ocorrência de referido defeito.

Por outro lado, atesta-se a coerência dos dois depoimentos testemunhais que confirmam a tese do apelante e corroboram o boletim de acidente de trânsito consignador do registro que "o sinal do semáforo estava verde para ambos os lados ao mesmo tempo" (fl. 9), boletim este firmado por três testemunhas, duas destas, os mesmos depoentes supra, Mário Lúcio Ramon e Adalberto Coninck, que reiteraram suas declarações em Juízo.

Quanto à força probante do boletim de acidente de trânsito, colhe-se da jurisprudência:

"Acidente de circulação — Choque de veículos em cruzamento assinalado — Conclusões do boletim de ocorrência que se respaldam nos autos — Sentença confirmada — Ação procedente — Apelação despro- vida.

"Se a versão do autor no sentido de que tinha franqueada a passagem pelo cruzamento sinalizado, e sendo esta a constante do Boletim de Ocorrência que tem respaldo em depoimentos testemunhais, devem realmente preponderar, porque a prova em sentido contrário não convence no sentido de fazer ruir o reconhecimento inicial da responsabilidade" (Ap. Cív. n. 97.009914-2, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 21/5/98).

Desse modo, considerando ser o sistema de emergência do semáforo, ainda que confiável, passível de falha, e haver maior robustez das declarações a sustentar a tese do apelante, pois os depoentes Mário Lúcio Ramon e Adalberto Coninck constataram o defeito do sinal, denota-se ser mais razoável que a falha ocorrida no semáforo na data do evento trata-se da indicação simultânea de luz verde em ambas as direções de tráfego, afastando-se, assim, a tese do Município de acionamento automático do modo amarelo intermitente em caso de pane.

No mister de sopesar as provas, compete ao magistrado na formação do seu convencimento, considerar os elementos mais compatíveis, lógicos e razoáveis com o conjunto probatório a fim de buscar a verdade objetiva contida nas provas, a teor do princípio da persuasão racional.

Quanto à responsabilização da Administração Pública em caso de defeito em semáforo, comenta Yussef Said Cahali:

"Segundo o entendimento jurisprudencial mais freqüente, decorrendo o abalroamento do precário funcionamento da sinalização semafórica, em virtude de omissão de providências necessárias objetivando a segurança do trânsito, responde o Estado pelos danos decorrentes desse evento, desde que não provada a culpa da vítima, por ser de natureza objetiva a responsabilidade civil do Poder Público" (Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo, Malheiros, 2ª ed., 1995, pág. 309).

Sobre a responsabilidade objetiva do Estado, mediante a teoria do risco, leciona Maria Sylvia Zanella di Pietro:

"Nessa teoria, a idéia de culpa é substituída pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular.

"É chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo); é também chamada teoria do risco, porque parte da idéia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Causado o dano, o Estado responde como se fosse uma empresa de seguro em que os segurados seriam os contribuintes que, pagando os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio coletivo.

"Segundo Hely Lopes Meirelles a teoria do risco compreende duas modalidades: a do risco administrativo e a do risco integral; a primeira admite (e a segunda não) as causas excludentes da responsabilidade do Estado: culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior" (Direito Administrativo. São Paulo, Atlas, 11ª ed., pág. 504).

No caso em exame, depreende-se que o sinistro se deu em decorrência de defeito do semáforo em cruzamento central e de intenso movimento do município de Blumenau, não sendo razoável aceitar o argumento de que não há responsabilidade estatal.

De outro vértice, o autor não concorreu para o acidente, pois havendo indicação de luz verde pelo semáforo na via em que trafegava, liberando-lhe a passagem, não era razoável exigir-lhe que antevesse o cruzamento de outro veículo pela pista em que transitava.

Vigora, aqui, a presunção de culpa estatal que, não ilidida, acarreta ao ente público o dever de indenizar, haja vista a responsabilidade objetiva do Município pelo defeito no semáforo que causou danos comprovados ao autor, ainda mais porque este não teve culpa no infortúnio, comprovado, ainda, o nexo causal entre a falta da administração e o acidente.

Nesse norte, colhe-se de julgado deste Tribunal, de lavra deste Relator:

"Recurso — Ação de reparação de dano causado em acidente de trânsito — Colisão de veículos ocorrida em face de defeito no funcionamento da sinalização luminosa — Responsabilidade objetiva da Administração.

"Procede o pedido, se fica comprovado que a Administração não providenciou o conserto da sinalização defeituosa para o restabelecimento da segurança do trânsito. Ademais, a culpa da vítima e a concorrência para o evento danoso não foram demonstradas" (Ap. Cív. n. 20.076, JC 44/200).

E, no mesmo sentido:

"Responsabilidade civil do Município — Acidente de trânsito por decorrência de mau funcionamento de semáforo, que mostrava-se aberto para ambos lados — Invocação da responsabilidade objetiva não ilidida pelas alegações do apelante — Incidência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal — Sentença de boa lavra confirmada — Recurso improvido.

"— O sinistro ocasionado por semáforo defeituoso, que propicia a entrada de carros de ambos os lados de direção, insere-se nos casos de responsabilidade civil objetiva, devendo a Municipalidade responder pelos prejuízos daí advindos" (Ap. Cív. n. 49.220, de Chapecó, rel. Des. Orli Rodrigues, j. 5/9/95).

Ou ainda:

"Acidente de trânsito. Semáforo defeituoso sinalizando trânsito livre para direções opostas. Colisão de veículos decorrente desse fato. Culpa objetiva da Administração Pública. Indenização devida" (Ap. Cív. n. 43.530, de Itajaí, rel. Des. Leonardo Alves Nunes, j. 23/11/93).

E também:

"Responsabilidade civil do Estado — Acidente de trânsito ocasionado por defeito em semáforo — Cul-

pa objetiva da Administração — Denunciação à lide incabível na espécie. Comprovado de forma cabal que o acidente de trânsito ocorreu em virtude de o semáforo encontrar-se com defeito, estabelecendo o 'sinal verde' para os veículos envolvidos, caracterizada está a culpa objetiva da Administração Pública. Ademais, convém ressaltar que, segundo remansosa jurisprudência, inclusive desta Corte de Justiça, é inadmissível a aplicação do instituto jurídico da denunciação à lide (art. 70, III, do CPC) quando a responsabilidade civil é regida pela teoria do risco administrativo" (Ap. Cív. n. 20.906, da Capital, rel. Des. Ernani Ribeiro, j. 21/8/84).

E mais:

"Acidente de trânsito. Semáforo com defeito sinalizando trânsito livre para direções opostas. Colisão ocorrida em decorrência desse fato. Obrigação do Estado de indenizar os danos do veículo do autor. Recurso desprovido" (RT 636/161).

Destarte, deve ser reformada, por tais fundamentos, a sentença vergastada, condenando, desse modo, o Município ao pagamento de Cr$ 38.616.150,75 (trinta e oito milhões, seiscentos e dezesseis mil, cento e cinqüenta cruzeiros e setenta e cinco centavos), conforme atestam os documentos fiscais de fls. 13/17, acrescidos de correção monetária desde o efetivo desembolso e juros de mora a partir da citação, e invertendo-se os ônus de sucumbência, todavia com isenção do ente estatal das custas processuais, nos termos da LC n. 156/97, com a redação que lhe foi atribuída pela LC n. 161/97.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer do recurso voluntário, e dar-lhe provimento para julgar procedente o pedido, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Volnei Carlin. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 30 de agosto de 2001.

João Martins,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.002623-0, DE LAGES

Relator: Des. João Martins

Cancelamento de registros e matrículas imobiliários — Transcrições que decorrem de títulos e registros anulados judicialmente — Nulidade de pleno direito — Sentença confirmada — Recurso provido parcialmente para excluir a condenação por litigância de má-fé.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.002623-0, da comarca de Lages (3ª Vara Cível/Fazenda Pública), em que são apelantes Avelino Dionísio Momm e Maria dos Prazeres Momm, sendo apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial para excluir a condenação em litigância de má-fé.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O Estado de Santa Catarina ajuizou ação ordinária contra Avelino Dionísio Momm e sua mulher, alegando que era titular do domínio de uma gleba de terras em São José do Cerrito, com área aproximada de 2.800.000m² (dois milhões e oitocentos mil metros quadrados), conforme registro imobiliário n. 3.574, no Livro 3-E, datado de 10/8/32, do Cartório do Segundo Ofício do Registro de Imóveis de Lages.

Afirmou que o antigo Irasc — Instituto de Reforma Agrária do Estado de Santa Catarina — concedeu referido imóvel aos réus, dividindo-o em duas glebas, registradas sob os ns. 23.358 e 23.360, do Livro 3-T, daquele Cartório, em 6/10/70. Aduziu, porém, que, pela "ação ordinária para anulação de títulos e respectivas transcrições públicas", obteve a anulação daquele ato e o conseqüente cancelamento das transcrições imobiliárias correspondentes, decisão confirmada em grau de recurso e transitada em julgado, contra a qual os requeridos propuseram ação rescisória, cujo pedido, contudo, foi julgado improcedente, estando a matéria definitivamente decidida.

Acrescentou que, após o ajuizamento da ação anulatória, o réu vendeu aquelas glebas a José Bruno Hartmann, que as registrou em seu nome sob o n. 24.363, no Livro 3-V, do Cartório já mencionado, em data de 29/6/73 e as devolveu ao alienante por meio de Escritura Pública de Distrato de Compra e Venda, consoante registro imobiliário n. 24.381, nos mesmos livro e Cartório, em 17/7/73.

Afirmou que, em razão das transações efetuadas, a transcrição correspondente, qual seja a de n. 24.381 (distrato), que sucedeu a de n. 24.363 (venda), não foi cancelada quando do julgamento da ação anulatória, que logrou cancelar tão-somente os registros ns. 23.358 e 23.360, fato que foi utilizado pelos réus para obter a abertura das matrículas ns. 3.742 e 3.870, no Livro 2, daquele mesmo Cartório, em 22/12/86 e 22/9/87, sobre cujos imóveis fizeram incidir penhora para garantia de execuções fiscais ajuizadas pelo Incra.

Requereu, por fim, o cancelamento dos registros de ns. 24.363 e 24.381, do Livro 3-V, e das matrículas ns. 3.742 e 3.870, do Livro 2, todos do Cartório do Segundo Ofício do Registro de Imóveis de Lages, bem como das inscrições de penhoras ou quaisquer outras averbações sobre os imóveis.

Citados, os réus ofereceram contestação, argumentando que não agiram de má-fé, e que os débitos ajuizados pelo Incra referem-se às áreas

em litígio, pugnando, ao final, pelo prosseguimento do feito com a produção de provas.

O autor apresentou impugnação, sustentando que os réus não atacaram precisamente os fatos articulados na inicial nem pugnaram pela improcedência do pedido, do que decorre a presunção de veracidade do alegado, motivo pelo qual requereu o julgamento antecipado da lide.

Após concordância dos réus quanto ao julgamento antecipado, manifestou-se o Ministério Público, que opinou pela procedência do pedido.

Determinada a intimação do Incra, este informou que ambos os imóveis penhorados referem-se ao registro n. 24.381, Livro 3-V, e que um deles foi parcialmente arrematado por Mauro Lúcio Amaral, sendo extinta a ação de execução garantida pelo outro.

Seguiu-se manifestação dos réus, que requereram a juntada aos autos de documentos relativos à instalação, na Assembléia Legislativa do Estado, de Comissão Parlamentar destinada a revisar as concessões, doações e vendas de terras públicas pertencentes ao patrimônio estadual, bem como do parecer exarado por referida comissão, que concluiu pela legalidade e legitimidade da aquisição das terras em litígio.

O Estado de Santa Catarina ratificou o pedido de julgamento antecipado da lide, acrescentando que os documentos acostados pelos réus não alteram o pedido inicial, que decorre de ação já julgada definitivamente.

O Ministério Público opinou pela procedência do pedido.

Sentenciando, o Magistrado a quo julgou procedente o pedido inicial, declarando nulos os registros imobiliários de ns. 24.363 e 24.381, do Livro 3-V, bem como as matrículas de ns. 3.742 e 3.870, e averbações posteriores, todos do 2º Ofício do Registro de Imóveis de Lages, e condenando, de ofício, os réus ao pagamento de 20% sobre o valor atualizado do pedido, por força dos arts. 17, I e II, e 18, do CPC.

Inconformados, apelaram os vencidos, insurgindo-se contra a condenação por litigância de má-fé, visto que buscavam apenas defender seus direitos, e argumentado que não se utilizaram de título anulado para desdobrar matrículas, pugnando, ao final, pela improcedência da ação proposta pelo Estado de Santa Catarina.

Com as contra-razões e o parecer do Ministério Público de primeiro grau, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

II — Voto

Pretendem os apelantes a reforma da sentença que, em ação ordinária movida pelo Estado de Santa Catarina, declarou nulos de pleno direito os registros imobiliários de ns. 24.363 e 24.381, ambos do Livro 3-V, e as matrículas ns. 3.742 e 3.870 e demais averbações posteriores, todos do 2º Ofício do Registro de Imóveis de Lages.

Mencionados registros referem-se a duas glebas de terras localizadas no município de São José do Cerrito, que, segundo consta dos autos, pertenciam ao Estado e posteriormente foram cedidas aos apelantes, ato que restou anulado por sentença transitada em julgado que decidiu também pelo cancelamento dos registros respectivos.

Com efeito, extrai-se da certidão de fl. 9:

"Certifico, a requerimento verbal da parte interessada, que revendo os Livros de Registros, deste Cartório a meu cargo e poder, em um deles, o de n. 3-F, encontrei sob o número 3.574, a transcrição feita às folhas 198v. a 199, em data de 10 de agosto de 1932, de uma Escritura Pública de 31 de maio de 1920, lavrada pelo Tabelião Fernando Affonso de Athayde, na qual figura como adquirente o Estado de Santa Catarina e, como Transmitentes, João Esteves de Oliveira e sua mulher Bertolina Maria do Amaral, Cantidio Waltrick e sua mulher Júlia dos Prazeres Farias, domiciliados em Lages sem profissão declarada no título (...). Averbações: Em virtude de Título de Concessão de Terras, pertence a Avelino Dionisio Monn, a área de 549.449,55m², Reg. n. 23.358, do 2º Ofício, e coube mais ao mesmo, a área de 2.237.795,50m², Reg. n. 23.360, do 2º Ofício".

As transcrições referidas na certidão, conforme mencionado, encontravam-se no Livro 3-T do Segundo Ofício do Registro de Imóveis, sob os números 23.358 e 23.360, que, contudo, restaram canceladas em razão da anulação dos títulos de concessão das terras, ocorrida em 20/5/76, conforme se infere dos documentos de fls. 10v. e 11v.

Ocorre que, segundo certificado também às fls. 10/11v., no ano de 1973, em data anterior, portanto, à sentença de anulação dos títulos de concessão, os apelantes venderam as terras em apreço a José Bruno Hartmann, que, em seguida, distratou o negócio efetuado, devolvendo os imóveis aos alienantes, sendo tais transações transcritas sob os números 24.363 e 24.381, respectivamente.

A transcrição de n. 24.363, como consta da certidão de fl. 18v., foi sucedida pela de n. 24.381, referente ao distrato daquela compra e venda. Essa transcrição, por sua vez, não obstante o cancelamento dos registros que lhe deram origem, permaneceu válida e intocada, mantendo os apelantes como proprietários daquelas terras. Tal fato possibilitou que estes solicitassem, com êxito, a abertura de novas matrículas, registradas com os números 3.742 e 3.870, no Livro 2 Registro Geral, do 2º Ofício do Registro de Imóveis de Lages, consoante certificado à fl. 19v.

Resta evidente da análise dos fatos e documentos descritos que as matrículas registradas no Livro 2 do Segundo Ofício do Registro de Imóveis decorreram diretamente das transcrições dos títulos de concessão de terras outorgados pelo Estado de Santa Catarina aos apelantes.

E, uma vez anulados os títulos e canceladas as transcrições a eles referentes, impõe-se também, como conseqüência lógica, o cancelamento das matrículas efetuadas, posto que abertas com base em elementos constantes de registro anterior decor-

rente daquelas transcrições. Note-se que tal providência, diante das circunstâncias, prescindia de intervenção judicial, podendo ser tomada inclusive administrativamente. Esse o sentido do art. 214 da Lei dos Registros Públicos, Lei n. 6.015/73.

Colhe-se, a propósito, das lições de Narciso Orlandi Neto:

"Anulado e cancelado um registro, todos os subseqüentes que nele se apóiam devem ser cancelados, independentemente de processo judicial, como afirmou o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo: 'Na esfera administrativa é pacífica a orientação no sentido de se reconhecerem insubsistentes todas as transcrições posteriores às canceladas por determinação judicial, exatamente porque, ultrajado o princípio da continuidade, rompido se apresenta o elo da corrente filiatória' (RT 579/91)" (Retificação do Registro de Imóveis, São Paulo, Oliveira Mendes, 1997, pág. 108).

Oportuno salientar que, ao contrário do que defendem os apelantes, a conclusão obtida por Comissão Parlamentar da Assembléia Legislativa deste Estado acerca da legalidade e legitimidade dos títulos da cessão de terras realizada não tem o condão de desconstituir sentença judicial transitada em julgado, e confirmada em ação rescisória, visto tratar-se de deliberação meramente administrativa que não pode se sobrepor à decisão exarada em definitivo pelo Poder Judiciário.

A matéria, inclusive, foi objeto de discussão perante a Comissão de Constituição e Justiça daquela Casa Legislativa, à qual foi submetida em razão de ofício remetido pelo Procurador-Geral do Estado, que se manifestou pela impossibilidade de revisão administrativa de ato discutido e decidido em caráter definitivo pelo Judiciário. Em reunião realizada em 10/11/92, decidiu a Comissão aprovar por unanimidade o parecer apresentado pelo relator, do qual se transcreve:

"Preliminarmente, em nenhum parágrafo do Parecer da colenda Comissão Parlamentar, in fl. 69, há relato de que os títulos, objetos da análise, foram anulados judicialmente, por conseguinte, não constando destes autos o processo que deu causa ao parecer, subentende-se que os eminentes Deputados que integravam a Comissão não apreciaram os documentos sob esse prisma, dando por desconhecido tal fato.

"Da mesma forma, se não houve processo formal com a ouvida das partes interessadas e concessão de amplo direito de defesa, mesmo que não houvesse ação com sentença trânsita em julgado, o parecer em discussão não teria quaisquer efeitos de ordem jurídica processual e nem se constituiria em instrumento hábil para a propositura de qualquer ação, ou pleito na esfera administrativa pública do Estado.

"Data venia, com as mesmas falhas se encontra o douto Parecer de fls. 71 a 73, inclusive por não apreciar com profundidade doutrinária e jurisprudencial a matéria julgada em definitivo e trânsita em julgado, fazendo com que a mesma fosse desconsiderada ante o Parecer da Comissão Parlamentar no que concerne ao exame dos documentos há algum tempo julgados

insubsistentes e destituídos de legalidade pelo Judiciário.

"Mais ainda, não se deteve o jurídico Parecer na apreciação dos trâmites de anulação do registro de título imobiliário, considerando-se que os procedimentos variam de acordo com as discussões, que podem ser administrativas quando se tratar de bem público, ou judicial em qualquer hipótese. A constatação por intermédio de Processo Administrativo da ilegalidade ou nulidade de documentos atinentes a bens imóveis, exige ação judicial para a anulação do registro se este já estiver efetivado, ocasião em que pode ser rediscutida a sua legalidade. Já quando a ilegalidade for apurada judicialmente por sentença definitiva, e não foi pedida, concomitantemente, na inicial, a anulação do registro, obrigatoriamente outra ação deve ser proposta para este fim, não mais se discutindo o que a sentença anterior decidiu, haja vista ter sido matéria vencida. Resta apenas ao Juiz mandar executar o pedido. Qualquer discussão em torno da execução, ou da ação, é mero protelamento processual sem qualquer amparo na Lei Adjetiva, Doutrina ou Jurisprudência.

"Não há Governo e nem Parlamento democráticos que possuam poder para desconstituir ou sobrepujar em efeitos uma decisão judicial transitada em julgado, salvo, única e exclusivamente, para a correção de erros numéricos de ordem material constituídos na sentença e, assim mesmo, somente pelo Judiciário.

"Noutro ângulo, suponhamos que os títulos não tivessem sido judicialmente considerados nulos, mas só pela esfera administrativa. Mesmo assim, a Comissão Parlamentar, e mesmo a Assembléia Legislativa com aprovação do Plenário, não possuem poderes para obstar ação do Executivo proposta em Juízo, e vice-versa. Em toda hipótese prevalecerá o julgado.

"Contra uma decisão judicial, exceto ação rescisória no prazo e forma da lei, não existe mais recurso.

"No que se refere ao caso em apreciação, somente por iniciativa do Governador, com a aprovação desta Casa Legislativa, projeto de lei específico de doação de bens imóveis pode resolver o impasse na órbita administrativa, ressalvadas as ações que terceiros possam impetrar sobre a medida. De resto a única ação discutível é a indenizatória atinente às benfeitorias que o interessado argumenta ter realizado no imóvel, ou acordo administrativo sobre as indenizações, com a ratificação deste Poder Legislativo" (fls. 164/165).

Assim, não merece reparo a decisão recorrida no que tange à nulidade e cancelamento dos registros imobiliários ns. 24.363 e 24.381, do Livro 3-V, e das matrículas ns. 3.742 e 3.870 e demais averbações posteriores, todos do 2º Ofício do Registro de Imóveis de Lages.

Ressalva há que ser feita, contudo, à condenação dos apelantes nas sanções decorrentes de litigância de má-fé, porquanto buscavam, apenas, a defesa dos direitos que entendiam violados com a primeira decisão judicial prolatada, que anulou os títulos de cessão a eles outorgados. Sua pretensão encontra-se amparada, inclusive, pelo mencionado parecer emi-

tido pela Comissão Parlamentar da Assembléia Legislativa do Estado, o qual, embora não seja capaz de produzir efeitos no presente julgado, torna plausível o direito invocado pelos apelantes.

Gize-se, por fim, que, embora o imóvel descrito em uma das matrículas ora anuladas, de n. 3.870, tenha sido parcialmente arrematado por terceiro, sua citação não se fazia necessária para integrar a presente lide, porquanto trata-se de mero cancelamento de registros nulos em decorrência de ação anterior, da qual não participou o arrematante.

Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, tão-somente para excluir a condenação em litigância de má-fé.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, tão-somente para excluir a condenação em litigância de má-fé.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Volnei Carlin e Nilton Macedo Machado. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 13 de setembro de 2001.

João Martins,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.004566-7, DA CAPITAL

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Desocupação de espaço público — Farmácia instalada em terminal rodoviário — 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.

"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. 00.004566-7, da comarca da Capital (Vara da Faz./Reg. de Ex.), em que é apelante Farmácia Rita Maria 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).

O Departamento de Transportes e Terminais — Deter deflagrou actio em face de Farmácia Rita Maria Ltda., objetivando, em síntese, reaver área física do Terminal Rita Maria, ocupada desde 1º/11/86, por meio de termo de permissão de uso. Pleiteada a prorrogação do ajuste, esta foi negada em virtude da necessidade de processo licitatório.

Acrescentou que, após consulta ao Tribunal de Contas do Estado, acenou com a possibilidade de prorrogação, mas somente pelo período necessário à realização daqueles trâmites legais.

Requereu 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 a efetuar o pagamento e a ocupar o espaço, o que configura prorrogação tácita do contrato diante da inércia do autor.

Em audiência, proposta a conciliação, restou inexitosa.

Após manifestação do Parquet, o MM. Juiz a quo julgou procedente o pedido formulado na exordial.

Irresignada, postulou a ré 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 eg. Tribunal de Justiça.

O Ministério Público de segundo grau, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning, pronunciou-se no sentido do desprovimento do apelo.

É o relatório.

A permissão de uso não se insere entre os contratos administrativos, mas sim na seara do domínio público.

A propósito, ensina Hely Lopes Meirelles: "A 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 Administrativo 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 admi-

nistrativo, 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 rea- ver, 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 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).

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

Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo e ao reexame necessário.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Cézar Medeiros e Torres Marques, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 30 de agosto de 2001.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.003987-5, DE SÃO MIGUEL DO OESTE

Relator: Des. Anselmo Cerello

Contrato de seguro — Apólice — Furto — Cláusula contratual abusiva que exclui da ressarcibilidade o furto, não obstante a cobertura em relação ao roubo — Violação ao art. 51, IV, do CDC — Pacta sunt servanda *— Inaplicabilidade — Ocorrência de vício de consentimento por parte do segurado ao assinar a apólice, manifesto pela ausência de informações acerca da cobertura — Art. 47 do CDC — Inexistência da alegada fraude apontada pela seguradora — Dever de indenizar — Princípio do livre convencimento motivado do juiz — Sentença mantida — Apelo desprovido.*

A teor do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou eqüidade, ocorrendo, assim, o abrandamento do princípio geral dos contratos pacta sunt servanda.

É abusiva a cláusula que discrimina furto e roubo, pois a intenção do segurado, ao firmar um contrato de seguro, é ver-se coberto da maior maneira possível. Ademais, a teor do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, "as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor".

Segundo dispõe o art. 1.458 do CC, "o segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido e, conforme as circunstâncias, o valor total da coisa segura".

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.003987-5, da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara da Infância, Juventude e Registros Públicos), em que é apelante Companhia Paulista de Seguros, sendo apelada a Cooperativa Agropecuária São Miguel do Oeste Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas legais.

Cooperativa Agropecuária São Miguel do Oeste Ltda., devidamente qualificada perante a 1ª Vara Cível da comarca de São Miguel do Oeste, propôs ação ordinária de indenização em face de Cia. Paulista de Seguros.

Aduziu ter firmado contratos de seguros referentes a 14 bens duráveis, como tratores e distribuidores de esterco. Alegou que um dos tratores segurados foi roubado durante a vigência da apólice. Entretanto, afirmou

que a seguradora recusou-se a pagar, alegando que o evento não teria cobertura, por tratar-se de furto simples e não de roubo. Por fim, afirmou não haver no contrato qualquer cláusula que excluísse a obrigação da seguradora nesses casos.

Citada, a empresa ré contestou, às fls. 48/51, argumentando a existência de cláusula na qual constavam os riscos excluídos da cobertura do seguro, entre eles o furto simples, sem emprego de violência. Sustentou que, conforme o boletim de ocorrência, teria havido um desaparecimento inexplicável, e não um roubo, como teria alegado a autora, na inicial. Asseverou, também, a respeito da responsabilidade da Prefeitura Municipal de Palma Sola, uma vez que o veículo encontrava-se sob sua guarda. Ao final, caso fosse julgado procedente o pedido, requereu que a responsabilidade da seguradora tivesse como limite máximo o valor da apólice.

Houve impugnação à contestação, às fls. 67/69.

Realizada audiência, restou inexitosa a conciliação. Foi requerida a dispensa dos depoimentos pessoais das partes, tendo-se procedido à oitiva das testemunhas.

Foram oferecidas as alegações finais.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito julgou procedente o pedido da autora, condenando a empresa ré ao pagamento do valor pactuado na apólice.

Irresignada, a Cia. Paulista de Seguros interpôs recurso de apelação, às fls. 173/177, pugnando pela reforma in totum da sentença, alegando evidências de fraude no sinistro.

Não foram apresentadas as contra-razões.

É o relatório.

Cinge-se a irresignação recursal da apelante seguradora nos seguintes pontos:

1. há má-fé por parte da autora, que inicialmente disse ter dado em comodato o trator à Prefeitura de Palma Sola, depois, que haveria um contrato de uso e, por fim, uma compra e venda;

2. não houve roubo, mas simplesmente furto, envolvendo as pessoas mencionadas nos depoimentos de fls. 137/138, por isso a cobertura securitária (apólice) não existe;

3. a responsabilidade da guarda do bem é do município de Palma Sola;

4. a fraude restou devidamente configurada nos autos.

Inicialmente, necessário se faz enfrentarmos doutrinariamente a matéria, para abordar, após, o caso concreto. Comentando sobre os contratos de seguro, ensinava Orlando Gomes que “pelo contrato de seguro, uma empresa especializada obriga-se para com uma pessoa, mediante contribuição por esta prometida, a lhe pagar certa quantia, se ocorrer o risco previsto".

Desse modo, “as partes no contrato de seguro chamam-se segurador e segurado. Ao segurador compete pagar a quantia estipulada para a hipótese de ocorrer risco previsto no contrato. Ao segurado assiste o direito de recebê-la, se cumprida a sua obrigação de pagar a contribuição prometida, que se denomina prêmio”, sendo que “o instrumento de contrato de se-

guro chama-se apólice" (Contratos, 7ª ed., Forense, pág. 501).

E é por isso que não assiste razão à apelante Seguradora Companhia Paulista de Seguros, relativa aos pontos 1 a 4 do apelo, devendo ser desprovida, pois a motivação e o suporte jurídico do divisão e socialização dos riscos atuais e futuros e disso não se afasta o presente caso.

Como bem ressaltou o douto Togado às fls. 163/171 "os documentos juntados têm conteúdo bastante grave, mas devem ser analisados com bastante cautela pelo Juízo, porquanto envolvendo pessoas públicas, não passando despercebida a motivação, muitas vezes política, que leva o depoente a retratar-se" (ponto 1 do apelo). "Mesmo que assim não fosse, as testemunhas que se retrataram foram bem claras quando afirmaram que a máquina fora realmente furtada, não se sabendo, contudo, a autoria do delito (vide fl. 137), sendo que a imputação por elas feita objetivava o recebimento do valor do seguro.

"No que concerne à transação levada a efeito pela autora com o município de Palma Sola, há que se registrar não haver dúvidas de que o convênio de fls. 122/123 disfarça uma compra e venda a crédito, com transferência da propriedade ao final do contrato, isto com o adimplemento dos valores pactuados (vide cláusula n. 16, fl. 123). Na nota fiscal de fl. 121 também não restam dúvidas de que o convênio de fls. 122/123 disfarça uma compra e venda a crédito, com transferência da propriedade ao final do contrato, isto com adimplemento dos valores pactuados (vide cláusula n. 16, fl. 123). A nota fiscal de fl. 121, também não restam dúvidas, realmente referese à demonstração, porque, como é sabido e consabido, é necessário que uma mercadoria, para que saia do estabelecimento, mesmo que para deslocamento puro e simples, esteja acobertada por nota fiscal, isto porque há evidente circulação. Por isso, aliás, a isenção de ICMS. Por isso, também, a preexistência do contrato (29/3/94) com posterior emissão da nota (11/4/94), porquanto o transporte se deu, logicamente, ao depois da pactuação.

"Tal situação demonstra, inequivocamente, que houve tratativa de compra e venda, mesmo que simulada por convênio, com o município de Palma Sola, todavia, a propriedade do bem ainda pertencia à autora, porquanto até mesmo não se tem a comprovação de sua transmissão; em síntese: permanecia a autora na propriedade do bem enquanto não adimplida a totalidade do contrato com os pagamentos fracionados, restando a posse dele em mãos do Município.

"Lembre-se, ainda, que a divergência entre a numeração do trator da nota e do contrato não assume relevância, porque as testemunhas ouvidas (fls. 118/119) bem afirmaram que o trator furtado fora, realmente, alvo de um convênio ou contrato de comodato com o município de Palma Sola, o que transparece a adequação aos termos do pacto".

Diante desse contexto, também não podem prosperar os argumentos da apelante em relação aos pontos 3 e 4, em que assevera que a responsabilidade da guarda do bem é do município de Palma Sola, tendo-se em conta que em nada alteraria em relação ao dever da seguradora em

indenizar pelo sinistro ocorrido, em razão da ausência de efetivação da negociata, e pelo fato de ter a seguradora cobrado o prêmio e se eximido do cumprimento de sua obrigação.

A fraude (ponto 4 do apelo), dessarte, não ocorreu. Para que se conclua, "há que se perquirir: e no âmbito do contrato de seguro? Como ficaria tal operação? (fl. 166 dos autos).

"Proemialmente, a transferência, de forma alguma, agrava o risco, não se podendo, com base nisso, arrostar o dever ressarcitório. Já decidiu o STJ:

"Civil — Seguro de automóvel — Alienação — Responsabilidade da seguradora perante o novo adquirente — Matéria de fato — Interpretação de cláusula contratual.

"Inexiste ofensa ao art. 1.454 do Código Civil, mas sim interpretação correta pelo acórdão recorrido, já que a simples transferência do bem segurado não lhe agrava o risco" (REsp n. 3.053/RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, in DJU de 17/9/90, pág. 9.509).

Dessarte, a transferência do bem não necessariamente retira do autor a titularidade do direito indenizatório, em atinência ao disposto no art. 1.463, caput, do Digesto Processual Civil. Senão vejamos:

"Art. 1.463 — O direito à indenização pode ser transmitido a terceiro como acessório da propriedade, ou de direito real sobre a coisa segura".

O renomado J. M. de Carvalho Santos (Código Civil Brasileiro Interpretado, 9ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, vol. XIX, pág. 376) assim preleciona:

"Independentemente da alienação do interesse segurado, pode haver a cessão do direito de crédito, correspondente à indenização que a Companhia ficará obrigada a pagar, no caso de sinistro. A cessão, em casos tais, é completamente livre, podendo efetuar-se ainda mesmo antes de tornar-se realidade o direito à indenização, isto é, ainda quando o crédito seja futuro e meramente eventual".

Ora, sabe-se, então, que a apólice pode ser transferida. No entanto, não é essa a hipótese dos autos, em que não o foi, em razão de a própria compra e venda não se ter perfectibilizado.

Cumpre-me salientar que o furto deu-se no período noturno, tanto é assim que a denúncia, segundo narrou o Juiz, remetendo-se à fl. 158 dos autos, "fez expressa menção ao art. 155, § 1º, do CP. Tal versão é corroborada pelas testemunhas de fls. 111/113, que acrescentaram que o lugar onde o veículo estava guardado era vigiado, com portões acorrentados, o que demonstra em princípio a destreza na realização da empreitada criminosa. Também aquelas testemunhas de fls. 118/119 afirmaram que o trator era guardado no referido pátio da Prefeitura, sendo ele cercado com grades e cerca".

Em relação ao ponto 2 do apelo (em que a ora apelante assevera que não houve roubo, mas simplesmente furto, envolvendo as pessoas mencionadas nos depoimentos de fls. 137/138, por isso a cobertura securitária [apólice] não existe), este não merece ser olvidado. É que o furto simples não pode ser excluído do contrato (fl. 57/58). É que "Em temas de furto ou roubo de veículos, a jurisprudência, de modo geral, vem determinando o pa-

gamento de indenização pela seguradora, mesmo que a apólice não mencione ambas as figuras típicas criminosas. Previsto o furto, e não o roubo — ou vice-versa — há obrigação de indenizar" (O Contrato de Seguro na Jurisprudência, Francisco César Pinheiro Rodrigues et alli, RT, 1989, pág. 115).

E não é por acaso que a jurisprudência inclina-se dessa forma. Tal posicionamento encontra supedâneo nas ensinanças de Antônio do Rêgo Monteiro Rocha, pois "a expansão tecnológica e o desenvolvimento do mercado consumidor restaram por gerar o fenômeno da massificação do contrato, nova situação de fato que durante muito tempo foi iniquamente regulada pela legislação civil ortodoxa.

"Sobre o tema dissemos, a propósito das características e das conseqüências da aplicação da ultrapassada lei civil à nova realidade contratual, em recente trabalho monográfico: 'a igualdade contratual é meramente teórica. Trata-se de igualdade civil como condição jurídica, mas jamais igualdade de forças. O mais poderoso triunfa na relação contratual e, movido por interesses, sacrifica o bem de outrem à sua própria satisfação" (in Código de Defesa do Consumidor: Desconsideração da Personalidade Jurídica, Juruá, 1999, pág. 70).

Crítica semelhante teceu Enzo Roppo, ao asseverar que "fundado na liberdade de contratar, baseada na soberania da vontade individual dos contratantes, devia ser o contrato, segundo as mais acreditadas proposições dos ideólogos oitocentistas, e assim era efetivamente em muitos aspectos, na concreta praxe do capitalismo de concorrência. Mas desde os tempos do laissez-faire, desde a época clássica do liberalismo econômico e político, as sociedades ocidentais sofreram transformações profundíssimas de ordem econômica, social e política que, por sua vez, incidiram sobre o instituto contratual, transformando-o profundamente" (O Contrato Almedina, 1988, pág. 295).

Assim, a massificação dos contratos, a vulnerabilidade técnica e econômica do consumidor e o declínio dos princípios clássicos da economia contratual, como o da autonomia da vontade, tornaram impositiva uma nova regulamentação.

Incidem, pois, sobre o presente pacto contratual os comandos legais de ordem de interesse social do Código de Defesa do Consumidor:

"Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço prestado como destinatário final.

"Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

No caso sub judice, existiu a relação de consumo porque a seguradora apelante, na condição de fornecedora de serviços, colocou à disposição da autora Cooperativa Agropecuária São Miguel do Oeste Ltda. a cobertura securitária, objeto da relação contratual em apreço.

No contrato noticiado nos autos, inolvidável a existência de relação de consumo, resolvendo-se qualquer divergência com a simples leitura dos arts. 2º e 3º do CDC, sem maiores divagações. Com efeito, a apelante figura na relação oriunda do contrato firmado entre as partes como pessoa jurídica de direito privado, como que se infere da própria denominação social. Quanto à apelada, basta-lhe apenas a noção finalista, informada pela vulnerabilidade econômica e técnica, sem necessidade de qualquer extensão hermenêutica, aliás possível no CDC.

Dessarte, incidindo o Código de Defesa do Consumidor, é impositiva a aplicação de suas regras e de seus princípios.

Nos termos do art. 6º do CDC, observa-se como direito básico do consumidor a informação clara e adequada sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam.

Colhe-se do mesmo diploma, em seu art. 46, que "os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar prévio conhecimento de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão do seu sentido e alcance".

Ora, trata-se na avença em questão de contrato de adesão que, nas palavras de Waldirio Bulgarelli (in Contratos Mercantis, 2ª ed., Atlas, pág. 90), "é aquele em que não há discussão livre entre as partes, das cláusulas contratuais, posto que estas são redigidas e impostas por uma delas partes a outra, que as aceita em bloco".

Como se sabe, nos contratos de adesão, a exemplo da apólice de fls. 56/64, derroga-se a livre discussão das cláusulas, privilegiando-se a livre imposição e a mera aceitação em bloco de diretrizes contratuais, rara- mente acessíveis à maioria hipossu- ficiente econômica e tecnicamente.

O ônus de tais informações de cunho estritamente técnico é do fornecedor, posto que o consumidor, imbuído da mais pura boa-fé, adere achando que está efetivamente protegido contra futuras patologias de toda sorte.

Ademais, pelo que se extrai do comando do art. 51, IV, do CDC, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou eqüidade".

Por isso não há incidência do princípio pacta sunt servanda, pois, como já vimos, o Código de Defesa do Consumidor vem ao amparo do hipossuficiente, parte sempre em desvantagem. Daí ser totalmente abusiva a cláusula 2ª, item p, que excluiu da cobertura o "risco simples, sem emprego de violência, desaparecimento inexplicável e simples extravio", a teor do art. 51, IV, do CDC.

Corroborando tal entendimento, o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor assevera que "as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor".

Diante disso, conforme bem lançou o douto Togado, "não se há de esquecer que a interpretação dada pela ré, sem dúvida alguma, em face da apólice de fl. 53, que dispõe que

'as condições gerais deste seguro estão à disposição nos endereços acima', fere, frontamente, o art. 54 do Codecon. Ora, sequer teve a autora, pelo visto, acesso às cláusulas em questão, além do que a distinção eminentemente jurídica, entre furto e roubo, devem estar devidamente caracterizadas no contrato ao qual o segurado adere".

Dessa forma, verifica-se que as seguradoras repetem o velho hábito de sempre: cobram o valor correspondente à totalidade do seguro mas, na hora de oferecer a contraprestação, deixam de fazê-lo a contento. Por isso, correta a bem-lançada sentença, equivocando-se a ora apelante, pois o douto Togado fez uso do princípio do livre convencimento motivado e da livre apreciação da prova, chamando à baila a exegese do art. 131 do CPC:

"O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento" (art. 131 do CPC).

"O juiz é livre para se convencer acerca dos fatos, mas os elementos para essa convicção são apenas os existentes nos autos. Tem aplicação correta o brocardo quod non est in actis non est in mundo; os autos são o mundo do juiz na apreciação dos fatos, salvo, é claro, alguma exceção, como os fatos notórios, que independem de prova" (Barbi, Celso Agrícola, in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I, arts. 1º a 153, 10ª ed., Forense, pág. 401).

Diante de todo esse contexto, desprovejo o recurso de apelo interposto, mantendo-se in totum a r. Sentença atacada em suas condenações legais.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira e Cesar Abreu.

Florianópolis, 3 de dezembro de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.012211-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Anselmo Cerello

Ação de cobrança do prêmio em contrato de seguro de veículo não pago — DPVAT — Morte — Cobertura total, a teor do art. 7º da Lei n. 6.194/74, alterado pela Lei n. 8.441/92, que obriga as sociedades seguradoras a indenizar o acidentado nos casos em que o prêmio não for pago — Violação ao disposto no art. 1.432 do CC, inaplicável ao caso — Finalidade social do seguro — Sentença mantida — Apelo desprovido.

A Lei n. 6.194/74, que dispõe sobre o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, em seu artigo 7º, com a nova redação dada pela Lei n. 8.441/92, enfaticamente dispõe que "a indenização por pessoa vitimada por veículo não identificado, com seguradora não identificada, seguro não realizado ou vencido, será paga nos mesmos valores, condições e prazos dos demais casos por um consórcio constituído, obrigatoriamente, por todas as sociedades seguradoras que operem no seguro objeto desta Lei".

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.012211-2, da comarca da Capital (Vara da Fazenda), em que é apelante Companhia União de Seguros Gerais, sendo apelada Zaneli da Rosa e Souza:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas legais.

Zaneli da Rosa e Souza, devidamente qualificada perante a 2ª Vara Cível da comarca da Capital, propôs ação de cobrança em face de Companhia União de Seguros Gerais, aduzindo que seu filho Márcio da Rosa e Souza sofreu acidente que lhe ceifou a vida em 23/3/93, quando dirigia sua motocicleta, sendo que o de cujus não estava coberto pelo seguro obrigatório DPVAT, em razão de estar vencido na ocasião do acidente.

Afirmou ter dado entrada na documentação na empresa ré, com base no artigo 7º da Lei n. 6.194/74, ocorrendo, entretanto, a recusa ao pagamento, mesmo após ter sido julgada procedente a denúncia em processo administrativo na Superintendência de Seguros Privados — Susep.

À fl. 47, em audiência conciliatória, foi convertido o procedimento do feito em ordinário. Determinou-se, também, a expedição de ofício à Susep, requisitando-se o procedimento administrativo referido na inicial, além da citação do litisconsorte necessário, Instituto de Resseguros do Brasil — IRB para apresentar defesa.

Em despacho de fl. 49, o MM. Juiz tornou sem efeito a citação do Instituto de Resseguros do Brasil — IRB.

Citada, a seguradora contestou, às fls. 55/60, argumentando que o dispositivo legal citado pela autora seria inconstitucional, que já teria sido modificado pela Lei n. 8.441/92, não cabendo a pretensão quanto ao recebimento gratuito, sem haver sequer uma vinculação contratual, caracterizando expropriação.

Realizada audiência, não foi aceita a conciliação. O autor impugnou a contestação. Ao final, as partes dispensaram outras provas, além das já juntadas aos autos.

Em sentença, às fls. 65/71, o MM. Juiz de Direito julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a empresa ré ao pagamento de R$ 5.081,76, somados às custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor total.

Irresignada, a Cia. União de Seguros Gerais interpôs recurso de apelação, às fls. 72/76, pleiteando a reforma total da sentença.

Foram apresentadas as contra-razões às fls. 79/81.

É o necessário relatório.

Cinge-se a irresignação recursal de fls. 72/76 nos seguintes pontos:

1. não obstante o de cujus não estivesse coberto pelo seguro social DPVAT, em razão de não tê-lo pago, o douto Togado entendeu ser devida a indenização, condenando a ora apelante ao argumento de que a nova redação do art. 7º da Lei n. 6.194/74, dada pela Lei n. 8.441/92, obriga as sociedades seguradoras a indenizar o acidentado nos casos em que o prêmio não fora pago.

2. houve violação ao art. 1.432 do Código Civil, pois não se pode premiar o inadimplente, somente porque a Lei n. 8.441/92 assim dispõe, pois esta é inconstitucional à luz do art. 192, II, da CF/88, que indica que a autorização e o funcionamento dos estabelecimentos do seguro são regulados por lei complementar, sendo que o art. 12 do Decreto-Lei n. 73/66 foi ferido pela aludida Lei.

No entanto, razão alguma assiste ao apelante em relação aos pontos 1 e 2 do apelo, uma vez que a Lei n. 6.194/74, em seu artigo 7º, com a nova redação dada pela Lei n. 8.441/92, que dispõe sobre o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, não enseja interpretação diversa, dispondo que "a indenização por pessoa vitimada por veículo não identificado, com seguradora não identificada, seguro não realizado ou vencido, será paga nos mesmos valores, condições e prazos dos demais casos por um consórcio constituído, obrigatoriamente, por todas as sociedades seguradoras que operem no seguro objeto desta Lei".

Ora, a decisão do douto Togado não merece reparos, pois está de acordo com a legislação pátria em vigor, não se olvidando, dessa forma, as alegativas de violação à Constituição ou violação ao Decreto apontado, isto porque a questão já fora esgotada nas vias administrativa e judicial, estando, agora, sendo repisada em grau de recurso.

A orientação ao pagamento desse seguro, inclusive, já restou consignada pela Fundação Nacional de Seguros Privados e de Capitalização — Fenaseg a todas as seguradoras, independentemente de prova do pagamento do prêmio, conforme se depreende dos documentos de fls. 24/25 dos autos. Senão vejamos:

"O convênio do Seguro DPVAT tem sido alvo de severas críticas das autoridades competentes e da imprensa, devido à demora na liquidação de sinistros.

"Analisando as reclamações, constatamos 3 problemas:

"a) recusa do sinistro quando o veículo envolvido não tem o prêmio do seguro devidamente quitado;

"b) suspeita de fraude; e

"c) descumprimento do prazo legal de 15 dias para a liquidação de sinistros.

"1. A Lei n. 8.441 de 13/7/92, em seu artigo 7º, estabelece:

'Art. 7º. A indenização por pessoa vitimada por veículo não identificado, com seguradora não identificada, seguro não realizado ou vencido,

será paga nos mesmos valores, condições e prazos dos demais casos por um consórcio constituído, obrigatoriamente, por todas as sociedades seguradoras que operem no seguro objeto desta Lei.

'§ 1º. O consórcio de que trata este artigo poderá haver regressivamente do proprietário do veículo os valores que desembolsar, ficando o veículo, desde logo, como garantia da obrigação, ainda que vinculada a contrato de alienação fiduciária, reserva de domínio, leasing ou qualquer outro'.

"O consórcio de que trata o artigo 7º da Lei n. 8.441 é o próprio convênio de seguros DPVAT.

"A Fenaseg, através da Confederação Nacional do Comércio, por entender ser o artigo 7º inconstitucional, moveu ação de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, entretanto, a nossa petição ainda não foi apreciada.

"Enquanto o Supremo não decidir, as seguradoras conveniadas devem pagar normalmente o sinistro, independentemente de prova do pagamento do prêmio, no prazo de 15 dias a contar da entrega da documentação, conforme estabelecem as normas.

"Após o pagamento da indenização, a seguradora conveniada deve remeter toda a documentação do sinistro, principalmente recibo de quitação original, para que o Convênio providencie a competente ação de regresso contra o proprietário do veículo.

"(...)

"3. Recomendamos às seguradoras conveniadas tomem providências junto aos seus órgãos de liquidação para que observem o prazo legal de 15 dias, sem o que, além do desgaste da imagem da instituição do seguro, estarão sujeitas às multas impostas pela Susep".

Ora, diante desse contexto, corretamente lançou o direito à sentença de fls. 66/71, asseverando que:

"Da análise do artigo supradito, decorre a responsabilidade objetiva das companhias seguradoras em indenizar as vítimas em acidente de trânsito, nos seguintes casos: a) quando o veículo não for identificado; b) quando a seguradora não for identificada; c) quando se não houver realizado seguro e; d) quando o seguro estiver vencido.

"Decorre do processado que a motocicleta em que se acidentou o filho da requerente não se encontrava coberta pelo seguro obrigatório, enquadrando-se na quarta hipótese, prevista no art. 7º da Lei n. 6.194/74, modificado pela Lei n. 8.441/92, qual seja, a de que o seguro sub judice estava vencido por ocasião do acidente.

"Inquestionável é a obrigação da companhia seguradora em pagar o valor postulado pela autora, não somente em decorrência do texto legal, como, também, pelo fato de o processo administrativo, junto à Susep, ter conferido ganho de causa à requerente, conforme a seguinte conclusão:

'A matéria em questão encontra-se amplamente decidida no âmbito da Susep, CCRA e CNSP, e, mais recentemente, inclusive, com o apoio da Fenaseg, através do seu Ofício Circular DPVAT SIN — 49/96 de 11/6/1996, razão pela qual, nosso voto é de que seja mantida, na íntegra, a decisão do Conselho Diretor de fl. 49 que julgou procedente a reclamação da Sra. Zaneli da Rosa e Souza, bem

como a multa aplicada pela Sra. Chefe do Defis'.

"(...)

"Não bastasse isso, as leis que norteiam e inspiram o sistema previdenciário, as companhias de seguros e os grêmios de pecúlios possuem caráter altamente social, pelo que devem ser interpretadas sem maiores formalismos legais, objetivando atender às necessidades populares.

"Nesse sentido, traz-se aos autos trecho do parecer do Dr. Procurador Marcello Teixeira Bittencourt, exarado no processo administrativo Susep n. 009.106/93:

'A matéria se encontra pacificada no âmbito desta Autarquia Federal, no sentido de que sejam liquidadas as indenizações correspondentes ao seguro DPVAT, mediante o preceito insculpido no art. 7º da Lei n. 6.194/74, que estipula a obrigatoriedade da liquidação da indenização devida.

'A reclamada não apresenta, senão a mesma tese da inconstitucionalidade do artigo 7º da Lei n. 6.194/74, até hoje não apreciada pelo STF, pelo que se tem notícia, bem como continua alertando que o prêmio contratual não fora pago.

'Ora, trata-se, com outrora afirmado em inúmeros pareceres que o seguro DPVAT é um seguro de caráter social, meramente assistencial, não se utilizando das regras afetas aos seguros facultativos individuais'.

"Por outro lado, as alegações da seguradora Companhia União de Seguros Gerais não possuem respaldo legal e tampouco fundamento sociológico, finalidade precípua das companhias de seguro.

"Finalmente, o Ordenamento Jurídico Nacional objetiva a justiça social, conforme o preâmbulo da Constituição da República de 1988:

'Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil'.

"Como a Companhia União de Seguros Gerais está esquecendo a sua função social, mas permanentemente ratificando os seus objetivos financeiros;

"Como o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil determina que: 'na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'".

Diante de todo esse contexto, desprovejo o recurso de apelação.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira e Cesar Abreu.

Florianópolis, 19 de novembro de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.021243-1, DE SÃO LOURENÇO DO OESTE

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Apelação cível. Indenizatória. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Lesões cerebrais. Perícia médica que constata seqüelas neurológicas. Incapacidade total permanente para o trabalho.

Se, em razão do acidente, a vítima sofre trauma cranioencefálico com lesão cerebral, atestando a perícia o comprometimento de sua capacidade cognitiva e de raciocínio, e havendo imprevisibilidade de regeneração das funções afetadas, deve ser declarada a invalidez total permanente do lesado, tanto para o exercício da sua profissão de motorista quanto para qualquer outra, pois, apesar de intacta sua capacidade física e de locomoção, a ausência de cognição compromete a realização de qualquer tarefa, por mais singela que esta possa vir a ser.

Indenização a título de lucros cessantes. Pensão alimentícia. Insurgência quanto ao valor e termo final. Possibilidade de reversão à viúva.

A pensão à vítima incapacitada para o trabalho, em virtude de lesões causadas por acidente de trânsito, é devida enquanto perdurar a invalidez. Entretanto, deduzida pretensão à pensão mensal com limitação temporal, fica o juiz adstrito ao pedido.

Nessa hipótese, considerando-se a natureza alimentar do pensionamento, não há qualquer ilegalidade no comando sentencial que autoriza, de ofício, a reversão dos pagamentos em favor da esposa do lesado, caso este faleça antes do termo final estipulado, deduzindo-se, contudo, o percentual de 1/3 dos rendimentos, que representa as presumíveis despesas pessoais da vítima.

Não havendo prova nos autos acerca do efetivo rendimento mensal percebido pelo lesado, e considerando-se o fato de que exercia a profissão com caminhão de sua propriedade, correto é o arbitramento da pensão alimentar na quantia correspondente ao dobro do salário de um motorista, estipulado em convenção coletiva de trabalho da região em que efetuava os fretes.

Danos emergentes. Reembolso das despesas médico-hospitalares, atuais e futuras. Pagamento devido.

Na indenização devida em conseqüência de acidente de trânsito, causante de danos à incolumidade corporal da vítima, impõem-se incluídos, em atenção ao princípio de que a reparação deve ser a mais completa possível, os gastos com medicamentos e tratamentos, inclusive aqueles efetuados durante a tramitação do processo, não havendo qualquer irregularidade na juntada dos comprovantes no curso da lide, ex vi *do artigo 397 do CPC.*

Havendo medicamentos de uso repetido e vitalício, em face da natureza das lesões sofridas, viável é a estipulação de quantia mensal fixa destinada ao pagamento destes.

Dano moral e estético. Cumulação. Possibilidade.

O dano moral traduz-se pela má sensação que a ofensa traz e pelos efeitos psíquicos da dor sofrida, enquanto que o dano estético decorre da gravidade da deformidade provocada pelo acidente, in casu *afundamento do crânio e cicatrizes faciais, com seqüelas que acompanharão o autor pelo resto da vida.*

Assim, mesmo que derivados do mesmo fato, sendo inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado, ambos devem ser indenizados.

Dano moral. Quantum *indenizatório estipulado em 150 salários mínimos. Pedido de redução. Impossibilidade. Verba inexpressiva diante da gravidade das lesões.*

Não pode ser taxada de excessiva a estipulação do quantum *indenizatório em quantia equivalente a cento e cinqüenta salários mínimos diante das circunstâncias do caso concreto, considerando-se, principalmente, a gravidade das repercussões psíquicas enfrentadas pela vítima, representada pela dor decorrente das sucessivas cirurgias, do afastamento da família quando do internamento, e do fato de se tornar inválido para o trabalho, não se olvidando, ainda, o caráter punitivo da verba.*

Tal valor é até inexpressivo, porém, não havendo insurgência da parte interessada, deve ser mantido.

Denunciação à lide da seguradora. Cobertura securitária expressa dos danos pessoais. Responsabilidade pelo pagamento dos danos morais e estéticos sofridos pela vítima.

Os danos pessoais abrangem todos os valores afetados concernentes à própria pessoa do lesado, nos aspectos físico, psíquico ou moral, motivo por que, havendo previsão expressa na apólice da cobertura destes, responde a seguradora pelos danos morais e estéticos sofridos pela vítima, em virtude de acidente provocado pelo segurado, até o limite da apólice pactuada.

Seguro obrigatório. Falta de comprovação de pagamento. Dedução. Impossibilidade.

Não obstante a corrente majoritária da jurisprudência opine pelo desconto do valor do seguro obrigatório pago do montante da indenização, deve este ser cabalmente comprovado, sob pena de improcedência do pleito.

Honorários advocatícios. Valor pleiteado a título de lucros cessantes, reduzido na sentença. Sucumbência parcial. Inocorrência.

Acolhida a pretensão posta em Juízo pela parte autora, com a entrega da prestação jurisdicional objetivada, conquanto os valores deferidos não correspondam exatamente àqueles pleiteados, não há que se cogitar de sucumbência parcial capaz de autorizar a condenação recíproca e proporcional das custas e honorários; ainda mais em se tratando de indenização por lucros cessantes, em que o valor expresso na peça preludial assume a condição de meramente estimativo.

Ônus processuais da seguradora denunciada, ante a denunciante.

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. Imerece prosperar o pedido de redução ou isenção da verba honorária se a denunciada, apesar de não se opor ao pedido de denunciação em si, sustenta, dentre outras teses, a impossibilidade de cumulação dos danos estéticos e morais, e a limitação da cobertura da apólice aos sinistros nela expressamente estipulados, teses que, caso acolhidas, redundariam em acréscimo da condenação da denunciante.

Ato ilícito causado por preposto. Honorários advocatícios. Recursos parcialmente providos.

Tratando-se de responsabilidade objetiva da empresa, em virtude de ato ilícito praticado por seu preposto, os honorários advocatícios devem ser fixados em percentual sobre o resultado do somatório do valor das prestações vencidas mais um ano das vincendas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.021243-1, da comarca de São Lourenço do Oeste, em que são apelantes Companhia de Seguros Gralha Azul e Transportes Rodozani Ltda., sendo apelado Valdemir Coan:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso de apelação da Companhia de Seguros Gralha Azul e Transportes Rodozani Ltda. tão-somente para determinar que a verba honorária de 20% (vinte por cento) incida sobre o resultado dos valores e prestações vencidas e 12 (doze) das vincendas. E, de ofício, com base no art. 602 do CPC, determinar a constituição de capital para garantir o pagamento integral da indenização, e aplicar à ré e denunciada a pena de litigância de má-fé no valor de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Valdemir Coan ingressou com a presente ação de indenização por dano moral e material cumulada com lucros cessantes contra Transportes Rodozani Ltda. relatando que, no dia 9/8/98, no km 536 da BR 153, sentido General Carneiro/PR/divisa de Santa Catarina, o condutor do caminhão placa LXK 1681, de propriedade da ré, ao tentar efetuar manobra de ultrapassagem, perdeu o controle do veículo e invadiu a pista onde trafegava com seu caminhão, placa LZZ 9947, ocorrendo colisão entre os veículos.

Prosseguiu relatando que o boletim de ocorrência lavrado pela autoridade policial reconheceu como sendo exclusiva da ré a culpa pelo acidente, tendo o impacto acarretado-lhe graves lesões, de ordem estética e moral, inclusive a sua invalidez permanente para o trabalho. Afirmou que a seguradora da demandada honrou a apólice tão-somente quanto aos danos materiais do veículo e despesas médico-hospitalares.

Requereu, assim: o deferimento da assistência judiciária e a procedência da ação para condenar a requerida ao pagamento de pensão mensal até os setenta anos de idade, no valor mensal de R$ 2.000,00; o pagamento das despesas médicas não cobertas pela Seguradora; e o pagamento de dano estético e moral a ser arbitrado pelo Julgador.

Deferido o benefício da justiça gratuita, a requerida contestou a demanda pleiteando, preliminarmente, a denunciação à lide da Seguradora. No mérito, alegou as seguintes teses: inexistência de nexo de causalidade entre os danos havidos e a responsabilidade que lhe foi imputada; reparação integral de todos os danos, pela seguradora; ausência de comprovação da renda para a fixação da pensão e lu-

cros cessantes; impossibilidade de cumulação dos danos morais e estéticos; descabida a estipulação de quantia para o pagamento das despesas futuras com medicamentos.

Em sede de impugnação, o autor concordou com o pedido de denunciação da seguradora, o que foi deferido pelo Togado (fls. 66/72).

Citada, a Companhia de Seguros Gralha Azul compareceu ao feito e apresentou contestação, confirmando, inicialmente, a culpa da segurada pelo acidente. No mérito, impugnou o valor pleiteado a título de lucros cessantes, e afirmou que a invalidez do autor não é permanente. Aduziu que as despesas médicas já foram totalmente quitadas, e que a apólice prevê expressa exclusão dos danos morais e estéticos que, além disso, não podem ser cumulados. Afirmou que sua responsabilidade limita-se aos valores de cobertura previstos na apólice.

Inexitosa a audiência conciliatória realizada, o Magistrado determinou a produção de perícia para dirimir a controvérsia sobre a capacidade laborativa do autor, bem como sobre a possibilidade de reversão dos danos estéticos por ele sofridos (fl. 181).

Concluída a prova pericial e tomado o depoimento pessoal do demandante (fl. 224), os litigantes apresentaram alegações finais.

Ato contínuo, sentenciou o MM. Juiz de Direito julgando parcialmente procedente a ação para condenar a requerida ao pagamento de: pensão mensal no valor de R$ 872,00 até que o autor complete a idade de 70 anos, revertendo em favor de sua esposa caso faleça antes; da quantia de R$ 6.921,14, correspondente às despesas com medicamentos e consultas realizadas no curso do processo, bem como depósito inicial procedido no hospital em que o autor permaneceu internado; todas as despesas com medicamentos e consultas futuras até a completa recuperação, limitadas à quantia mensal de R$ 217,00 e à idade de setenta anos; a quantia de R$ 2.500,00, a título de danos estéticos, para a realização da cirurgia plástica na face do autor, bem como todas as despesas hospitalares, honorários médicos, medicamentos e consultas médicas relacionadas a esta cirurgia; e a quantia de 150 salários mínimos a título de danos morais. Declarou, ainda, a procedência da denunciação à lide para condenar a denunciada a suportar todas as quantias impostas, até os limites da apólice. Quanto aos ônus sucumbenciais, condenou a requerida nas custas processuais, honorários dos peritos e honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação em favor do procurador do autor; e a denunciada nas custas processuais da denunciação, arbitrando os honorários advocatícios em 20% sobre sua condenação em favor do procurador da denunciante. Isentou o autor do pagamento das custas e honorários, por ser mínima a sucumbência.

Irresignados, apelam denunciante e denunciada.

Companhia de Seguros Gralha Azul, além de reprisar as demais teses, afirma ter a perícia demonstrado que a incapacidade física do autor é parcial e temporária, motivo pelo qual o valor da pensão deve ser reduzido, e o seu período limitado aos 65 anos de idade, não podendo ser revertida em favor da esposa do autor, no caso de sua morte. Postulou o desconto do va-

lor pago a título de seguro obrigatório do total da condenação. Requereu a redução da verba honorária em que foi condenado na lide principal e a limitação de sua incidência, conforme pacífico entendimento jurisprudencial, bem como a exclusão dos honorários em favor do patrono da denunciante, por ter concordado expressamente com o pedido de denunciação.

Transportes Rodozani Ltda. argüiu as preliminares de: conexão do feito com ação movida por outra vítima, em virtude do mesmo acidente; e nulidade da sentença por ter sido proferida extra petita, no concernente à determinação de reversão da pensão em favor da viúva, caso o autor faleça antes de setenta anos. No mérito, além das matérias já aventadas pela seguradora, insurge-se quanto ao valor estipulado para a pensão mensal, requerendo sua redução para a quantia de R$ 436,00. Por fim, postula a aplicação do art. 21 do CPC por entender caracterizada a sucumbência parcial do autor.

Contra-arrazoados os recursos, os autos alçaram ao egrégio Tribunal de Justiça, sendo direcionados a este gabinete em virtude da vinculação com os autos n. 2000.021234-2.

II — Voto

Versam os autos sobre ação de reparação de danos oriundos de acidente de trânsito, em que objetiva o autor apelado Valdemir Coan a indenização pelos prejuízos, de ordem moral e material, em razão dele sofridos. No transcorrer do processo houve o deferimento do pedido de denunciação, passando a integrar a lide a Companhia de Seguros Gralha Azul.

Não há qualquer dúvida quanto à responsabilidade da ré apelante Transportes Rodozani Ltda. pelo acidente causado, em virtude da manobra irregular efetuada por seu preposto na condução do veículo. Tanto a denunciante quanto a denunciada terminaram por reconhecer esse fato, não havendo sequer irresignação acerca do tema nos apelos interpostos.

1 — Recurso da ré apelante Transportes Rodozani Ltda.

Mister se faz, inicialmente, a análise das preliminares aventadas:

a) Preliminar de conexão:

A ré apelante Transportes Rodozani Ltda. requer, "para que não haja julgamento diverso em ambas as ações" (fl. 311), a decretação da conexão do presente feito com a ação movida por Mauri Antônio Nicola, cujo objeto é a indenização pelos danos causados no mesmo acidente ensejador da pretensão exordial.

Apesar de não declarada a conexão das demandas no primeiro grau, verifica-se que ambas foram interpostas na Vara Única da Comarca, sendo julgadas simultaneamente pelo mesmo Magistrado, que tomou todas as precauções para evitar colidência das decisões, fazendo as necessárias ressalvas, principalmente quanto à responsabilidade contratual da Seguradora apelante, limitada ao valor da apólice, considerando-se ambos os ilícitos.

Para que não haja qualquer prejuízo também nesta instância, o julgamento das apelações (ns. 2000.021243-1 e 2000.021234-2) será efetuado na mesma sessão, nos exatos termos do entendimento já

adotado por esta colenda Primeira Câmara Civil:

"Resultando de acidente de trânsito diversas vítimas e processos distintos, para evitar o risco de serem prolatadas decisões conflitantes, deve o juiz reuni-los. É preciso atentar que 'a conexão tem razões de ordem pública, vez que decisões contraditórias criam a insegurança jurídica, com reflexos no prestígio do próprio Judiciário' (RJTJRGS 127/407).

"A reunião dos processos na instância recursal, para julgamento das apelações na mesma sessão, atinge a finalidade da conexão, que é evitar decisões contraditórias" (Apelação Cível n. 97.003803-8, de São João Batista, rel. Des. Newton Trisotto, publicada no DJE de 1º/9/98).

b) Preliminar de nulidade da sentença:

A denunciante insurge-se quanto ao comando sentencial que determinou a reversão do pagamento da pensão em favor da esposa do autor apelado Valdemiro Coan, caso este faleça antes de seu termo final (setenta anos de idade), mesmo sem requerimento expresso do demandante.

Em virtude da natureza e finalidade alimentar da pensão estipulada, implica esta em direito de reversão à dependente economicamente dos seus rendimentos, enquanto não atingido o prazo de duração estipulado.

A questão, aliás, não comporta debates posto que objeto de súmula editada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos:

"Súmula 57: é cabível a reversão da pensão previdenciária e daquela decorrente de ato ilícito aos demais beneficiários, em caso de morte do respectivo titular ou a sua perda por força de impedimento legal".

Não há, assim, qualquer ilegalidade nesta determinação.

Ressalva deve ser feita, todavia, quanto ao percentual da pensão a ser revertida para a esposa do recorrido, caso ocorra o evento morte, pois, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal: "Do cálculo da pensão deve ser deduzido 1/3, que representa as presumíveis despesas pessoais da vítima" (RE n. 85.417, rel. Min. Cunha Peixoto, in RTJ 84/250).

c) Mérito:

Sucumbência recíproca:

Na rubrica em destaque, sustenta a empresa apelante Transportes Rodozani Ltda. que o autor apelado Valdemir Coan decaiu de grande parte do pedido deduzido, não sendo mínima a sucumbência, conforme afirmado pelo Sentenciante, pelo que os respectivos ônus devem ser fixados proporcionalmente.

Sem razão a recorrente.

Com efeito, no caso vertente, o recorrido pleiteou a fixação de pensão mensal por incapacidade laborativa em R$ 2.000,00 mensais, com a sentença espancada deferindo-a na quantia de R$ 872,00.

Não há que se considerar aqui, no entanto, o valor inicialmente postulado posto que meramente sugestivo, motivo por que a diminuição dos respectivos valores não incorre em decaimento do pedido, havendo equívoco até mesmo por parte do douto Sentenciante, por ter considerado "mínima" a sucumbência.

Aplicável, ao caso, entendimento esposado por esta colenda Primeira Câmara Civil:

"Acolhida a pretensão posta em Juízo pela parte autora, com a entrega da prestação jurisdicional objetivada, conquanto os valores deferidos não correspondam exatamente àqueles pleiteados, não há que se cogitar de sucumbência parcial capaz de autorizar a condenação recíproca e proporcional das custas e honorários; ainda mais quando se tem que, em se tratando de indenização por danos morais e por outros danos de caráter aleatório, o valor expresso na peça preludial assume a condição de meramente estimativo" (Apelação Cível n. 98.012584-7, de São José, rel. Des. Trindade dos Santos)

2 — Recurso da ré apelante Companhia de Seguros Gralha Azul

a) Dedução do seguro obrigatório:

Não havendo prova nos autos de ter o recorrido recebido o valor atinente ao seguro obrigatório, aplica-se ao caso precedente de minha lavra:

"Inobstante a corrente majoritária da jurisprudência opine pelo desconto do valor do seguro obrigatório pago do montante da indenização, deve este ser cabalmente comprovado. Não feita a devida prova do ressarcimento das quantias à viúva e três filhos, não há o que se abater da indenização devida pela parte culpada pelos danos materiais causados" (Apelação Cível n. 99.016816-6, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Carlos Prudêncio, julgada em 13/3/2001).

b) Encargos sucumbenciais:

No tocante aos encargos sucumbenciais, assiste razão parcial à Companhia de Seguros Gralha Azul.

A recorrente afirma que, tendo aceito a denunciação que lhe foi imposta, "não deveria ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono do denunciante" (fl. 302).

Todavia, apesar de não se opor ao pedido de denunciação em si, a Seguradora apelante sustentou, dentre outras teses, a impossibilidade de cumulação dos danos estéticos e morais, a limitação da cobertura da apólice ao valor e aos sinistros nela expressamente estipulados, e esta última hipótese, caso acolhida, redundaria em acréscimo da condenação da denunciante, motivo pelo qual não pode ser deferido o pedido de isenção, tampouco o de redução, posto que verba inferior não remuneraria condignamente o trabalho realizado pelo nobre causídico da parte adversa.

Quanto aos honorários advocatícios da lide principal, saliente-se, inicialmente, o interesse recursal da Seguradora, posto que a responsabilidade contratual vigente com a segurada abrange o pagamento da referida condenação.

Verifica-se do decisum, que estes restaram arbitrados em "20% sobre o valor da condenação" (fl. 271). Todavia, tratando-se de responsabilidade objetiva da empresa, por ato ilícito praticado por seu preposto, os honorários, quanto ao pensionamento por incapacidade laborativa, devem ser fixados em percentual sobre o resultado do somatório do valor das presta-

ções vencidas, mais um ano das vincendas.

Nesse sentido, já tive a oportunidade de decidir:

"Na ação de indenização por ato ilícito relativo, ou seja, decorrente de uma relação contratual, persiste a jurisprudência do STJ no sentido de que a base de cálculo sobre a qual incidem os honorários de advogado é o resultado da soma do valor da prestações vencidas e 12 (doze) das vincendas" (Apelação Cível n. 98.006798-7, de Urussanga, rel. Des. Carlos Prudêncio, publicada no DJE de 23/11/98).

Destarte, no tocante ao pensionamento devido ao autor apelado Valdemir Coan, os honorários advocatícios em favor de seu procurador devem ser calculados na forma do entendimento supracitado, acrescido das demais condenações, estendendo-se tal forma de cálculo para os honorários advocatícios da lide secundária, mantendo-se, contudo, os percentuais arbitrados na sentença a quo.

Todas as demais teses repisadas em grau de apelo, por ambos recorrentes, foram analisadas de modo exauriente na judiciosa sentença de fls. 246/271, inclusive no tocante à definitividade da incapacitação do autor apelado Valdemir Coan e das circunstâncias do caso concreto que justificaram o valor atribuído à pensão mensal e aos danos morais devidos. Por esse motivo e, em homenagem ao seu prolator, MM. Juiz de Direito Dr. Antônio Carlos Junckes dos Santos, adotam-se os seus fundamentos como razão de decidir:

"1 — Da invalidez

"O autor afirma que em face dos ferimentos, mormente porque foi atingido seu cérebro, não consegue mais realizar as atividades que antes desenvolvia, estando, em razão disso, inválido para o trabalho e pretende, então, indenização correspondente ao lucro líquido que obtinha com a exploração do caminhão até atingir a idade de 70 anos.

"A requerida e a seguradora contestam a invalidez, dizendo estar ele apto a realizar outras atividades, conforme apontou o laudo pericial, sendo excessivo o valor da pensão requerida.

"Pois bem. As conclusões do laudo devem ser interpretadas não só segundo a capacidade física do autor. É óbvio que qualquer pessoa que tem preservadas os sentidos da visão, audição e tato e íntegros todos os membros e funções do corpo terá condições físicas de se exercitar e, portanto, trabalhar.

"Entretanto, a capacidade física por si só não basta. O trabalhador, por mais singela que seja a sua atividade, necessita da cognição, porque a inteligência é que determina a correta realização de qualquer tarefa. Não basta, pois, ter força suficiente para fazer é necessário saber ou poder aprender a fazer.

"Dito isso, constata-se estar inválido o autor.

"A sua capacidade física está preservada. Porém, a sua capacidade intelectual/cognitiva, em razão de ter perdido parte do cérebro, não.

"Nem o perito nem o assistente técnico foram categóricos em afirmar a incapacidade do autor. Utilizam as expressões 'no momento, indetermi-

nado, provavelmente em definitivo' e assim o fazem justamente por que a ciência médica ainda não compreendeu completamente a capacidade regenerativa do cérebro. Por isso, dependendo da recuperação do cérebro (que poderá ocorrer ou não, bem como da própria escala de recuperação) o autor poderá voltar a exercer a profissão de motorista. Por isso é que os médicos não foram categóricos (existe possibilidade de isso vir a ocorrer).

"Todavia, sendo incerto o futuro, porque incerta é a capacidade de regeneração do cérebro, mais razoável e satisfatório considerar que a invalidez se apresenta porque assim acontece nesta data.

"Acredito, não se pode comparar a capacidade de regeneração do cérebro com a de outros órgãos ou membros a ponto de afirmar se haverá ou não melhora. Tivesse a grave lesão ocorrido na coluna vertebral ou ocorrido a amputação parcial ou integral de algum membro a resposta seria inquestionável. Daí está que, diversamente das conclusões de outras situações, nesta a resposta dos peritos será sempre incerta e isso, obviamente, não decorre tão só da capacidade do autor mas também do alcance da ciência médica.

"Da análise do laudo pericial, constata-se que o autor, apesar de não apresentar redução na capacidade física e de locomoção, tem déficit na capacidade de cognição e raciocínio, tendo havido comprometimento de suas capacidades mentais/cognição/abstração e raciocínio lógico e temporal, motivo pelo qual não está em condições de exercer a profissão de motorista, em razão da seqüela no sistema nervoso central (respostas — itens 6,12 e 4, de fls. 202 e 203, respectivamente).

"Sobre a permanência dessa situação trata a resposta ao quesito 2 da requerida, de fl. 202.

"Percebe-se, então, que o perito apesar de considerar o autor incapaz de exercer a atividade de motorista não afirmou que isso permanecerá em face da indefinição da regeneração do cérebro.

"Já o assistente do autor foi mais enfático, mais claro, sem se afastar da linha preconizada pelo perito. Do teor do parecer de fl. 209 se pode concluir estar o autor incapacitado para o exercício da profissão de motorista.

"Outra conclusão não seria lógica, em face da incerteza da regeneração do cérebro do autor a ponto de devolver-lhe a capacidade de cognição suficiente para retornar à profissão de motorista de caminhão, que apesar de não exigir estudo, exige raciocínio rápido e muita orientação temporal e de espaço.

"Portanto, concluiu-se inválido o autor para exercer a profissão de motorista.

"No que se refere a outras profissões essa conclusão permanece, mas em função de outros fatores.

"O autor manteve sua capacidade física, sendo isso indiscutível. Porém, é um homem rude, de pouco estudo, e com a capacidade cognitiva profundamente abalada (inclusive foi assinalado pelos peritos que ele já encontra dificuldades de relacionamento familiar).

"Da análise do laudo pericial e parecer do assistente técnico constata-se que os experts ao afirmarem a capacidade laborativa para outras atividades consideraram tão-somente o quesito físico. Porém, conforme consignei antes, não basta ter condições físicas para fazer algo. É necessário, além disso, ter condições mentais para saber fazer ou aprender. O mercado de trabalho, todos sabemos, é seletivo e confere oportunidade aos obreiros com experiência ou especializados.

"Qual a experiência do autor?

"Nenhuma. Antes de ser caminhoneiro era agricultor!

"Se já era ignorante antes do acidente, depois ficou meio 'bobo', conforme constatou este Julgador ao colher o depoimento pessoal. Em sendo assim, é óbvio que o acionante não conseguirá nenhum trabalho que lhe permita alcançar a mesma remuneração de antes. Aliás, se conseguir trabalho será daqueles bem singelos e a remuneração nesses casos, quando muito (conforme costuma acontecer nesta Cidade) será o salário mínimo.

"Não pode exigir, o causador do dano, que dele retirou a possibilidade de exercer a mesma atividade que fazia e a única que sabia, que aprenda ele outra profissão, sob pena de perecer e ver perecer seus familiares.

"Não se quer, evidentemente, estimular a ociosidade. Entretanto, é uma questão de justiça que se o causador do dano, em razão de sua conduta, não permitiu mais ao ofendido a realização do único trabalho que este sabia, que se garanta a mesma remuneração advinda daquele trabalho.

"Portanto, não se pode exigir do autor o exercício de outra profissão, até porque se apresenta difícil ele se empregar novamente, nem condená-lo ao emprego informal ou viver de bicos.

"Considero, então, o autor inválido para exercer qualquer atividade laboral

"1.1 — Da Pensão

"Estando o autor inválido, por culpa do preposto da ré, esta deverá lhe pagar alimentos em face da responsabilidade civil.

"O autor não comprovou o lucro líquido afirmado, mas nem por isso deve ficar sem qualquer retribuição.

"A tese da seguradora, em princípio, não mereceria agasalho, mormente porque independente de o caminhão ter sido indenizado era um patrimônio da vítima, e a reparação nada tem com a exploração da atividade de transporte. Poderia a vítima, simplesmente, a partir de então, deixar o veículo parado ou vendê-lo, como fez. É de se observar, ainda que se o autor auferisse a renda de R$ 2.000,00 mensais não estaria ele obrigado a aceitar a imposição da contratação de um estranho/empregado para realizar a tarefa que ele fazia pessoalmente. Não seria correto fazer com que ele contratasse alguém para tentar alcançar o lucro de R$ 2.000,00 por mês. Trata-se, pois, de um trabalho personalíssimo e o lucro, obviamente, corresponde à conjunção de vários fatores como forma de conduzir o caminhão, o cuidado do motorista, aos contatos e a forma de contratar os fretes.

"Também, mais um forte argumento para a não contratação de um motorista reside na questão da responsabilidade civil. Ele não tem, evidentemente, a obrigação de aceitar uma atividade de risco, e a contratação de seguro, como se vê, não representa a garantia ou segurança de indenização caso o sinistro ocorra.

"Porém, o autor não comprovou a renda alegada e a pretensão de R$ 2.000,00 se apresenta demasiada, mormente porque os fretes não eram fixos (não havia vinculação com nenhuma empresa), eram para cidades próximas, ocorrendo no máximo duas vezes por semana.

"O salário de um motorista de caminhão com as mesmas características também não se mostra satisfatório até porque o autor não era empregado, mas sim dono do caminhão e como tal embora tivesse mais gastos, inquestionavelmente tinha lucro/remuneração superior a de um empregado.

"Então, em face da ausência de provas a solução que se reputa mais adequada é a fixação do valor da pensão no dobro do valor correspondente ao salário normativo de um motorista de caminhão truck da região de Pato Branco/PR, cidade essa bem próxima e muito mais desenvolvida que São Lourenço do Oeste, estabelecida em R$ 436,00, conforme convenção coletiva de trabalho de fl. 116.

"Estabelecido esse valor (2 X R$ 436,00) entendo, preservado estará de um lado a manutenção da família do autor e de outro o direito da requerida em não ser condenada numa quantia desproporcional, pelo menos em relação à prova dos autos.

"A variação do salário normativo, para maior, acarretará aumento de pensão.

"Assim, o valor da pensão será de R$ 872,00 (oitocentos e setenta e dois reais).

1.2. Tempo de duração da pensão

"O autor pediu fosse fixado até os 70 anos. A jurisprudência em casos tais tem estabelecido que essa pensão é vitalícia, podendo, em razão disso, superar essa faixa etária.

"Os demandados pretendem seja fixada até os 65 anos, justificando ser essa a idade provável do autor.

"Em que pese ainda existir entendimentos fixando a faixa etária do brasileiro em 65 anos, filio-me à corrente daqueles que entendem deva a pensão em casos tais ser vitalícia e, neste caso, limitada aos 70 anos porque assim foi o pedido.

"Não se pode considerar, acredito, que o homem vai morrer aos 65 anos. E se isso não ocorrer, condenar-se-á o vivente a ter uma vida de cão, sem qualquer sustento, inválido que está ao trabalho? Essa corrente que fixou a idade provável da vítima aos 65 anos e em tanto limitava a indenização, efetivamente, teve seus méritos numa fase determinada, quando 65 anos já representava uma idade considerável. Hoje é notório o aumento da expectativa de vida, e a jurisprudência moderna a isso já se está amoldando.

"Estabeleço, então, que a pensão perdurará até completar o autor 70 anos de idade. Morrendo ele antes, o valor reverterá em favor da viúva.

"Aplicação do artigo 1.539 do Código Civil.

"2 — Despesas com medicamentos, exames e consultas, já efetivas e a efetivar e depósito inicial para internação

"2.1. Despesas até a propositura da ação

"Desde a alta hospitalar até a propositura da ação o autor pleiteia o valor de R$ 1.197,70.

"A seguradora contesta a pretensão quanto aos R$ 1.197,70, afirmando que pagou tal quantia mediante depósito de R$ 3.370,00 na conta do autor, juntado o recibo correspondente.

"Na réplica à contestação da seguradora o acionante limitou-se a afirmar que os gastos pretendidos não têm correspondência com aqueles pagos pela denunciada, devendo por isso ser ressarcidos.

"Ora, a seguradora comprovou o depósito, na conta do autor, do valor de R$ 3.370,00 em 8/4/1999 (fl. 143). O demandante não contestou esse depósito nem a finalidade dele. Presume-se, então, que o referido compreendia as despesas médicas, já que superior. Vale frisar, de outra forma não se pode considerar, posto ter o depósito, necessariamente, alguma causa. A afirmação da seguradora, senão comprovada de forma inquestionável (em face da ausência de descrição no recibo), pelo menos reveste-se de veemente indício, não sendo infirmada, ademais, por qualquer ponderação plausível.

"Portanto, considera-se efetivado o pagamento de todas as despesas médicas e de medicamentos ocorridas entre a alta médica e a propositura da ação (porque essa era a pretensão e isso foi afirmado na defesa da seguradora).

"2.2 — Despesas comprovadas no curso do processo

"Durante a tramitação do processo, em várias oportunidades, compareceu o autor juntando notas fiscais da aquisição de medicamentos. As impugnações procedidas pela requerida são de que todas as provas documentais deveriam ser produzidas com a inicial, sugerindo a ocorrência da preclusão.

"Não tem razão a ré. O autor foi vítima de acidente gravíssimo, e a convalescência será longa e dependente de tratamento com vários medicamentos. Não seria possível comprovar já na propositura a aquisição de medicamentos cuja necessidade se manifestou posteriormente. A prova do direito, no caso, vai se produzindo em cada momento, dependendo do implemento.

"A comprovação dos gastos com os medicamentos/tratamentos adquiridos/efetivados no curso do processo não segue a regra do artigo 296 do CPC, que se aplica aos fatos anteriores à propositura. Tratando de prova de fatos posteriores aos articulados, é lícita a juntada de documentos comprobatórios (art. 397).

"Aplicação do artigo 462 do CPC.

"Observando nas vários notas fiscais, constata-se a regularidade no gasto e nos medicamentos o que indica serem eles necessários à saúde da vítima.

"Os comprovantes estão às fls. 73/79; 173/176; 205/207 e 224 e alcançam a quantia de R$ 3.921,14, os quais deverão ser indenizados pela ré.

"Cumpre registrar, quanto a esses gastos, não houve impugnação quanto aos medicamentos adquiridos.

"2.3 — Despesas futuras

"Articula o demandante, que em razão das lesões terá despesa mensal de R$ 217,00 e que tal valor deverá ser ressarcido pela demandada. A denunciada argumenta sobre a realização da prova correspondente ao desembolso e nexo causal. A requerida diz que não se pode deferir direito futuro, havendo nesse instante mera expectativa.

"Evidentemente não é assim. Desde que se destinarem ao tratamento das lesões decorrentes do acidente, tem a ré a obrigação de custear integralmente todo o tratamento (remédio/consultas) da vítima até a completa recuperação. Esse direito é inquestionável. Não se trata, efetivamente, de expectativa porque já se verificou que a gravidade das lesões importará num tratamento longo e dispendioso. Obviamente, os gastos futuros deverão ser comprovados por intermédio de notas fiscais, e os medicamentos que não forem de uso repetido ou constante deverão ter a compra motivada em receituário médico (nexo causal).

"A responsabilidade da requerida em relação às despesas futuras ficará limitada a R$ 217,00 porque assim é o pedido.

"Aplicação do artigo 1.539 do Código Civil.

"2.4 — Depósito de R$ 3.000,00 no Hospital quando da internação

"É pretensão do autor ver a demandada obrigada ao ressarcimento do depósito inicial que fez no Hospital Regional de União da Vitória.

"A requerida contesta esse pleito, afirmando não ser o recibo de fl. 35 um documento idôneo porque nele não contém qualquer carimbo ou autenticação. No mais, que a seguradora efetuou o pagamento de todas as despesas hospitalares.

"Na réplica, o autor diz não estar cobrando as despesas hospitalares, mas sim o valor depositado por seu irmão por imposição da direção do hospital, e que o recibo foi emitido por pessoa da direção do Hospital de Caridade Nossa Senhora da Aparecida de União da Vitória.

"A seguradora/denunciada impugnou o recibo sob o fundamento de nele não estar especificado que o valor era para pagamento inicial do internamento. Também, que o recibo não identifica o nome da empresa que o teria passado. Afirma que todas as despesas foram saldadas, e caso o hospital tenha realmente ficado com a quantia antes indicada deverá ressarcir o autor.

"Razão não assiste às contestantes.

"É sabido, a internação de qualquer pessoa fora do sistema único de saúde (SUS) somente é procedida ou mantida mediante um depósito inicial. Sem esse depósito os hospitais simplesmente recusam a internação ou manutenção do paciente. Essa prática, de tão comum, é incontroversa.

"Se é assim, não se pode pensar ter sido o autor internado sem o depósito inicial. O recibo de fl. 35 não se apresenta como documento inidôneo só porque não contém o timbre do Hospital ou porque a assinatura nele aposta não está perfeitamente identificada. Também não está descrito que se destina ao pagamento inicial do internamento. Porém, presume-se ser essa a destinação já que nele foi consignado referente adiantamento médico-hospitalar ref. Paciente Valdemir Coan.

"Ora, não se pode crer ter o autor forjado esse recibo, mormente porque existe forte presunção de ter sido dele ou de parentes exigido o depósito inicial.

"Também não se pode pensar que o fato de a seguradora ter efetuado o pagamento das despesas hospitalares quitou integralmente a dívida da vítima com o nosocômio. Essa, aliás, poderia ser até a intenção da seguradora. Porém, foi pago o saldo, aquilo que estava pendente.

"A seguradora comprovou o pagamento do hospital. Entretanto, em nenhum dos documentos por ela juntados consta ou está feito pelo autor ou familiares dele. Nem por isso os documentos da seguradora deixam de ser idôneos, no entanto não comprovam o pagamento desse depósito inicial.

"Vale ainda o registro de que esses depósitos não são do título (cheque/nota promissória), mas sim do dinheiro, em espécie. Efetuado o depósito em cheque, imediatamente é apresentado ao sacado. O dinheiro é que fica em poder da instituição como garantia.

"Ora, se o autor apresenta recibo de depósito da quantia de R$ 3.000,00, como adiantamento do tratamento médico-hospitalar, é porque, efetivamente, realizou tal despesa, e, se a seguradora, não obstante comprovar o pagamento das despesas remanescentes não comprovou que elas incluíam o valor de depósito inicial é porque essa parcela (depósito inicial) não pagou.

Portanto, compete à requerida o pagamento dessa quantia uma vez que inerente ao tratamento. O autor nada tem a reclamar contra o Hospital, mas sim ao causador dos danos.

"Defere-se, pois, esse pleito.

"3. Dano moral e dano estético — cumulação

"O dano estético é considerado dano material e portanto cumulável com o dano moral. Não obstante ter origem no mesmo fato, a reparação por dano moral e estético tem objetivos distintos.

"(...)

"3.1 — Dano estético

"No meu entender, o dano estético insere-se no conceito de dano material. Decorre, pois, de dano carreado à estética da pessoa, tornando-a mais feia.

"Conforme se observa das fotografias juntadas aos autos, as lesões provocaram na face do autor cicatrizes de grande extensão, também decorrentes do afundamento do crânio.

"Segundo assinalou o perito (laudo de fls. 196/201), as cicatrizes são decorrentes do acidente de trânsito, fato aliás, incontroverso, sendo necessárias duas cirurgias: a) de correção cirúrgica de cicatrizes facial = 2

tempos, e, b) correção cirúrgica de afundamento ósseo, cuja avaliação depende ainda do parecer de outro médico (Dr. Bernardo do Patrocínio).

"Considerou o perito, ainda, ao responder o quesito 2 de fl. 201, que as cicatrizes na face já interferem nas relações sociais do autor.

"(...)

"Com efeito, o custo da cirurgia plástica de correção das cicatrizes faciais foi estimado, exclusivamente aos honorários médicos, em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), fl. 197.

"Porém, a correção cirúrgica propiciará apenas uma melhora parcial na estética do autor conforme assinalado à fl. 199, quesito 3.

"Portanto, a condenação em danos estéticos abrange, além dos honorários médicos (R$ 2.500,00), todas as despesas hospitalares a realizar, mais os custos relativos aos honorários médicos da cirurgia de correção de reparação do afundamento de crânio, e despesas hospitalares caso não se processem ambas na mesma oportunidade. Integrará a reparação em destaque todos os custos com medicamentos e consultas médicas a ela relacionados.

"3.2 — Dano moral

"Independente da condenação pelo dano estético, a qual se destina exclusivamente em possibilitar ao autor o retorno da situação anterior, sofreu e ainda sofre ele, evidentemente, grave abalo moral.

"Esse abalo, certamente, decorre não só das lesões na face decorrentes do acidente, as quais frustraram sua vaidade, tornando-o inseguro, com profundas repercussões no seu psiquismo, gerando inclusive problemas de relacionamento familiar.

"O abalo moral decorre também da dor experimentada durante a internação, nas cirurgias, no afastamento da família, na perda da identidade, já que é incontroverso nos autos que o demandante perdeu noções de tempo, espaço, de não poder mais realizar as atividades que bem dominava.

"Além disso, a invalidez por si só já causa trauma emocional de grandes proporções, atingindo o sujeito de forma incontestável. Não podendo trabalhar, assiste a crescente necessidade da família. A união começa a se desestabilizar. Sem dinheiro, vende os bens para sobreviver e tem que pedir o apoio de parentes para continuar. Se não passa por humilhações, o homem numa situação assim fica, pelo menos, extremamente constrangido e não faltarão aqueles, certamente por ignorância, que o chamarão de malandro.

"Não bastasse, conforme apontou o perito, as cirurgias plásticas não devolverão a estética anterior, mais se constituindo num paliativo, 'melhorando' a imagem. A correção será apenas parcial e disso se pode esperar, sem dúvidas, que cicatrizes ainda permanecerão.

"A fixação da indenização deve corresponder à satisfação exclusivamente relativa ao abalo (não tem como pretensões questões de ordem material) e servir como penalização ao causador do dano, causando impacto suficiente para que ele não torne a repetir o ato. Trata-se, pois, de uma compensação de caráter duplo (compensatório e punitivo). Tem a finalidade de satisfazer a dor sofrida ou o ve-

xame decorrente de determinada situação. Não se destina a enriquecer uma parte em detrimento de outra, e não tem como ponto fundamental o poderio econômico do agente causador. Consoante norteia a boa doutrina, devem ser consideradas as questões sociais das partes, a intensidade da culpa, a maior ou menor repercussão da vida do lesado, a possibilidade de reverter a situação geradora do mal, e a extensão do fato nas relações econômicas da pessoa.

"Por ser assim, considerando os pressupostos que devem nortear a fixação do valor da reparação, porque do acidente resultaram graves seqüelas, sendo o autor pessoa de vida modesta, e considerando a culpa da empresa, pelo ato de seu empregado, estabeleço a indenização em 150 (cento e cinqüenta) salários mínimos, valor esse que acredito razoável a título de compensação.

"O valor do salário mínimo não é o da data do fato, mas sim aquele correspondente ao dia da liquidação. Essa reparação tem características próprias. Destina-se ao passado e ao futuro. Considerando que tende a diminuir a dor que o lesado sente e que por algum tempo ainda sentirá, não faz sentido, penso, fixar segundo o salário mínimo vigente da data do fato.

"4. Denunciação da lide

"Admite, a seguradora, a lide secundária. Porém, contesta a sua obrigação de indenizar à requerida eventual condenação desta em danos estéticos e morais, sob o fundamento de ter excluído essa responsabilidade.

"A ré, por sua vez, afirma que a rubrica danos pessoais engloba todos os danos causados a terceiros e, por isso, não há que se falar em exclusão de responsabilidade.

"Destaco, em primeiro lugar, não ter a apólice excluído a indenização por danos estéticos ou morais. Tal isenção consta nas condições gerais, hipótese essa diversa, especialmente porque as condições gerais são entregues ao segurado geralmente após a contratação.

"De qualquer modo, a moderna jurisprudência já não mais agasalha a tese defendida pela seguradora, mormente porque vem considerando os danos estéticos e o moral decorrente do acidente como danos patrimoniais, e, assim, incluídos no risco assumido pelas seguradoras.

"Além disso, a cobertura dos danos pessoais de terceiros deve, necessariamente, abranger os danos estético e moral porquanto ambos são pessoais.

"Não há que se discutir, portanto, em exclusão de responsabilidade ou de riscos.

"(...)

"Portanto, a denunciação da lide também merece integral procedência.

"Contudo, cumpre registrar que a responsabilidade da seguradora/denunciada encontra limites na apólice (R$ 400.000,00) para danos materiais e R$ 700.000,00 para danos pessoais, e valem tanto para este como para o processo n. 066.99.000586-6, movido por Mauri Antonio Nicola, ficando desde logo a denunciada autorizada a

considerar todos os gastos efetuados extrajudicialmente".

3 — Litigância de má-fé:

Verifica-se do apelo que a ré apelante Companhia de Seguros Gralha Azul insiste nas teses já correta e fundamentadamente afastadas pelo Togado a quo, a exemplo da impossibilidade de cumulação do dano moral e estético, bem como exclusão do dever de indenizar estes danos (fls. 289/291). Tais matérias, aliás, encontram óbice na jurisprudência majoritária e, no último caso, na própria apólice firmada, porquanto esta prevê categoricamente a cobertura de danos pessoais (fl. 64).

Além disso, apesar de admitir expressamente a culpa do segurado pelo acidente ocorrido (fl. 288), sequer providenciou o pagamento das despesas que o lesado foi obrigado a efetuar com medicamentos e consultas no transcorrer do processo.

Aplicável ao caso, mutatis mutandis, julgado de minha relatoria:

"Negar o cumprimento de obrigação securitária pactuada sem qualquer indício de prova de má-fé do segurado ou outra alegação relevante, não se coaduna com os princípios que regem as relações jurídicas, impondo, de ofício, aplicação da pena de litigância de má-fé" (Apelação Cível n. 98.008604-3, de Seara, rel. Des. Carlos Prudêncio, publicada no DJE de 28/9/98).

Da mesma forma procedeu a ré apelante Transportes Rodozani Ltda., ou seja, em que pese não negar a responsabilidade pelo ilícito, insiste em reprisar teses manifestamente infundadas. Some-se a isso o fato de que, apesar de reconhecer a procedência da lide no concernente à pensão mensal, postulando, contudo, a sua redução para a quantia de R$ 436,00, sequer providenciou o pagamento de qualquer verba no curso do processo, salientando-se o seu caráter alimentar.

Nesses termos, por terem os recorrentes deduzido defesa contra fato incontroverso, bem como interposto recurso manifestamente protelatório, incidindo no art. 17, incisos I e VII, há que se condená-los, de ofício, na pena de multa correspondente a 1% sobre o valor da causa, prevista no caput do art. 18, ambos do CPC, de acordo com a nova redação que lhe deu a Lei n. 9.668/98. No tocante ao valor da indenização, fixa-se em 20% sobre o valor da causa, a teor do que faculta o § 2º do mesmo dispositivo, com suporte nos motivos acima delineados.

Os recorrentes responderão proporcionalmente (50% cada) por esta verba, que reverterá integralmente em favor do autor apelado Valdemir Coan.

Por fim, não há como acolher o pedido de elevação do valor da condenação em danos morais formulado pelo autor apelado Valdemir Coan em sede de contra-razões, posto não utilizado o recurso processual adequado para tal desiderato.

III — Decisão

Por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso de apelação da Companhia de Seguros Gralha Azul e Transportes Rodozani Ltda. tão-somente para determinar que a verba honorária de 20% (vinte por cento) incida sobre o resultado dos valores e prestações vencidas e 12 (do-

ze) das vincendas. E, de ofício, com base no art. 602 do CPC, determinar a constituição de capital para garantir o pagamento integral da indenização, e aplicar à ré e denunciada a pena de litigância de má-fé no valor de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

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

Florianópolis, 3 de maio de 2001.

Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 01.000749-0, DE LAGES

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Ação de retificação de registro civil. Varão que casa e registra filho da esposa como sendo seu. Separação judicial. DNA negativo. Convergência das partes quanto ao fato de não ser o pai do menor. Representante ministerial que acompanha o feito e concorda com a realização da perícia. Apelo interposto pelo Parquet *sob o argumento de ofensa à Lei de Registros Públicos e ao contraditório. Aplicação do brocardo da* mihi factum dabo tibi jus. *Propositura desnecessária de ação de anulação de registro civil. Contraditório atendido. Recurso desprovido.*

Não é necessário o ajuizamento de ação anulatória de registro civil para retificar-se o nome de família de criança registrada por pai que não é o biológico, posto que concordes as partes no tocante à negativa da paternidade, a qual se deu diante do casamento firmado pela mãe da criança com o varão. Diante do resultado negativo do DNA, ouvindo-se o pai registral em todos os atos processuais, aplica-se o brocardo da mihi factum dabo tibi jus. *A ação de retificação de registro civil, em sendo assim procedida, atende ao princípio do contraditório e não ofende nenhum dispositivo da Lei de Registros Públicos, tendo largo alcance nos pretórios.*

Outrossim, é claro que, ao ajuizar-se a presente ação retificatória, pretende o menor a exclusão do nome de família do varão e, de conseguinte, a alteração do Registro Civil, não havendo motivo que imponha ao magistrado a adoção de maiores rigores e formalidades processuais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.000749-0, da comarca de Lages (Vara da Fazenda), em que é apelante o representante do Ministério Público, sendo apelado E. P. R. G., representado por sua mãe A. P. R .:

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

Custas legais.

I — Relatório

E. P. R. G., representado por sua mãe A. P. R., ajuizou ação de retificação de registro visando à remoção de sua certidão de nascimento o nome constante do pretenso pai e avós paternos, visto que estes não correspondem à realidade. Disse que quando de seu nascimento, este teria sido registrado somente em nome de sua mãe, a qual, após contrair matrimônio com o Sr. A. D. G., com o intuito de beneficiar o menor, efetuou seu registro como sendo filho de seu então marido. Salientou que o casamento de sua mãe com o Sr. A. findou-se em 2/2/98, conforme cópia de sentença judicial, motivo pelo qual requereu a exclusão do nome do ex-marido de sua mãe da certidão de nascimento e de seus avós paternos.

Realizada audiência à fl. 14, foi acordada a realização do exame DNA, cujo resultado foi negativo.

Após parecer ministerial, o Meritíssimo Juiz de Direito julgou procedente o pedido nos termos da inicial.

Irresignado, apela o representante ministerial, requerendo a extinção do processo sem julgamento do mérito por impossibilidade jurídica do pedido, ou a anulação da sentença pelo reconhecimento da incompetência absoluta do Juízo.

Contra-arrazoado o recurso, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo provimento do recurso.

II — Voto

O recurso é desprovido.

O douto representante ministerial argumenta, tanto no primeiro grau como ora em grau de recurso, que o Meritíssimo Juiz de Direito não poderia, por simples retificação de registro civil, decretar a anulação do registro relativo à filiação do menor E. P. R. G.

Segundo consta na inicial, a Sra. A. P. R. (mãe do menor E.) casou-se com o Sr. A. D. G. posteriormente ao seu nascimento e decidiram, conjuntamente, para beneficiar a criança, em registrá-lo como filho deste último.

É claro que tal atitude não é acolhida pelo Direito; ao contrário, não traz benesses a qualquer das partes, pois em todos os casos em que finda a sociedade conjugal, tal como no caso presente, posto que as partes se separaram em 2/2/98, pretende-se retirar o nome de família do varão do registro da criança.

Não obstante, também é certo que o Sr. A. G. não é o pai do menor, a tanto que o exame DNA, cujo resultado consta à fl. 26, exclui o varão de ser o progenitor de E. Ressalta-se que a referida perícia foi feita por acordo de

todas as partes, inclusive pelo representante ministerial, consoante se denota do termo de audiência de fl. 13.

A sentença foi proferida em julho de 2000, e o recurso foi recebido, consoante decisório de fl. 58, tão-somente no efeito devolutivo. Isso permitiu a retificação e a supressão do nome G. do registro do menor E., sendo que as contra-razões demonstram, conforme documentos acostados à fl. 61, que nenhum prejuízo houve à criança, mormente pelas provas de colégio constantes à fl. 72, assinadas pelo próprio menor somente como nome de família da mãe — E. P. R.

Não pode prosperar o intento do Ministério Público ao pretender o ajuizamento de ação anulatória de registro civil para a resolução da lide, posto que somente por meio dela se obteria o contraditório necessário à mudança no registro civil. Ora, o procedimento da retificação de registro civil tem largo alcance nos pretórios e, ademais, aplica-se no caso o brocardo da mihi factum dabo tibi jus, sendo que a parte envolvida (o pai registral Sr. A. G.) participou da audiência e demais atos processuais, cumprindo-se e atendendo-se, com isso, o princípio do contraditório e ampla defesa, esta consistente no direito de presença e de ser ouvida pela autoridade competente. Outrossim, é claro que, ao ajuizar-se a presente ação retificatória, pretendia o menor a exclusão do nome G. e, de conseguinte, a alteração do registro civil, não havendo motivo que imponha ao Magistrado a adoção de maiores rigores e formalidades processuais.

Argumentar-se que o menor poderia ter sido adotado pelo varão e, com isso, irrevogável o ato também não procede. O procedimento utilizado pelas partes é corriqueiro no âmbito do Direito de Família, além do que possível adoção estaria mencionada ou verificada pelo Meritíssimo Juiz de Direito.

Dessa forma, diante do exame DNA contido nos autos e da concordância das partes quanto à negativa da paternidade, inegável a mantença da sentença Monocrática.

No que se refere à alegada incompetência absoluta do Juiz de Registros Públicos para o trâmite da ação, posto que seria competência do Juiz da Vara de Família conduzir quaisquer causas relativas ao estado e capacidade das pessoas, o argumento também improspera. É que, embora realmente reconheça a competência da Vara de Família, a ação foi bem conduzida e não houve prejuízo para as partes.

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

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. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 14 de agosto de 2001.

Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 01.010738-4, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Ação de rescisão de contrato de compra e venda de lote c/c reintegração de posse proposta pela vendedora. Revelia do comprador. Sentença procedente no tocante à rescisão da avença e reintegração da área em favor da alienante, mediante determinação de devolução de todas as parcelas pagas. Apelo da vendedora que pretende a retenção das arras, aplicação de multa contratual e perda das prestações. Inviabilidade.

O Código de Defesa do Consumidor dispõe em seu art. 51: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) II — subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código". Destarte, consoante jurisprudência pacífica deste colendo Tribunal, ainda que o comprador seja culpado pela rescisão do negócio, tem o direito à devolução de todas as parcelas pagas, sob pena de enriquecimento sem causa da vendedora.

Previsto no contrato o direito de arrependimento, consoante art. 1.095 do CC, e a fixação, de conseguinte, de arras penitenciais, tem-se que a sua perda em favor da outra parte só se dá nos casos em que há provas do arrependimento de qualquer das partes. Se a sentença, em função da revelia do comprador, julga procedente o pedido de rescisão do contrato em favor da vendedora, isto significa apenas a mora absoluta do adquirente, mas não o seu arrependimento. Ao contrário, o que se verifica é que a própria vendedora se arrependeu, neste caso, diante da propositura da ação de rescisão de contrato. Não se pode supor, por meio da notificação enviada pela vendedora mas não assinada pelo comprador, que este desistiu do negócio, sendo inaplicável a perda das arras em favor da alienante.

Do mesmo modo, não há sentido na aplicação da multa de 20% em decorrência do atraso das prestações em favor da vendedora se a rescisão do contrato se dá em função da mora absoluta. A multa supramencionada se dá no caso de mora relativa, ou seja, simples atraso no pagamento das parcelas.

Pedido de indenização por perdas e danos, em favor da vendedora e em desfavor do comprador, pelo período em que aquela deixou de usufruir o imóvel. Revelia. Ausência de provas. Recurso desprovido.

Improcede pedido de indenização por perdas e danos em favor da vendedora de imóvel que, malgrado tenha a seu favor decretação de rescisão de contrato por culpa do comprador, não faz prova suficiente do dano concreto, mormente se os autos foram julgados à revelia.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.010738-4, da comarca de Itajaí (3ª Vara), em que é apelante Empreendimentos Imobiliários Osvaldo J. Rosa Ltda., sendo apelado Wilmar Garcia:

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

Custas legais.

I — Relatório

Empreendimentos Imobiliários Osvaldo J. Rosa Ltda. ajuizou ação de rescisão de contrato c/c pedido de reintegração de posse e indenização por perdas e danos contra Wilmar Garcia, alegando ser legítima possuidora do Loteamento Residencial Paranaense, localizado em Navegantes, Bairro Machados—SC, e que em 1º/6/97 vendeu ao réu o lote n. 489 pelo valor de R$ 4.560,00 a ser pago mediante uma entrada de R$ 240,00 e o restante em 48 parcelas, sendo que as 24 primeiras no valor de R$ 60,00 e as 24 restantes no valor de R$ 120,00, com vencimento no dia nove de cada mês, iniciando-se em 9/7/97.

Disse que em data de 20/8/99 foi firmado termo aditivo especificando que as parcelas vencidas foram transformadas em 4 parcelas que venceriam no final do contrato, sendo que o réu, notificado sobre o débito, foi constituído em mora.

Citado, o réu deixou fluir in albis o prazo para contestação.

Sentenciando, o Meritíssimo Juiz de Direito julgou parcialmente procedente o pedido para rescindir o contrato e reintegrar a autora na posse do bem. Determinou à autora a restituição ao réu de todos os valores percebidos, devidamente corrigidos, correspondentes às 21 prestações recebidas. Condenou, ao final, ambos os litigantes nas despesas processuais, no percentual de 50% para cada um. Condenou o réu, ainda, ao pagamento de honorários em favor do procurador da autora, fixados em 20% sobre o valor da causa, devidamente corrigido.

Irresignada, apela a autora, dizendo que a cláusula segunda do contrato prevê uma multa de 20% em caso de inadimplência, a qual deveria ter sido aplicada pelo Magistrado. Salienta que não deve devolver todos os valores que lhe foram pagos, porquanto o Magistrado deixou de considerar a

perda do valor pago pelo réu a título de arras. Ao final, sustenta que o Juiz não condenou o réu ao pagamento de perdas e danos e ainda o valor de um aluguel pelo período em que este morou gratuitamente no imóvel.

Sem as contra-razões, os autos ascenderam a esta superior instância.

II — Voto

1 — Multa e retenção de arras

A presente ação de rescisão de contrato foi julgada procedente diante da revelia do réu/comprador Wilmar Garcia ao pagamento de prestações relativas a compromisso de compra e venda de lote urbano perante a autora/apelante Empreendimentos Imobiliários Osvaldo J. Rosa.

Entretanto, na mesma sentença, determinou o Magistrado fossem restituídas as parcelas pagas ao comprador, e julgou improcedente o pedido por perdas e danos, correspondente ao período em que a vendedora deixou de usufruir o imóvel.

A cláusula segunda do contrato, à fl. 23, dispõe: "O valor total do lote é de R$ 4.560,00 (quatro mil, quinhentos e sessenta reais), devendo o pagamento ser efetuado da seguinte forma: 1 entrada no valor de R$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), paga neste ato, a qual é recebida como arras, na forma do disposto no art. 1.095 do Código Civil, do que a Compromitente Vendedora dá plena e rasa quitação; e o saldo dividido em 24 (vinte e quatro) prestações de R$ 60,00 (sessenta reais), mais 24 (vinte e quatro) prestações de R$ 120,00 (cento e vinte reais), reajustadas de conformidade com o reajuste decretado para o salário mínimo, sendo o vencimento da primeira em 9/7/97, e as demais vencíveis mensalmente todo dia 9 do mês subseqüente pela ordem numérica de cada uma, importando em rescisão deste contrato o atraso de mais de duas prestações, cominada a multa de 20% adicionada à correção monetária, mais as despesas judiciais e honorários advocatícios na hipótese de ação de cobrança".

Neste recurso, portanto, a autora apelante Empreendimentos Imobiliários Osvaldo J. Rosa Ltda. sustenta que o Magistrado não aplicou a referida multa de 20% em caso de inadimplência, e que não deve devolver todos os valores que lhe foram pagos sem descontar o valor pago pelo réu Wilmar Garcia a título de arras.

Segundo a autora, as parcelas em atraso seriam as referentes a julho de 1999 e as demais subseqüentes, consoante documento juntado à fl. 35. Porém, não obstante a ausência de contestação, os efeitos da revelia não são absolutos. Se a própria vendedora admite que os atrasos ocorreram após dois anos do início do contrato (já que a primeira seria vencível a partir de julho de 1997), não se pode admitir a perda de todas as prestações pagas.

Sobre o assunto, aplicável o Código de Defesa do Consumidor, que dispõe em seu art. 51: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

"II — subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;

(...)

"IV — estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé".

Nelson Nery Jr., comentando o tal dispositivo do Código de Defesa do Consumidor (in: GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991), preleciona:

"Cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, que, no caso de nossa análise, é o consumidor, aliás, por expressa definição do art. 4º, I, do CDC. A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual, pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verifica nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carreados todos os ônus derivados do contrato".

Relativamente ao reembolso das quantias pagas, ensina o mesmo autor:

"Em vários dispositivos o Código confere ao consumidor o direito de ser reembolsado das quantias pagas, total ou parcialmente, dependendo do caso. As cláusulas contratuais que subtraírem do consumidor esse direito são inválidas, conforme estabelece a norma ora comentada. Quando, exempli gratia, o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto no art. 49, parágrafo único, do CDC, tem o direito de ver-se reembolsado das quantias eventualmente pagas, imediatamente e monetariamente atualizadas, de acordo com os índices oficiais.

"A regra incide quando o direito de reembolso ou devolução das quantias pagas estiver assegurado pelo Código. Veda-se a cláusula, também, por importar disposição de direitos (art. 51, I, CDC)".

Nesse norte a Apelação Cível n. 49.181 (88.083121-1), de Balneário Camboriú, rel. Des. Orli Rodrigues, julgada em 7/10/99:

"Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (art. 53), não mais se permite a perda das parcelas pagas em favor do credor, mesmo que a rescisão do contrato tenha se dado por culpa do devedor".

Dessa forma, ainda que, diante da revelia do promitente comprador Wilmar Garcia, se presuma sua culpa pela rescisão do negócio, não se lhe pode imputar a perda das prestações pagas, posto que se trata de cláusula evidentemente abusiva e declarada nula pelos tribunais. No que toca à retenção das arras por parte da apelante Empreendimentos Imobiliários Osvaldo J. Rosa Ltda., mais especificamente, vê-se que a cláusula nona da avença (fl. 24) prevê a possibilidade de arrependimento e, outrossim, a cláusula segunda supramencionada, ao tratar das arras, refere-se expressamente ao art. 1.095 do CC, que reza, in verbis: "Podem, porém, as partes estipular o direito de se arrepender, não obstante as arras dadas. Em caso tal, se o arrependido for o que as deu, perdê-las-á em proveito do outro; se o que as recebeu, restituí-las-á em dobro".

Entretanto, o reconhecimento da mora do réu/comprador Wilmar Garcia previsto na sentença não implica no seu arrependimento do contrato, posto que a avença não contém cláusula resoluta expressa pelo simples fato do atraso nas prestações. Ao contrário, o que se verifica é que a própria vendedora se arrependeu, neste caso, diante da propositura da ação de rescisão de contrato. Como houve revelia, não se pode supor, pela notificação de fl. 35, que não foi sequer assinada pelo réu e mesmo enviada via extrajudicial/Cartório, que o comprador desistiu do negócio. O que a sentença reconheceu, ao contrário, foi a rescisão do contrato, em favor da vendedora, por culpa do réu, mas não o arrependimento deste.

Assim, como o contrato previu a incidência do art. 1.095 do CC, a perda das arras somente se dá no caso de arrependimento de uma das partes. Ao contrário, se se tratasse de arras confirmatórias (as quais existem somente nos contratos irretratáveis), nos termos do art. 1.097 do CC, a simples mora e impossibilidade da prestação acarretaria a perda das arras em favor do outro, o que não acontece no presente caso.

Do mesmo modo, não há sentido na aplicação da multa de 20% em decorrência do atraso das prestações porque a vendedora Empreendimentos Imobiliários Osvaldo J. Rosa requereu a rescisão do contrato e a reintegração na posse, o que é decorrência da mora absoluta. A multa supramencionada se dá no caso de mora relativa, ou seja, simples atraso no pagamento das parcelas.

2 — Perdas e danos

Improcede, também, o pedido de pagamento de perdas e danos em favor da vendedora/apelante relativamente ao período em que deixou de usufruir o imóvel, posto que isto depende de prova cabal, inocorrente no presente caso em razão da revelia do comprador Wilmar. A revelia, não é demais acrescentar, acarreta presunção relativa dos fatos mencionados na inicial, não podendo o julgador, em tal caso, aceitar sem reservas todos os argumentos lançados pelo autor da ação.

Destarte, diante da ausência de provas, nega-se o pedido da apelante.

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

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.

Florianópolis, 14 de agosto de 2001.

Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.017169-5, DE LAGES

Relator: Des. Gaspar Rubik

Responsabilidade civil — Colisão em BR com morte — Aquaplanagem e invasão de contramão — Boletim de ocorrência, confortado por prova testemunhal, não infirmado — Fenômeno aquele perfeitamente previsível e sabidamente decorrente ou de velocidade excessiva e incondizente com condições adversas de pista, ou de pneus desgastados, ou, ainda, de uso inadequado dos freios — Presunção juris tantum *de culpa, em qualquer de suas modalidades, não desfeita — Caso fortuito não passível de reconhecimento — Pedido indenizatório por danos materiais e morais parcialmente acolhido — Fixação dos últimos obviamente para quem foram pleiteados, se duvidosa ou obscura a sentença a respeito — Julgamento* extra petita *de qualquer forma inocorrente — Sucumbência mínima — Aplicação do parágrafo único e não do* caput *do art. 21 do Código de Processo Civil — Sentença mantida — Apelo desprovido.*

A perda de controle de veículo, em decorrência de hidroplanagem, com sua desgovernada invasão da contramão de direção e colisão com automotor que por esta trafegue em sentido oposto, é reveladora de culpa por negligência, imprudência ou imperícia, caracterizadas cada qual, respectivamente, ou por falta de conservação dos pneus, que lhes provoca a perda de sua capacidade de aderência ao solo, ou de redobrada cautela de seu motorista quanto à velocidade que desenvolve ou ao uso dos freios, porque em condições intempéricas, sob chuva torrencial capaz de provocar lâminas ou até empoçamentos de água na pista, não lhe pode escapar à percepção, por ser perfeitamente previsível, que pode acontecer aquele fenômeno, associado que está com algum desses fatores. Registrado o fenômeno no Boletim de Ocorrência, e indesmentido este por melhor prova, há que se presumir que, senão todos, algum destes foi decisivo para o sinistro, afastando, por conseqüência, a invocação do caso fortuito. Em sendo a velocidade a determinante, há que se considerar que por excessiva não se deve ter somente aquela que ultrapassa o limite permitido pela sinalização de trânsito, senão que, também e principalmente, aquela que é temerária e põe em risco a segurança de transeuntes e veículos em condições adversas de intempéries.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.017169-5, da comarca de Lages (4ª Vara), em que é apelante Fabrício Kuse de Faria, sendo apelada Patrícia Machado Farias, representada por sua mãe e outro:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, afastada a preliminar, desprover o recurso.

Custas legais.

I – Relatório

Fabrício Kuse de Faria, inconformado com a decisão do Dr. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da comarca de Lages, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação de reparação de danos morais e materiais decorrentes de acidente de trânsito que lhe propuseram Vera Lúcia Machado Farias e Patrícia Machado Farias, esta menor impúbere devidamente representada por sua mãe, interpôs o presente apelo, previamente preparado, na pugna pela reforma, total ou parcial, daquele veredito que lhe foi desfavorável argumentando, em apertada síntese, primeiramente que a derrapagem de seu automóvel, por não haver prova hábil nos autos de que estivesse trafegando em excesso de velocidade, foi decorrente de caso fortuito, o que o isenta de culpabilidade no acidente. Ao depois sustentando ter havido julgamento extra petita com a sua condenação a pagar às autoras danos morais de 50 salários mínimos, porque tal verba foi postulada apenas em favor da menor. Em conseqüência, requereu a anulação da sentença no particular, ou, então, a redução do valor fixado àquele título para 25 salários mínimos. Por fim, sob a alegação de que as autoras sucumbiram na maior parte de seus pedidos, pleiteou a aplicação do art. 21 do CPC, com a responsabilização proporcional destas pelos ônus processuais.

Contra-arrazoado o apelo e colhida a manifestação do Dr. Promotor de Justiça, no sentido de ser mantido íntegro o r. decisório recorrido, os autos alçaram a esta Corte, e aqui a douta Procuradoria-Geral de Justiça igualmente pronunciou-se pela sua confirmação.

II – Decisão

É, com efeito, de ser mantida íntegra a douta sentença apelada, porquanto seu ilustre prolator bem apreciou a espécie e acertadamente reconheceu a culpa exclusiva do apelante no funesto desastre, não estando, com relação a ele, único que dela recorreu, a carecer, em qualquer aspecto, de algum reparo, sequer estando a padecer do vício que lhe foi acoimado, de julgamento extra petita relativamente à fixação do dano moral, no qual evidentemente não incidiu.

Com efeito, pois embora seja certo, como ele o sustenta em aludida prefacial, que tal verba foi pedida apenas e expressamente "em favor da autora-filha da vítima" (cf. fls. 7/8), menos certo não é que a sentença a tanto se ateve, não extrapolando e não concedendo nada além do que foi postulado, pois, como se demonstrará, não estendeu a indenização também à autora-viúva, como ele o interpretou, e o fez, manifestamente, por ledo equívoco, no qual não teria incor-

rido se tivesse oposto, oportunamente, embargos declaratórios para aclarar eventuais obscuridades que estivessem a alimentar a dúvida que só agora levanta, e que o faz com o escancarado propósito, porque declarado, de obter a nulidade do julgamento.

Não procede, entretanto, como antes dito, a sua interpretação tendente a caracterizar aquele defeito. Não a autoriza, pelo menos, o só fato de ter o douto Sentenciante consignado, como argumentação a justificar o deferimento daquele pleito, a verdade inescondível de que "a situação produzida pelo acidente e duramente vivenciada pelas autoras com a perda prematura do pai e marido por certo autoriza a súplica de ordem moral, ..." (sic fl. 106), até porque explicitou em complementação "...validando o pedido lançado", de modo que se este, na inicial, foi expresso em favor da autora/filha, por óbvio que somente para ela estava sendo admitido. Tampouco e muito menos a pretextava o outro parágrafo da fundamentação (fl. 108) em que S. Exa. se limitou a praticamente repetir, com outras palavras, o anterior, ao escrever "... mormente ante a realidade que circunda autores e réus com as implicações (...) fixo a indenização da ordem moral em 50 salários mínimos", até porque, como se observa, a fixação foi de um valor único àquele título, sem qualquer bipartição ou estabelecimento de percentagens para uma e outra, discriminação que também não fez na parte dispositiva, na qual, aliás, em estampando a situação com a mesma clareza, de modo a não dar azo a dúvidas e interpretações errôneas, mas sim, e conseqüentemente, a espancar aquela alimentada pelo apelante, concluiu por julgar parcialmente procedente o pedido, evidentemente, como se consignou alhures, dentro do que foi formulado. E tanto assim o fez, que ao explicitar, em seqüência, a forma como se dava esse acolhimento, condenou, primeiramente, o apelante a pagar às apeladas, cujos nomes, de um e outras, precisou, a "rubrica" atinente a um dos danos materiais pedidos, e, em seguida, em condená-lo, também, ao pagamento do valor a título de dano moral, mas sem indicar, com a mesma e absoluta clareza por igual menção de nomes, que ambas as autoras eram suas beneficiárias. E logicamente que se fosse o seu propósito aquinhoar a ambas, teria utilizado o pronome adequado, escrevendo, não simplesmente pagar, mas pagar-lhes, do mesmo modo como o fez em relação ao apelante, para quem se dirigiu induvidosamente, ao impor essa condenação, usando o pronome enclíticamente "condeno-o".

A par dessas considerações, também a circunstância de terem sido fixados apenas 50 salários mínimos a título de danos morais, não obstante o pedido, formulado exclusivamente em favor da autora-filha, tenha sido bem mais elevado, não pode ser desprezada, por ser indicativa segura de que tal verba foi deferida unicamente a quem a pleiteou, pois seria incompreensível, de certo modo, que se pedisse mais para uma e se concedesse menos em favor de duas.

Admitindo-se, porém, que tais explicações não convencessem, o quadro não melhoraria em muito, porque a dúvida que a sentença profligada alimenta no particular, já que não aclarada por embargos declaratórios que deixaram de ser

opostos, não está a autorizar, agora, a sua anulação, senão que a sua adequação ao patamar reclamado inicialmente, até porque parece que melhor se caracteriza na espécie, a rigor, não julgamento extra, mas sim ultra petita, a permitir, sabidamente, essa adequação.

Rejeita-se, de qualquer forma e por essas razões, a prefacial em questão.

Concernente ao mérito, com melhor sorte não poderia ser contemplado o apelante, porque prova alguma produziu capaz de infirmar a presunção juris tantum de certeza que fornece o Boletim de Ocorrência de que, conforme atestou, o seu veículo aquaplanou e abalroou a Kombi conduzida pelo marido e pai das autoras, que trafegava na respectiva mão de direção, o que equivale dizer que invadiu ele a contramão, sendo irrelevante, diante de tal contexto, se debruçar sobre o seu argumento de que a camioneta colidiu, como efetivamente aconteceu, com a parte frontal contra a lateral do seu automóvel, porque são detalhes que não se prestam para sustentar a sua assertiva de que não abalroou, mas foi abalroa- do e que, em conseqüência, não teve culpa.

Evidentemente que a incontes- te hidroplanagem do seu automóvel e sua conseqüente invasão da contramão de direção foram as determinantes da trágica colisão que ceifou cinco preciosas vidas, dentre as quais o marido e pai das apeladas, sendo, pois, reveladoras de que obrou com inegável e exclusiva culpa, senão por imprudência, então por negligência ou, quiçá, imperícia.

De fato, pois não obstante no depoimento prestado em Juízo tenha dito unicamente que sua velocidade na ocasião era de aproximadamente 40km/h, porque, por ter perdido os sentidos em seguida, de nada mais recordava, não apresentou justificativa plausível para neutralizar a declaração que prestou, por carta precatória, à autoridade policial que, ressalte-se, não foi a mesma do distrito da ocorrência, mas sim a de seu domicílio, de que aquaplanara e invadira a contramão de direção, onde aconteceu a colisão, pois ora pretextou ter-se sentido coagido por não estar acostumado a freqüências a Delegacias, e ora que não houve qualquer forma de pressão para que as prestasse como foram registradas.

Imprestáveis, destarte, suas declarações isoladas, até pelo conflito que encerram entre si, para abalar a certeza estampada na prova documental e na conclusão, por sinal repetida, que o Delegado de Polícia Etelvino Pedro Steil tirou, como justificou, por experiência pessoal e profissional, e que se demonstrará procedente, de que mentiu ele ao afirmar que trafegava naquela velocidade, porque se efetivamente a estivesse desenvolvendo, “o veículo teria ainda aderência, fator que impediria a aquaplanagem” (sic, fl. 76).

Por fás ou por nefas, de qualquer forma, não se eximiria de responsabilidade, pois se efetivamente “mentiu” e trafegava com maior velocidade, foi imprudente naquelas condições adversas de tempo; e se não mentiu e trafegava na velocidade que afirmou desenvolver, isso não configuraria o caso fortuito que invocou, mas

que não precisou em que consistiria, porque daquela última hipótese decorre que ou foi negligente ou imperito, haja vista que, como o tem definido especialistas em automobilismo, a "aquaplanagem ou hidroplanagem" nada mais é que "o deslizamento do carro sobre uma lâmina d'água na estrada, como se estivesse 'esquiando' ou 'a falta de aderência do pneu com a pista que faz com que o veículo derrape e o condutor perca o controle'", a significar que o pneu está rodando sobre o topo d'água, ao invés de rodar sobre a pista, e embora sendo "mais freqüente em altas velocidades, o fenômeno pode ocorrer mesmo devagar se os pneus estiverem 'carecas' ou com sulcos pouco profundos", ou seja, "em mau estado de conservação", como também "mal calibrados" (extraído da Internet Best Cars Web Site, por Fabrício Samahá), sendo recomendado ao motorista perito que, ao se defrontar com uma situação destas, para evitar esse descontrole e deslizamento, "tire o pé do acelerador imediatamente"; não use o freio, porque "a frenagem trava as rodas e, quando elas voltam a entrar em contrato com o solo, o travamento pode fazer o veículo rodopiar ou até mesmo capotar"; e, finalmente, que não "faça movimentos bruscos com o volante, vire levemente a direção para a esquerda e para a direita, porque desta maneira retomar o controle do carro logo que entra em contato com o solo" (www.bbsiga.com.br./pegaladrão). E nenhuma dessas condutas, com toda certeza, foi tomada pelo apelante, porque houve o deslizamento do seu automóvel.

Em hipóteses que guardam perfeita sintonia com a destes autos, esta Corte, em decisões da colenda Câmara Criminal, já assentou que "age com inegável imprudência motorista que, trafegando com velocidade excessiva sob condições climáticas adversas, perde o controle do carro provocando acidente com vítimas, pois é previsível, em tais condições, o fenômeno da 'hidroplanagem'" (Ap. Crim. ns. 28.508, de São Bento, j. 25/2/93, rel. Des. Ernani Ribeiro, e 25.964, de Caçador, j. em 22/10/90, rel. Des. Wladimir d'Ivanenko).

De outro vértice, o acatado Wladimir Valler (Responsabilidade Civil e Criminal nos Acidentes Automobilísticos, vol. II, Julex Livros, 1981, pág. 540) tem, acerca do tema, ensinado:

"Que as condições desfavoráveis das pistas não são circunstâncias imprevisíveis e o motorista responde sempre pelos eventos danosos a que venha a dar causa, não podendo a derrapagem, em tais casos, ser levada à conta do caso fortuito".

Ainda da jurisprudência deste Pretório colhe-se:

"Indenização por morte. Acidente de trânsito. Derrapagem causada por velocidade incompatível com as condições da pista. Fatores que exigiam cautela redobrada do motorista. Pedido acolhido. Recurso desprovido.

"Por ser a derrapagem fenômeno previsível, age com imprudência o condutor do veículo que trafega em velocidade incompatível com as condições de tempo e lugar, ainda que não excedente ao limite legal.

"Fatores como chuva e lama na pista de rolamento, tornando-a escorregadia, exigem redobrada cautela do motorista. Por isso, não há falar em caso fortuito a justificar o acidente de

trânsito, se o condutor, devido à velocidade inadequada para o momento, não conseguiu exercer o controle do automotor" (Apelação Cível n. 96.012515-9, de Joinville, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 17/9/98).

De outros Tribunais:

"Acidente de trânsito. Responsabilidade civil. Motorista que, em pista adversa, por força de derrapagem, invade a contramão de direção, colidindo com veículo que trafegava em sentido contrário. Fato previsível. Caso fortuito e força maior não caracterizados. Indenização devida" (RT 662/111).

Por bem caracterizada, pois, a culpa do apelante no caso, não carece de reparos, como consignado ao preâmbulo, a sentença impugnada, que também se mantém hígida relativamente ao quantum arbitrado a título de danos morais para a autora/filha, na forma do pedido que como tal foi acolhido, porque a única argumentação ventilada na peça recursal tendente a excluí-la, qual seja a de que a sentença não foi justa por desconsiderar que a dor do apelante é maior do que a delas, porque no referido acidente perdeu esposa, dois filhos e um amigo, não pode sequer ser conhecida, pois se trata de matéria que, por não ter sido suscitada em contestação nem discutida no processo, não foi examinada pela sentença, de sorte que fazê-lo agora importaria em ofensa ao disposto no art. 515, § 1º, do CPC, porque haveria supressão de um grau de jurisdição (cf. JTA 111/307, apud Theotonio Negrão, CPC e legislação processual, Saraiva, 31ª ed., art. 515, nota 7ª, in fine), supressão que nem o próprio princípio tantum devolutum quantum appellatum justificaria (cf. RSTJ 156/155, in ob. e art. cits.). Mas se possível fosse apreciá-la, o que se diz tão-só à guisa de ilustração, não colheria o apelante melhor sorte, porque a par de não ter comprovado a afirmação que fez no inquérito, de que três das pessoas que viajavam em seu veículo e que vieram a falecer eram, respectivamente, suas esposa e filhas, pois tal certeza não se pode extrair só do fato de que tinham elas o seu sobrenome, o benefício que pleiteia, apesar de não encontrar previsão nem precedente na esfera civil pátria, a qual não se aplica, por extensão ou outro critério, a disposição da lei penal que, ao prever aquela situação, autoriza ao julgador deixar de aplicar pena ao infrator, foi-lhe, de certa forma, ou melhor, indiretamente conferido pela benevolência do culto sentenciante, que contemplou a apelada/filha àquele título com valor inferior a 50% do que para ela pleiteado.

Não procede, por fim, a insurgência quanto a ter sido responsabilizado com exclusividade pelas penas da sucumbência, eis que também no particular andou certo o sensato Julgador, ao aplicar o preceito do parágrafo único do art. 21 do CPC, uma vez que, excetuado apenas o pedido relativamente ao dano material propriamente dito, ou seja, que foi causado ao veículo em que viajava o marido e pai das apeladas, todos os demais foram acolhidos, não influindo, para aferição do sucumbimento, se os valores foram ou não deferidos tal qual pleiteados.

A propósito, antigo, porém sempre atual aresto da augusta Corte de Justiça do Paraná, invocado pelo

nobre parecerista ministerial, assim já orientava:

"Se o pedido do autor é satisfeito com a entrega da prestação jurisdicional, embora o valor pleiteado não seja aquele registrado na sentença, inexiste sucumbência parcial capaz de autorizar a condenação recíproca e proporcional das custas e honorários" (Ac. un. 4.499 da 1ª Câm. do TJPR de 17/12/86, na Apelação n. 1.220/86, rel. Des. Oto Luiz Sponholz, PR Judic. 21/147, apud Código de Processo Civil Anotado, Alexandre de Paula, 6ª ed., RT, São Paulo, 1994, pág. 272).

Desta Corte é, em conseqüência, o seguinte entendimento:

"Se um dos litigantes decair em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas processuais e honorários advocatícios" (Apelação Cível n. 48.281, de Criciúma, rel. Des. Alcides Aguiar, j. em 4/9/97).

Por tais razões é que se mantém integralmente a sentença recorrida, desprovendo-se o recurso.

Presidiu a sessão, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. João Martins, e dela participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira, tendo exarado pare- cer, pela douta Procuradoria- Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Joel Rogério Furtado.

Florianópolis, 17 de agosto de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente para o acórdão;
Gaspar Rubik,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.014312-0, DE JAGUARUNA

Relator: Des. Gaspar Rubik

Seguro de vida — Infarto do miocárdio conseqüente de acidente de trânsito — Atestação médica não infirmada — Segurada sem antecedentes cardíacos — Causa mortis, *portanto, assentada em fato externo, violento, súbito e involuntário, a caracterizar a morte como acidental — Pagamento pela seguradora, no entanto, da indenização prefixada para morte natural – Inadmissibilidade — Complementação devida — Pedido indenizatório procedente — Sentença mantida — Recurso desprovido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.014312-0, da comarca de Jaguaruna, em que é apelante Companhia de Seguros Aliança do Brasil, sendo apelado Nelson Ghisi:

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

Custas legais.

Companhia de Seguros Aliança do Brasil, irresignada com a prestação jurisdicional entregue pela Dra. Juíza de Direito da comarca de Jaguaruna, que julgou procedente o pedido formulado na ação de indenização que lhe promoveu Nelson Ghisi, condenando-a ao pagamento de R$ 24.573,33, com acréscimo de juros e atualização monetária, a título de complementação do valor indenizatório pago por morte natural da esposa do autor, conforme estabelecido em contrato de seguro de vida com esta firmado, interpôs o presente e tempestivo apelo, com preparo previamente formalizado, no qual pugna pela reforma do decisório recorrido, ao argumento resumido de que a morte da segurada decorreu de fato natural, tendo o acidente automobilístico apenas precipitado doença cardíaca preexistente, conforme atestado médico que acostou aos autos, sendo excluída, conseqüentemente, do conceito de acidente pessoal para fins de indenização, nos termos do Decreto-Lei n. 73/66, e das Circulares ns. 29/91, 17/92 e 17/95 da Susep, que normatizam a espécie.

Redargüido o apelo, com aplausos à sentença atacada e insistência em que a causa mortis foi acidental, os autos alçaram a este Pretório, não, porém, sem antes ter o apelado, em complementando a tempo seu contra-arrazoado, postulado a aplicação à recorrente da pena de revelia, com a desconsideração da defesa por ela apresentada, por não ter sido esta acompanhada do instrumento de procuração outorgado à advogada que a subscreveu, do qual também não foi feita juntada oportuna posterior.

É o relatório.

O apelo é conhecido porque preenche todos os pressupostos formais de sua admissibilidade, e porque a questão, suscitada pelo apelado em complementação às contra-razões que apresentou, embora talvez não com tal propósito, não afeta este seu conhecimento, porquanto ao apelante, ainda que por revel se o pudesse ter, em face da falta de sua representação regular por ocasião da contestação, como ali é sustentado, não poderia ser tolhido o direito de intervir no processo em qualquer fase, nem, tampouco e via lógica de conseqüência, de interpor, como é de sabença geral no meio jurídico, por constar de expressa disposição legal, os recursos cabíveis, desde que, ao fazê-lo, respeite os limites estabelecidos pelo art. 515 do CPC e esteja, como aqui acontece, com sua representação formalizada.

Essa realidade, por sinal, faz com que por desnecessário se tenha o enfrentamento dessa questão atinente à revelia, conquanto em tese bem a tenha caracterizado o apelado, já que na espécie registrou-se, efetivamente, falta de representação, a exigir o tratamento do art. 37 do CPC, e não mera irregularidade, passível de ser sanada nos termos do art. 13 do mesmo digesto, posto que a contestação, protocolizada em 30/11/98 (fl. 23), não se fez acompanhar de instrumento algum, quer de mandato, quer de substabelecimento, este que, obviamente irregular por falta daquele, só veio aos autos muito tempo após expiradas duas quinzenas, ou seja, após 23/3/99 (fl. 110). Não só por esta razão, porém, senão que também e ainda porque, a uma, trata-se de matéria que não foi articulada na oportunidade

própria ou, pelo menos, antes da sentença, mas tão-só agora e, ademais, em contra-razões, sem que tivesse sido apreciada por decisão interlocutória, nem, tampouco, pelo decisum recorrido, com aplicação, quando era o momento adequado, e que já então incabe, do seu principal efeito, qual seja o da ficta confessio, de tal sorte que o seu enfrentamento nesta instância, em tais condições, pela sua inoportunidade acarretaria afronta, a rigor, ao princípio do duplo grau (JTA 111/307 – apud "CPC e legislação...", Theotonio Negrão, 31ª ed., Saraiva, 2000, art. 515, nota 7ª, pág. 541); e a duas, principalmente porque, se da falta de sua declaração pelo juízo a quo não adveio e, em sendo confirmado aquele pronunciamento, também não advirá, do julgamento neste grau, qualquer prejuízo ao reclamante, obviamente que é de se aplicar, por extensão analógica, a sábia e mais bela regra do direito processual moderno (arts. 244 e 249, § 2º, do CPC), traduzida na expressão francesa pas de nullité sans grief.

E com efeito assim há de ser, pois a espécie versada nos autos não merecia outra e melhor solução do que aquela que lhe ministrou a douta Sentenciante. Aliás, poderia até mesmo parecer absurdo não se reconhecer no caso, essencialmente diante dos parcos, porém claros elementos constantes dos autos, que a morte da esposa do apelado não foi decorrente de acidente, ou seja, de uma ocorrência súbita, involuntária e violenta, resultante de um acontecimento externo, sem a participação dela, como o conceitua a jurisprudência desta Casa (JC 23/24-243) e o considera a Circular Susep n. 029 de 20/12/91.

Deveras, pois se é certo que a causa direta da sua morte foi "infarto agudo do miocárdio", menos certo não é que tal ataque fulminante foi provocado unicamente pelo acidente com o veículo no qual ela viajava, porque assim o afirmou categoricamente o esculápio que subscreveu o atestado de óbito (fl. 7), o que leva a concluir, com toda a segurança, que, se acidente não houvesse naquela data, morte, mesmo que por infarto, também não haveria, até porque não comprovou a apelante a sua afirmação, tendente a derruir essa conclusão, de que a falecida já vinha sofrendo de arteriosclerose e diabetes, pois para tanto não se presta o atestado médico com que instruiu ela a defesa apresentada (fl. 29), já que o facultativo que o subscreveu não só deixou claro que atendeu a vítima pela vez primeira naquela ocasião, como também ressaltou apenas "acreditar" que o "incidente" tenha precipitado a doença cardíaca que a vitimou, não afirmando em momento algum que essa doença era preexistente. Tampouco serve, para o mesmo escopo, o de óbito constante da certidão por cópia xerox de fl. 30, porque está em flagrante antinomia com o lançado em igual certidão de fl. 7, passado pelo mesmo médico, e não contém a autenticação cartorária lançada neste, de maneira tanto a ter esmaecida sua credibilidade, em face do disposto no art. 365, inc. III, do CPC, como a alimentar suspeita de possível adulteração criminosa. Por sinal, o próprio atestado médico em que a apelante se baseou para o pagamento da indenização por morte natural (fls. 12/13), ao não informar, em resposta ao quesito específico, a existência de outros estados patológicos re-

lacionados com a causa do óbito, reportando-se exclusiva e categoricamente ao "acidente automobilístico no dia", se mostra por demais sintomático em contrariar sua assertiva, ainda que de forma velada, sendo, por conseguinte, prova absoluta e bastante, por si só, para derruir a sua resistência e para comprovar como sendo acidental a morte.

Nesse contexto, não havendo qualquer ato voluntário por parte da segurada, de modo a ensejar a ocorrência do sinistro, até porque na data deste não padecia ou não apresentava ela história anterior do mal que a vitimou, era inevitável reconhecer que sua morte, pelo menos para efeitos do seguro contratado, não foi natural, como o interpretou a seguradora/apelante, mas acidental ou fruto de acidente, já que o próprio § 1º do art. 1º da Circular n. 29, de 20/12/91, da Susep, considera como acidente pessoal "o evento com data caracterizada" (12/10/97, no caso), "exclusiva e diretamente externo, súbito, involuntário e violento" (acidente de trânsito caracterizado pelo impacto do automóvel GM-Corsa, conduzido pelo filho da segurada, com o plano inferior da rodovia asfáltica — fl. 9/v.), "causador de lesão física" (trauma cardiovascular) "que, por si só, e independentemente de toda e qualquer outra causa" (doença não preexistente ao fato), "tenha como conseqüência direta a morte ou invalidez permanente total ou parcial do segurado ou torne necessário tratamento médico" (certidão de óbito — fl. 7).

Já o § 3º do art. 1º da mesma Circular, que dispõe sobre as circunstâncias que não se incluem no conceito de acidente pessoal (doenças — incluídas as profissionais —, quaisquer que sejam suas causas, ainda que provocadas, desencadeadas ou agravadas, direta ou indiretamente por acidente...), não tem melhor aplicação à hipótese, porquanto a interpretação dele resultante não pode subtrair a eficácia do § 1º já mencionado, sendo, pois, vedado pela legislação vigente, especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor.

Os Tribunais pátrios, a propósito, assim têm decidido:

"Ação de cobrança. Contrato de seguro. Seguradora que pactua condição vantajosa em favor do segurado não poderá alegar, para descumprir a obrigação de indenizar, impedimento legal. Vedando o Decreto-Lei n. 73/66, que contém disposições no interesse dos segurados e beneficiários, a inclusão nas apólices de seguro de cláusula que subtraia sua validade e eficácia, não cabe interpretar com prejuízo do segurado a supressão da cláusula que o beneficia.

"O Decreto-Lei n. 73/66 no seu art. 13 dispõe expressamente que as apólices não poderão conter cláusula que permita a rescisão unilateral dos contratos de seguros ou, por qualquer motivo, seja subtraída sua eficácia e validade além das situações previstas em lei.

"(...)

"A autonomia de vontades, tendo como máxima o pacta sunt servanda foi relegada a um segundo plano, em face da nova lei do consumidor, a qual proíbe o pacto de cláusulas abusivas. A lei vela pelo equilíbrio contratual, impondo normas imperativas que garantam a expectativa legítima do consumidor, frente ao contrato celebrado.

"A eqüidade contratual é um dogma a superar a autonomia de vontade e este controle poderá ser exercido pelo Poder Judiciário a posteriori, após a formação do contrato. Neste caso, declarando-se tais cláusulas como nulas (art. 6º, inc. IV, do CDC). As disposições anuladas são dadas como pró-consumidor, restabelecendo-se o equilíbrio contratual.

"No Decreto-Lei n. 73/66, que regulamenta os contratos de seguro, está disposto no art. 2º que o controle do Estado será exercido pelos órgãos instituídos neste Decreto-Lei, no interesse dos segurados e benefícios dos contratos de seguro" (in "Código do Consumidor, Jurisprudência Selecionada", João Carlos Menezes, 2ª edição, 1998, Editora Bookseller, págs. 623/624).

Se, não obstante, as cláusulas do contrato podem alimentar alguma dúvida ou mesmo incerteza acerca da caracterização, na espécie, da morte acidental, não há perder de vista que a interpretação dos contratos de adesão, principalmente dos de seguro, que se inserem, evidentemente, nessa categoria, deve se orientar, segundo a doutrina e a jurisprudência, nas palavras de Arnold Wald ("Curso de Direito Civil Brasileiro", RT, 5ª ed., 1979, pág. 175), "por princípios próprios, e, em guiando-se pela boa-fé dos contratantes, que deve sempre imperar nessa modalidade, como também pelos fins sociais a que se dirige, ser feita em favor daquele que se obrigou por adesão".

Nesse sentido reiterados os pronunciamentos desta Corte:

"Seguro de vida. Morte acidental. Previsão contratual do pagamento de indenização em dobro. Cláusula. Interpretação.

"(...)

"Ademais, restando dúvida na interpretação do contrato de seguro, deve-se entendê-lo da forma mais benéfica ao segurado" (Apelação Cível n. 98.005388-9, de Xanxerê, rel. Des. Carlos Prudêncio; idem Apelação Cível n. 98.013394-7, de Santa Cecília, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra).

Havendo, pois, de se reconhecer como acidental a morte da segurada, impõe-se à seguradora o dever de complementar o valor da indenização que já pagou por morte natural, mediante o pagamento da diferença entre os valores indenizatórios previstos para uma e outra, tudo na forma como o determinou a sentença que, por tal razão, se confirma.

Derradeiramente, tendo em vista a flagrante contradição entre os atestados de óbito referidos nas certidões por fotocópia de fls. 7 e 30, na primeira a constar a causa mortis da vítima como sendo "infarto agudo do miocárdio, em decorrência de acidente de trânsito", e a segunda "infarto agudo do miocárdio, ateroesclerose, diabetes", que revelam a possível prática de ilícito penal, determina-se, forte na disposição do art. 40 do CPP, a extração de cópia dos referidos documentos e a respectiva remessa ao Ministério Público, para a devida apuração, nos termos do art. 5º, inciso II, daquele mesmo diploma processual.

Por todo o exposto é que se conhece do recurso, porém nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 21 de setembro de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Gaspar Rubik,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.000590-6, DE CURITIBANOS

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Embargos do devedor. Intempestividade. Marco inicial para oposição. Termo de nomeação de bens à penhora assinado pelo executado. Desnecessidade de posterior intimação da penhora. Cédula de crédito comercial. Juros. Matéria cognoscível de ofício. Auto-aplicabilidade do artigo 192, § 3º, da Constituição Federal e do Decreto n. 22.626/33. Multa contratual. Limitação a 2%. Aplicação do artigo 52, § 1º, do Estatuto 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. Violação ao princípio e direito fundamental de informação (CDC, art. 6º, inc. III). Permissão de capitalização semestral dos juros.

Assinado pelo devedor o termo de nomeação de bens à penhora, a partir de tal ato processual inicia-se o prazo para oposição dos embargos, independentemente da intimação prevista no artigo 669 do Estatuto Processual Civil, por ser inequívoco o conhecimento acerca da constrição efetivada.

A limitação de juros reais, por decorrência do princípio da defesa do consumidor, é matéria de ordem pública, podendo ser conhecida de ofício pelo magistrado, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

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.

"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 col. STF, porquanto se dirige à Lei n. 4.595/64, ultrapassada, no particular, pelo diploma legal mais moderno e específico, de 1980. Precedentes no STJ" (REsp n. 258054, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior).*

A orientação jurisprudencial evoluiu no sentido de possibilitar o controle dos contratos de adesão, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, ainda que se trate de pacto de financiamento.

Cuidando-se de matéria de ordem pública, a multa contratual pode ser minorada ex officio *para 2% do saldo devedor, de sorte a amoldar-se ao § 1° do artigo 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.

"A capitalização dos juros, segundo a Súmula 93 do Superior Tribunal de Justiça, é perfeitamente cabível nas notas de crédito comercial, industrial e rural, em decorrência da legislação que as rege. No entanto, deve ser semestral" (TJSC, Ap. Cív. n.

00.001148-7, de Seara, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 13/6/2000).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.000590-6, da comarca de Curitibanos, em que é apelante Lucel Comércio e Representações Ltda. e apelado Banco Meridional do Brasil S.A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso e, de ofício, reduzir a taxa de juros para 12% ao ano e a multa contratual para 2%; excluir a comissão de permanência e a utilização da TR como fator de correção monetária, substituindo-a pelo INPC; autorizar apenas capitalização semestral de juros.

Custas legais.

1. Lucel Comércio e Representações Ltda. formulou recurso de apelação de sentença proferida nos embargos à execução proposta por Banco Meridional do Brasil S.A. fundada em cédula de crédito industrial.

O decisum vergastado rejeitou liminarmente os embargos do devedor, considerando-os intempestivos.

Irresignada, a embargante apelou, sustentando a nulidade do auto de penhora, por não conter a assinatura de seu procurador, nesse momento já constituído nos autos.

Asseverou ainda que o prazo inicial para os embargos é a cientificação do advogado do termo de penhora, e não a intimação pessoal do devedor.

Requereu a anulação de todos os atos posteriores ao termo de nomeação de bens à penhora, bem como da sentença, e a concessão de novo prazo para oferecimento de embargos.

Contra-arrazoou a instituição financeira requerendo a manutenção da sentença na sua integralidade.

2. Nega-se provimento ao recurso.

2.1. Não merece prosperar a alegada nulidade do termo de penhora ou da decisão. O reconhecimento da intempestividade dos embargos enseja sua rejeição.

No caso vertente, os executados ofereceram bens à penhora, sendo lavrado o competente termo de nomeação devidamente assinado pelos devedores.

Esse foi o termo inicial para oferecimento de embargos, deflagrado com a lavratura do termo de nomeação de bens à penhora que, por dar ciência inequívoca aos executados do ato constritivo, dispensa posterior intimação do procurador.

Na lição de Araken de Assis, a penhora por termo dispensa a assinatura do devedor e, em vista disso, necessária seria a intimação posterior do executado. Entretanto, se ele é investido na função de depositário e assina o termo, daí fluirá o prazo (Manual do processo de execução. 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, pág. 997/8).

No mesmo condão, seguem julgados deste Tribunal:

"O prazo para a oferta de embargos, quando assumir a própria executada o encargo de depositária dos bens constritados, assinando o respectivo termo, começa a fluir da as-

sunção expressa de tal encargo, posto que, então, tem a devedora inequívoco conhecimento da constrição de bens seus" (TJSC, Ap. Cív. n. 98.002928-7, de Papanduva, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 28/4/1998).

"Apelação cível — Embargos à execução — Termo de nomeação de bens à penhora — Nomeado depositário — Marco inicial para contagem do prazo de decêndio a partir desta — Exegese do artigo 738, II, do CPC — Inobservância deste prazo — Intempestividade reconhecida — Recurso não conhecido.

"Os embargos do devedor devem ser opostos em 10 (dez) dias (art. 738, CPC) a contar da nomeação deste como depositário. A inobservância deste prazo acarreta ausência de requisito imprescindível para a sua admissibilidade, não podendo ele ser conhecido" (TJSC, Ap. Cív. n. 00.003042-2, de Correia Pinto, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. 3/10/2000).

"Embargos à execução. Nomeação de bens à penhora. Termo subscrito pelo representante legal da executada. Prazo para a oposição dos embargos. Dies a quo. Data da lavratura do aludido termo. Desnecessidade de nova intimação" (TJSC, Ap. Cív n. 98.016881-3, de Rio do Sul, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 5/10/1999).

Do Superior Tribunal de Justiça:

"Processo de execução — Embargos — Termo de nomeação de bens à penhora — Assinatura dos devedores — Fluência do prazo — Recurso desprovido.

"I — Se os devedores nomeiam bens à penhora, que reduzida a termo é por eles assinado, o prazo para oposição dos embargos tem início a partir da data da assinatura, sem necessidade da intimação prevista no art. 669 do CPC" (STJ, REsp n. 151343/SC, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 3/5/1999, j. 2/2/1999).

Alheios a esses fatos, ofereceram embargos tão-somente quando intimados da realização da praça determinada pelo Julgador, no final de julho de 1997, sendo que o termo de penhora fora assinado em 11 de dezembro de 1996.

No mais, tem-se como juridicamente inviável a postulação de nulidade dos atos posteriores à penhora por não ter sido aposta a assinatura do procurador no termo respectivo.

Sobre o assunto:

"Intimação da penhora feita pessoalmente ao executado. Validade, mesmo que tenha sido concedido poderes, para tanto, ao advogado. O só fato de ter o executado concedido poderes ao seu advogado para receber intimação da penhora não invalida a que for procedida pessoalmente no executado" (STJ, REsp n. 16895/SP, rel. Min. Cesar Rocha, DJU 22/11/1993, j. 27/10/1993).

2.2. Sobre o contrato — objeto da lide — primeiramente, cumpre estabelecer que as atuais teorias contratuais baseiam-se na função social do contrato. Deixou-se a antiga e ultrapassada concepção civilista/patrimonialista do início do século, passando-se a adotar como norte a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor. Veja-se que a própria Carta Magna, atendendo aos anseios

da sociedade, fixou um novo horizonte, mais humanista e eficaz na consecução dos direitos políticos, incorporando também diversos direitos sociais. Por esses motivos ficou consignado em seu preâmbulo:

"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil".

Arreda-se, de certa forma, o princípio da autonomia da vontade, tão cultuado no passado em prol da "segurança jurídica", que inegavelmente, por se lhe ter dado um caráter sacro e inviolável, tem causado, em nome da liberdade contratual, enormes desequilíbrios e injustiças flagrantes.

Clóvis Couto e Silva já ensinava que "sustentar sempre a prevalência da vontade, ainda que só a sua manifestação, ou puramente o preceito que decorre do contrato, seria uma solução que não atenderia, as mais das vezes, às situações da vida" (A obrigação como processo. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976, pág. 43, apud Martins, Guilherme Magalhães. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 9, pág. 77).

Ademais, na grande maioria dos contratos, não se pode falar em total liberdade contratual, pois o cidadão se vê atado ao que se poderia chamar de obrigação de contratar, como é o caso dos contratos bancários, de água, luz, telefone, transporte, combustível; para citar somente os mais correntios. Daí por que Paulo Luiz Neto Lôbo assevera que "o contrato, que exercera uma função individual, segundo o ideário do liberalismo, passa por uma transformação estrutural, para atender uma função social, segundo a ideologia igualitarista" (O contrato: exigências e concepções atuais. São Paulo, Saraiva, 1986, pág. 17).

Fica evidente, pois, que toda a base teórica e ideológica que enunciou o pacta sunt servanda, pregando o liberalismo (não-intervenção), e o culto do elemento volitivo, decorrente da doutrina do laissez-faire, deve ser repensada, em vista da função social do contrato.

Aliás, Cláudia Lima Marques evidencia esse novo estágio da "socialização da teoria contratual", cujo elemento social fica representado pela confiança, que acaba ganhando importância e significado, pois se "redescobre o papel da lei, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente (veja art. 1º do CDC). A lei protegerá determinados interesses sociais e servirá como instrumento limitador do poder da vontade" (Contratos no código de defesa do consumidor. 2ª ed., São Paulo, RT, 1995, pág. 282).

Tais teorias tanto se inscreveram no cenário jurídico nacional que o Prof. Miguel Reale, quando da elabo-

ração do Projeto do Código Civil, fez consignar como primeiro preceito relativo às obrigações contratuais que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato" (art. 412).

Posto isso, passa-se a analisar o contrato sub judice, ainda que intempestivos os embargos.

2.3. No que toca à limitação de juros, apesar de vencido na ADIn n. 004/DF, o Ministro Paulo Brossard teve o ensejo de sustentar a eficácia imediata do artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, 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 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 tem construído para negar a auto-aplicabilidade do preceito (Roberto W. Amarante. Contratos bancários — De quem é a mora? in Revista Jurídica, vol. 226, pág. 47). Por conta disso, vincular a exeqüibilidade 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 grava-

me a quem recorre a instituições financeiras, bem como a manutenção de nefasta benesse a esses entes.

Não se olvide, outrossim, que, mesmo com a superveniência de lei complementar, pondo em foco os juros reais, em hipótese alguma — e isso é indubitável — admitir-se-á o estabelecimento de taxas excedentes aos 12% anuais, por plasmar evidente afronta ao texto constitucional. Aliás, foi nesse sentido a profícua advertência do ilustre Des. Carlos Prudêncio 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 superior 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 intelecção 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. 004/DF, Supremo Tribunal Federal, não possui caráter vinculativo. A idéia de que o § 3º do art. 192 da Carta Magna esteja a depender de lei complementar importa em verdadeiro atentado à soberania do poder constituinte até porque, é evidente, a legislação infraconstitucional não

poderá negar vigência ao dispositivo já esculpido na Constituição, nem impor-lhes 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 manancial de considerável número de julgados sobre a matéria, a saber:

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

"Entre mais de uma solução possível no ordenamento jurídico, escolhe-se aquela ditada por critério valorativo e político, no sentido de que os juros remuneratórios são limitados a 12% ao ano, tanto pelo entendimento da auto-aplicabilidade da norma constitucional, quanto pela incidência da legislação infraconstitucional" (TARS, 3º Grupo Cível, 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.

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

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

"O dispositivo constitucional, saliente-se, é auto-aplicável, pois somente os incisos do art. 192 é que dependem de lei regulamentadora, enquanto o limite dos juros é dado no § 3º, só remetendo para lei complementar a definição da sanção penal ao crime de usura. Ocorre, como ficou assentado na Apelação Cível 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 ns. 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, in DJ de 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 obtemperar 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, vol. 240, pág. 27).

Ante a explicitude do § 3º do artigo 192 da Lex Fundamentalis, contestar a auto-aplicalibilidade 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 agrilhoado 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 derruir o que Konrad Hesse nomearia "vontade de constituição", fazendo esboroar, por conseguinte, a força normativa da Carta Fundamental.

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

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

Enfatize-se que protrair a efetivação do balizamento constitucional dos juros importaria volatilizar a Lex Mater, tornando-a letra morta, mera solenidade, tendo por cicerones um constituinte desprecatado — por descurar 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 quaestio. 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).

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, 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 Col. 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. 258054, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU, 19/3/2001, j. 6/2/2001).

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 exeqüendo.

2.4. Ante a multa contratual de 10%, cabe a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, por tratar-se de matéria de ordem pública.

A orientação desta Corte de Justiça é da aplicação do referido Codex às instituições financeiras, devendo pautar-se pelas suas diretrizes. Nessa senda:

"A orientação jurisprudencial tem evoluído no sentido de possibilitar o controle judicial dos contratos de adesão, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, ainda que se trate de pacto de crédito bancário" (TJSC, Ap. Cív. n. 49.970, de Blumenau, relator o signatário, j. 16/5/1996).

Em precedente do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul assentou-se:

"O conceito de consumidor, por vezes, se amplia, no CDC, para proteger quem 'equiparado'. É o caso do art. 29. Para o efeito das práticas comerciais e da proteção contratual, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas neles previstas.

"O CDC rege as operações bancárias, inclusive as de mútuo ou de abertura de crédito, pois relações de consumo.

"O produto da empresa de banco é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo, portanto, fornecedora; e consumidor o mutuário ou creditado" (RT 697/173).

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 officio, 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. Acerca das disposições do Código de Defesa do Consumidor, observa-se que elas têm sido aplicadas ainda timidamente por boa parte dos tribunais, quiçá temerosos de interferir de modo indevido nas relações inter parte.

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 reavaliar suas opiniões; prefere os riscos da transformação à cômoda inoperância que conserva a iniqüidade.

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

cardeais, atuando na formação e no cumprimento da avença, quais sejam a transparência, a boa-fé, a eqüidade 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 eloqüente 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 expressado 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 autonomia privada contratual. 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. 26, 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 eqüidade 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 con-

tratuais 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 acoima 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 díspar, 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, vols. 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 ofício. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, vols. 23/4, pág. 128, 1997).

Na visão de Cláudia Rita Brizzio, 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 teoria general del contrato y el derecho del consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vols. 23/4, págs. 22/3, jul./dez., 1997).

Feitos esses esclarecimentos, passa-se à análise específica de algumas cláusulas do contrato.

2.6. A cláusula que prevê a utilização da TR como um dos fatores de correção monetária das parcelas vincendas é nula de pleno direito.

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 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. 160/161)

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 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.

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 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. 47146/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 6/2/1995, j. 29/11/1994).

"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. 56117/RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 20/3/1995, j. 23/11/1994).

"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, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 5/8/1996, j. 16/4/1996).

"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. 57272/SP, rel. Min. Antônio Torreão Braz, DJU 29/5/1995, j. 9/5/1995).

"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, DJU 7/2/1994, j. 29/11/1993).

"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.

"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 estabelecimento 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 reflete — 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. 6/2/1996).

"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, DJPR de 30/5/1997, j. 8/4/1997).

"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 Vinícius, j. 22/10/1991).

"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. 6/8/1997).

"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, Ap. Cív. n. 950110448-6, rel. Tourinho Neto, in DJU de 24/8/1995).

Há precedentes deste Tribunal:

"'Com o julgamento da ADIn n. 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, DJSC de 26/10/1995).

"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, DJSC 20/9/1996).

"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/6/1999).

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 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.

2.7. Por ser flagrantemente potestativa, a previsão da incidência de comissão de permanência em caso de atraso do pagamento (cláusula da impontualidade) deve ser declarada nula 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 Gervásio 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 14/8/2001).

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 conseqüência, não há justificação 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 liquidação 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).

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. 2764/MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 19/11/1990, j. 10/9/1990).

Passou-se a admitir unissonamente 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 permanência 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" (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 da comissão de permanência ser exigida por índices que entremostrem remuneração do capital, desvirtuando sua finalidade, deverá incidir somente o índice de correção monetária oficial (o INPC, cfe. art. 4º, Lei n. 8.117/91).

Nesse sentido, colhe-se:

"Execução. Contrato de confissão de dívida e nota promissória. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Juros. Limitação a 12% ao ano. Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da Carta Magna. Comissão de permanência. Cobrança abusiva, desvirtuando sua finalidade de atualização monetária. Substituição por índice de correção monetária" (TJSC, Ap. Cív. n. 97.014815-1, de Jaraguá do Sul, 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" (Ap. Cív. n. 98.002253-3, de Rio do Sul, j. 26/6/2000).

A admissão do "excedente" da correção monetária oficial, gize-se, espelharia indisfarçável enriquecimento sem causa do credor.

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

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

Não fora isso, atualmente não há justificativa válida para a manutenção de tal encargo, considerados seus efeitos perversos. O país vive hoje outra realidade, com a propalada estabilidade financeira e reduzida taxa de inflação. A pactuação apenas acentua, de forma cristalina, a voracidade do sistema financeiro, situação já constatada pelo saudoso Des. Eder Graf, em julgamento da Terceira Câmara Civil:

"Na hipótese de pactuação da comissão de permanência como fator de atualização do débito em substituição à correção monetária, o percentual utilizado deve ser consentâneo

com a realidade econômica do País, sob pena de subverter sua natureza jurídica e transformá-la em taxa de juros disfarçada" (TJSC, Ap. Cív. n. 98.012821-8, de Chapecó, j. 15/2/2000).

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

Nessa perspectiva, já decidiu esta Corte:

"A aplicação de comissão de permanência à taxa de mercado ou à maior taxa de mercado, assinale-se, retira do encargo as suas condições de previsibilidade, posto que imposta com base em percentuais sempre oscilantes, incumbindo ao estabelecimento bancário credor, e com exclusividade a ele, indicar ao seu livre arbítrio qual a taxa de mercado a ser adotada, em franca vulneração do disposto no art. 115 do Código Civil" (Ap. Cív. n. 98.001792-0, de Jaguaruna, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 8/2/2001).

"É entendimento dominante 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" (Agravo no AI n. 99.022221-7, de Joinville, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 29/2/2000).

"Não devem prevalecer as cláusulas contratuais que prevêem 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" (Ap. Cív. n. 97.000397-8, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 24/2/1999).

"Apesar de a jurisprudência admitir a incidência da comissão de permanência nos contratos bancários, seu valor não pode ser estipulado arbitrariamente pela instituição financeira, por afrontar o disposto no art. 115 do Código Civil" (Ap. Cív. n. 97.011938-0, de Anchieta, 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 porque 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"

(Ap. Cív. n. 97.001360-4, de Taió, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 2/6/1999).

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 eqüidade".

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" (Gervársio 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 Monetário 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. 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 conven- cional" (SANTOS Jr., Gervársio. op. cit.).

Por derradeiro em — tema de correção monetária —, registre-se precedente desta Corte em que, afastada a incidência da comissão de permanência, 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" (Ap. Cív. n. 49.030, de Pinhalzinho, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 27/6/1995).

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. A capitalização de juros deve ser semestral, a teor do art. 5º do Decreto-Lei n. 413/69.

Sobre o assunto já ficou assentado:

"A capitalização dos juros, segundo a Súmula 93 do Superior Tribunal de Justiça, é perfeitamente cabível nas notas de crédito comercial, industrial e rural, em decorrência da legislação que as rege. No entanto, deve ser semestral" (TJSC, Ap. Cív. n. 00.001148-7, de Seara, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 13/6/2000).

2.9. Tendo em vista que as matérias apreciadas de ofício por esta Câmara foram aventadas nos embargos, apesar de intempestivos, fixa-se a verba honorária em 10% sobre o valor atualizado da dívida (art. 20, § 4º, do CPC) a favor do embargante.

3. Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso e, de ofício, reduz-se a taxa de juros para 12% ao ano e a multa contratual para 2%; exclui-se a comissão de permanência e a utilização da TR como fator de correção monetária, substituindo-a pelo INPC; autoriza-se apenas capitalização semestral de juros.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Maria do Rocio Santa Ritta.

Florianópolis, 16 de agosto de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.014365-9, DE PINHALZINHO

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Embargos à execução. Nota promissória. Sanção do art. 1.531 do Código Civil. Aplicação que reclama ação própria. Litigância de má-fé. Não verificada. Infração à legislação sobre mercado de capitais. Inocorrência. Correção pela poupança. Nulidade decretada de ofício. Substituição pelo INPC.

"A incidência da penalidade prevista no art. 1.531 do Código Civil reclama, em razão da sua gravidade, a comprovação da má-fé do credor. A comprovação dessa má-fé é matéria estranha ao restrito âmbito dos embargos do devedor, exigindo, para o seu reconhecimento, ação autônoma, principalmente quando não caracterizada ela através de prova irrefragável" (TJSC, Ap. Cív. n. 97.012398-1, de São José, rel. Des. Trindade dos Santos).

A obrigação decorrente de nota promissória pode ser firmada entre quaisquer pessoas, obedecido o disposto sobre a capacidade das partes no direito civil.

É nula a estipulação de correção monetária pela poupança, uma vez que se trata de índice de captação de recursos acrescido de juros.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.014365-9, da comarca de Pinhalzinho, em que são apelantes Astor Inácio Muller e Claristeu Stertz e apelado Natalino Zanco:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso e de ofício afastar a incidência da poupança, substituindo-a pelo INPC.

Custas legais.

1. Astor Inácio Muller e Claristeu Stertz opuseram embargos à execução que lhes move Natalino Zanco, fundada em nota promissória.

O MM. Juiz de Direito a quo acolheu os embargos e declarou nula a estipulação de juros por infringir o limite constitucional. Porque nula, desconsiderou a pactuação a respeito, aplicando os juros legais de 6% ao ano. Condenou o embargado ao pagamento de custas processuais e honorários arbitrados em 10% do valor da causa.

Em recurso de apelação, os embargantes requereram a aplicação do art. 1.531 do Código Civil. Repisaram os argumentos dos embargos para exigir condenação do exeqüente por litigância de má-fé. Aduziram estar a má-fé comprovada, tendo-se em vista cobrança de juros extorsivos e in-

fração à "legislação do Mercado de Capitais".

O apelado apresentou contra-razões, sustentando a manutenção da sentença.

2. Nega-se provimento ao recurso.

2.1. Da aplicação da sanção do art. 1.531 do Código Civil.

A matéria não é passível de análise em sede de embargos à execução. É entendimento deste Pretório que a condenação pelo art. 1.531 exige a comprovação de má-fé, atividade eminentemente cognitiva, a exigir ação autônoma.

Assim, extrai-se da jurisprudência:

"Para a aplicação do art. 1.531 do Código Civil brasileiro mister a comprovação irrefragável do dolo do exeqüente que cobra judicialmente quantia já paga. Não evidenciada, contudo, a intenção lesiva ao patrimônio do devedor, não há como infligir-lhe a penalidade ali prevista. Ademais, consoante reiteradamente tem decidido este colendo Pretório, a imposição do indigitado dispositivo reclama ação autônoma" (TJSC, Ap. Cív. n. 97.007391-7, de Criciúma, rel. Des. Orli Rodrigues).

2.2. Resta incomprovada a alegação de litigância de má-fé por parte do exeqüente.

A matéria não é simples, e seu entendimento vem sofrendo expressivas modificações diante da evolução no campo da hermenêutica jurídica.

No ensinamento de Ovídio Baptista:

"Segundo dispõe o art. 17, reputa-se litigante de má-fé aquele que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso. O estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil dispõe, em seu art. 34, inc. VI, constituir infração disciplinar 'advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior'. Supõe-se que a lei tenha sempre univocidade de sentido, o que é rigorosamente falso. A hermenêutica contemporânea, por seus mais expressivos representantes, admite que a norma legal tenha suficiente abertura semântica, capaz de admitir dois ou mais modos legítimos de interpretá-la, o que torna, sob o ponto de vista prático, tarefa extremamente árdua o reconhecimento de que a parte esteja a postular contra o texto expresso de lei" (Comentários ao Código de Pro- cesso Civil. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, vol.1, págs. 112/113).

A disposição sobre litigância de má-fé prevista no Código de Processo Civil existe para coibir a tentativa da utilização do Poder Judiciário para fins escusos. O Judiciário, atuando na composição de uma lide, decide quais medidas devem ser tomadas em obediência aos parâmetros legais, numa situação em que ambas as partes alegam estar o direito lhe atribuindo razão, em prejuízo da outra. É evidente que em tal situação a parte perdedora na ação sofrerá a declaração de estar sua argumentação em oposição ao Direito. Porém, determinar-lhe sanção por litigância de má-fé porque, diante do texto legal, sua argumentação sucumbiu à da parte contrária, seria, em

última análise, reprimir o acesso à Justiça. A aplicação da sanção prevista no art. 18 exige, portanto, evidente caracterização da má-fé do litigante.

No caso em tela, o exeqüente vem cobrar dívida fundada em nota promissória. Em sentença, foram reduzidos os juros, utilizando-se do limite constitucional de juros para declarar nula a estipulação de 2% ao mês.

Ora, a discussão sobre a legalidade dos encargos é matéria absolutamente controvertida na jurisprudência e na doutrina. Embora seja também o entendimento desta Câmara a submissão dos contratos de crédito ao limite constitucional de juros, a cobrança de juros de 2% — acima do limite legal, é certo — não caracteriza, por si só, a má-fé do credor.

2.2.1. Não prospera a alegação de que o apelado estaria praticando atividades legalmente reservadas às instituições financeiras. Não infringe em qualquer aspecto o ordenamento jurídico a firmação de promissória entre particulares. Tanto menos se tem aí caracterizada a má-fé do exeqüente.

Não é despiciendo lembrar o conceito sobre nota promissória, na lição de Fran Martins:

"Entende-se por nota promissória a promessa de pagamento de certa soma em dinheiro, feita, por escrito, por uma pessoa, em favor de outra, ou à sua ordem" (Títulos de Crédito. 11. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995, vol. 1, pág. 377).

A legislação pertinente às notas promissórias é regulada nos Decretos ns. 2.044, de 1908, e 57.663, de 1966. Nenhum dos dispositivos de tais diplomas restringe a emissão de promissórias exclusivamente às instituições financeiras. Trata-se de promessa de pagamento, podendo a obrigação firmar-se entre quaisquer particulares.

Na precisão de Pontes de Miranda:

"Nenhuma dificuldade apresenta a capacidade de direito no tocante às notas promissórias. Quem quer que tenha capacidade de direito, em geral, a tem para a assunção de vinculações cambiárias, quaisquer, em notas promissórias. Se bem que se trate de título comercial e de dívidas comerciais, não é de mister que comerciante seja o obrigado (aliter quanto às duplicatas mercantis). Tampouco, o titular dos direitos oriundos dos títulos cambiários" (Tratado de Direito Cambiário. Campinas: Bookseller, 2000, vol.II, pág .77).

3. Afasta-se, de ofício, a incidência da poupança como índice de correção monetária, para substituí-la pelo INPC.

Pretende o embargado, como se lê na execucional, ver o valor da dívida corrigido em conformidade com os ganhos da poupança.

A poupança é medida com base na taxa referencial, acrescida ainda de juros. "Os depósitos são remunerados a uma taxa de juros de 0,5% ao mês, aplicada sobre os valores atualizados pela TR — Taxa Referencial, creditada mensalmente a cada dia limite".

A imprestabilidade da TR como índice de correção monetária é matéria de reiteradas decisões desta Câmara. A questão é resolvida ex officio, evitando assim omissão do julgado sobre o tema bem como eventuais questionamentos posteriores.

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 da 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" (art. 1º).(grifou-se). 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 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 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.

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 demonstradas 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. TR. Imprestabilidade. Correção monetária. Índice de janeiro de 1989. Inflação real. Cômputo.

"A taxa referencial de juros — TR — não é índice de correção mone- tária 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 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.

"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 estabelecimentos 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 reflete — 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 cus-

to 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 — Recurso 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 se admitisse que as partes acordassem cláusulas reconhecidas como inconstitucionais ou cláusulas ilegais por determinação do Codecon, pelo Código Civil e outros diplomas".

A remuneração pela poupança, significando incidência de 0,5% ao mês sobre a TR, está muito distante de refletir a desvalorização da moeda. Não pode portanto ser estabelecida como fator de correção monetária. 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.

4. Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso e afasta-se, de ofício, a incidência da correção pela poupança, para substituí-la pelo INPC.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 9 de agosto de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.009522-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Compra e venda de automóvel. Alienação fiduciária. Restrição desconhecida do comprador. Vendedor e instituição financeira. Infringência ao princípio da boa-fé objetiva. Litigância de má-fé. Abuso do direito de recorrer. Inocorrência.

O direito contemporâneo é pautado pelo princípio da boa-fé objetiva, que impõe os deveres de lealdade, lisura e retidão, tutelando a confiança dos envolvidos na relação obrigacional. Diferentemente da boa-fé subjetiva, não requer o elemento "intenção", pautando-se pelas características do bonus pater familias.

Se comprador de veículo automotor é ludibriado por situação causada entre vendedor e instituição financeira, os deveres anexos ao princípio da boa-fé restam violados. A solução não pode ser outra que não a de se tutelar a confiança de quem agiu em conformidade com os padrões médios exigíveis, no caso, o comprador.

Fere o princípio da boa-fé a instituição financeira que pré-data documento, levando terceiro de boa-fé a erro, assim como quando deixa de levar a registro contrato de alienação fiduciária.

"Para a proteção do terceiro adquirente de boa-fé, é indispensável o registro da alienação fiduciária no ofício de títulos e documentos e no certificado expedido pela repartição de trânsito" (Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr.).

Não configura litigância de má-fé a utilização moderada dos recursos. Para tal é necessária a evidente deslealdade, a resistência injustificada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.009522-2, da comarca da Capital, em que é apelante Banco Sudameris Brasil S.A., sendo apelado Altair Acorde e interessado Claudionor Pereira:

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

Custas de lei.

1. Altair Acorde ajuizou ação de anulação de ato jurídico em face de Banco Sudameris Brasil S.A. e Claudionor Pereira, sustentando ter adquirido um automóvel Vectra do segundo réu.

Alegou que entregou em pagamento um veículo Ômega, mais R$ 6.000,00, tendo recebido certificado

de registro e licenciamento do Vectra, com o campo observações preenchido com a informação "sem restrições".

Informou que, quando já estava na posse do automóvel, recebeu do mediador do negócio outro certificado, dessa vez com registro de alienação fiduciária ao Banco Sudameris, primeiro réu.

Salientou que a alienação fiduciária foi registrada no mesmo dia da nota fiscal de saída do veículo, entendendo evidenciar-se, por esse motivo, simulação de negócio jurídico, tendo em vista a impossibilidade de, na data em que foi tirada a nota fiscal, ser realizada alienação fiduciária. Adicionou que tal negócio fora firmado em favor do Banco Sudameris pelo segundo réu em substituição ao veículo inicialmente alienado, um Tempra.

Em sua contestação, o segundo réu, Claudionor Pereira, asseverou que inicialmente a garantia recaía sobre um Tempra e que, posteriormente, teve que substituí-la pelo Vectra alienado ao autor em vista da devolução do primeiro veículo (o Tempra). Ou seja, o empréstimo era garantido por um Tempra e, a pedido do mutuário (Claudionor Pereira), foi tal garantia substituída pelo Vectra.

Disse que a data da alienação é a mesma da nota fiscal em virtude da praxe bancária.

O primeiro réu, Banco Sudameris Brasil S.A., argumentou que a lesão foi levada a cabo pelo mediador do negócio e que não há como lhe ser imputada a responsabilidade, pois cabia ao autor e ao segundo réu, na transação, verificar a documentação apresentada.

Alegou que para valer contra terceiros a garantia só requer o registro no Detran.

O Dr. Juiz de Direito julgou procedente em parte o pedido, declarando a ineficácia da alienação fiduciária em face do autor. Condenou os réus ao pagamento de 15% sobre o valor da causa a título de despesas processuais e honorários advocatícios.

Irresignado com a prestação jurisdicional, o primeiro demandado apresentou recurso de apelação. Sustentou que os atos foram praticados de má-fé unicamente pelo segundo réu, Claudionor Pereira, devendo a instituição financeira ser excluída de qualquer responsabilidade.

Disse que a pré-datação do contrato de aditamento na substituição do bem garantido foi fruto de engano de funcionário da instituição financeira, não configurando má-fé ou conluio entre as partes. Salientou também que tal equívoco não retira a propriedade do banco sobre o automóvel.

Afirmou que não poderia o magistrado declarar a ineficácia do contrato de alienação fiduciária em relação a terceiros, em vista de o próprio funcionário encarregado desses contratos, em seu depoimento, ter dito ser esta a praxe do banco.

Em contra-razões o apelado sustentou que os contratos de alienação fiduciária, para valerem contra terceiros, devem ser registrados no cartório de títulos e documentos.

Salientou a litigância de má-fé do apelante, por abuso do direito de recorrer.

2. Nega-se provimento ao recurso.

2.1. Trata-se de apelação cível interposta contra sentença que, em sede de ação de anulação de ato jurídico, declarou ineficaz o contrato de alienação fiduciária em face do autor.

Em primeiro lugar, cumpre indicar o conceito do princípio da boa-fé no atual ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio da boa-fé geralmente tem duas acepções. Na acepção subjetiva, a boa-fé indica um caráter interno e psicológico da vontade, tomado em consideração unicamente o sujeito. Fernando Noronha ensina ser um "estado de ignorância sobre as características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem" (O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo : Saraiva, 1994, pág. 132). Em outras palavras, está de boa-fé aquele que, ignorando as características da situação jurídica, ou mesmo a existência do direito, atua de modo a causar dano.

O vocábulo foi trazido do direito alemão, sendo lá representado pela expressão guter Glauben, que literalmente significa "boa crença". Tem como antítese a expressão má-fé e é nesse sentido (subjetivo) que o Código Civil e as legislações mais antigas o mencionam.

Mas não basta ao conceito subjetivo de boa-fé que se esteja em estado de ignorância, é preciso que essa ignorância seja desculpável. Ou seja, que a lesão tenha sido cometida mesmo se observados os limites de cuidado e negligência do "bom cidadão", do bonus pater familias (Noronha, op. cit., págs. 133/134).

No entanto, essa noção de boa-fé não se sustenta mais no direito pós-moderno, pois desde que se abandonou a teoria da vontade, e conseqüentemente o dogma da autonomia da vontade, é sabido que pesquisar a intenção das partes é tarefa impossível. Isso porque "a intenção, enquanto íntima, individual, recôndita, a ninguém obriga nem aproveita, juridicamente; para atingir o seu fim social, ter eficiência, converter o desejo em fato, interessar à coletividade, precisa ser exteriorizada, publicada, declarada; e ainda não basta; a vontade manifesta, conhecida, não prevalece desde que se contraponha à Justiça e ao interesse geral" (Carlos Maximiliano. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 8ª ed., São Paulo, Freitas Bastos, 1965, pág. 350).

Criou-se, então, para suprir essa dificuldade, a figura da boa-fé objetiva, que tem caráter normativo. Tal figura foi positivada pela primeira vez no § 242 do Código Civil alemão, tendo-se difundido por quase todos os ordenamentos jurídicos.

Diz-se objetiva a boa-fé do direito alemão porque não requer a perquirição de elementos internos ao sujeito, eis que invoca um dever, uma obrigação socialmente recomendada. É a tradução da expressão germânica Treu und Glauben, que significa lealdade e confiança. Vale dizer, a boa-fé objetiva é um dever de conduta lastreado na lealdade, na lisura, na retidão e, principalmente, como alerta a maior monografista brasileira do assunto, Judith Martins-Costa, "na consideração para com os interesses do 'alter', visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado" (A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo

obrigacional. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 412).

Por isso também é comum ver o princípio designado por boa-fé confiança. É um dever jurídico imposto objetivamente a qualquer dos contratantes, mas não se contrapõe à idéia de má-fé. Quem cumpre está de boa-fé, quem não cumpre não está de boa-fé — não existe a má-fé objetiva.

Entre nós, o princípio somente é reconhecido topicamente no art. 131, I, do Código Comercial, nos artigos 4º, III, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 112, 1.002, 1.073, 1.404, 1.405, 1.438, 1.443 e 1.444 e principalmente no art. 155, todos do Código Civil. Também nos artigos 14, 17 e 630 do Código de Processo Civil, já estando presente no Projeto de Código Civil, em seu art. 422: "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé" (Ruy Rosado Aguiar Jr. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro, Aide, 1991, págs. 240/241; e Noronha, op. cit., pág. 137).

Obviamente o fato de não haver no direito brasileiro, como em outros sistemas, menção expressa ao princípio da boa-fé não quer dizer que seja inaplicável. Se é princípio, tem normatividade. É da mesma opinião Clóvis do Couto e Silva:

"No Direito brasileiro poder-se-ia afirmar que, se não existe o dispositivo legislativo que o consagre, não vigora o princípio da boa-fé no Direito das Obrigações. Observa-se contudo ser o aludido princípio considerado fundamental, ou essencial, cuja presença independe de sua recepção legislativa" (apud Ruy Rosado. Op. cit., pág. 241, grifou-se).

No caso presente, ficou documenalmente comprovado nos autos que o veículo foi alienado fiduciariamente antes de sair do patrimônio do segundo réu, embora constasse do termo de aditamento de substituição de garantia que o bem sofreu a restrição antes mesmo de ter sido emitida sua nota fiscal (fls. 21 e 22). Em outras palavras, os réus realizaram a alienação fiduciária antes da existência formal do bem, tendo o segundo réu alienado o automóvel depois desse fato. Em resumo, o bem foi vendido com a restrição da alienação fiduciária como se não o fosse.

Em assim agindo, ambos, instituição financeira e vendedor, agiram de forma contrária ao princípio da boa-fé, uma vez que não agiram com a devida lealdade, ou com o devido respeito à pessoa do autor.

Mas, falar-se em conceitos como probidade, lealdade e lisura pode levar a uma indefinição acentuada, em virtude de ser a boa-fé cláusula geral do sistema jurídico. Por isso a doutrina vem reconhecendo deveres e princípios reflexos ao de boa-fé, como, por exemplo, o princípio da transparência e o dever de informar.

O princípio da transparência, segundo Cláudia Lima Marques, significa "informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo" (Contratos no Código de Defesa do

Consumidor. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pág. 206, grifou-se).

Posto o caso em apreço não se trate de relação de consumo, o princípio da transparência é reflexo do de boa-fé (lealdade), pelo que informa todo o direito brasileiro, não só as relações de consumo.

Assim, pode-se dizer que o segundo réu, Claudionor Pereira, tinha o dever de informar o autor da restrição incidente sobre o Vectra. Cláudia Lima Marques não deixa dúvidas: "este dever de informar concentra-se, inicialmente, nas informações sobre as características do produto ou do serviço oferecido no mercado" (op. cit., pág. 241).

E a razão de ser do princípio é simples. Para que a declaração da parte possa vinculá-la, é necessário que tenha sido prestada com o mínimo de autonomia. O comprador do veículo, se estivesse bem informado acerca das condições do veículo e das restrições que recaíam sobre ele, talvez tivesse optado por não concluir o negócio, ou até mesmo barganhado no preço.

Assim, pode-se enunciar que, se em virtude da ausência de informações, ou de sua falsidade, a parte declara-se obrigada a algo, é evidente que não se pode considerá-la autônoma nesse ato. Em decorrência, não se lhe pode impingir o ônus de suportar as conseqüências da declaração.

Mas o negócio não foi fruto unicamente da ausência de boa-fé do segundo réu. A instituição financeira, ao pré-datar o instrumento de substituição de garantia, agiu inconseqüentemente, para não dizer levianamente. Ora, se o princípio da boa-fé objetiva encerra um dever de lealdade, de lisura nos negócios, não se pode dizer que o banco assim procedeu. Aliás, seu funcionário não nega o fato, chegando ao disparate de afirmar ser "praxe bancária" tal atitude. Em síntese, não agiu como agiria o bonus pater familias, ou, no caso, o bom profissional.

Sobre esse dever de boa-fé da financeira, Ruy Rosado Aguiar Jr. já assentou:

"A financeira, para ficar com a garantia prevista no Decreto-Lei n. 911/69, deve certificar-se da realidade da operação subjacente. ...Esse dever de cuidado lhe cabe porque a alienação fiduciária é uma modalidade de operação financeira, que dá ao credor, instituição financeira, uma situação de especial privilégio e garantia, não devendo ser usado indevidamente para outras situações senão aquelas para as quais foi criada. No momento em que os requisitos próprios da operação fiduciária inexistem, ela perde as suas características para ser usada com mascaramento de simples empréstimos ou até, como há indícios nos autos, para operações triangulares em benefício de terceiros" (RJTJRGS 125/393, grifou-se).

Por esses motivos, e considerando o princípio da boa-fé objetiva, não se pode imputar somente ao segundo réu a responsabilidade pelo ocorrido, como quer o apelante. Ademais, manter a alienação fiduciária e obrigar o réu Claudionor Pereira a indenizar o banco levaria invariavelmente ao inadimplemento do mútuo que originou a alienação fiduciária, possi-

bilitando a retomada do bem por parte da instituição financeira. O prejuízo, em outras palavras, seria todo do autor, o único que agiu de boa-fé no caso dos autos.

Nesse sentido, a jurisprudência tem entendido que os contratos de alienação fiduciária, para surtirem efeitos em relação a terceiros, devem ser registrados no Departamento de Trânsito e no cartório de títulos e documentos.

Wilson de Souza Campos Batalha ensina:

"A alienação fiduciária somente se prova por escrito e seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, será obrigatoriamente arquivado, por cópia ou microfilme, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, sob pena de não valer contra terceiros" (Comentários à Lei de Registros Públicos. 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, pág. 448).

E mais adiante adverte: "a alienação fiduciária em garantia de veículo automotor deverá, para fins probatórios, constar do certificado de registro, a que se refere o art. 52 do Código Nacional de Trânsito" (atualmente o art. é o 120, da Lei n. 9.503/97) (op. cit., pág. 450).

No Superior Tribunal de Justiça, a Quarta Turma, em acórdão da lavra do eminente Ruy Rosado de Aguiar Jr., decidiu:

"Alienação fiduciária. Terceiro adquirente. Boa-fé. Veículo automotor.

"Para a proteção do terceiro adquirente de boa-fé, é indispensável o registro da alienação fiduciária no ofício de títulos e documentos e no certificado expedido pela repartição de trânsito" (REsp n. 34957/SP).

2.2. Quanto à aventada litigância de má-fé, sem razão o apelado.

A improbidade processual pressupõe não só o elemento subjetivo, mas o prejuízo processual. A hipótese poderia enquadrar-se no item I do artigo 17 do CPC. Todavia, em não existindo vedação legal expressa, ainda assim, era direito do apelante recorrer.

Portanto, a defesa intentada não extrapolou os limites do exercício regular de um direito. Ademais, o direito de ação, nele subsumido o direito de recorrer, por ser subjetivo público, pode ser exercitado por quem tenha ou não razão, incumbindo ao Estado-Juiz dirimir o conflito, por deter o monopólio da jurisdição.

Assim, não se vislumbrando afronta à lei processual, insubsiste fundamento para a cominação da penalidade.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

"Só há litigância de má-fé, comprovado o dolo processual, resistência completamente injustificada, intenção malévola.

"Defesa, embora bastante desarrazoada, não comporta dolo processual" (Ap. Cív. n. 96.005845-1, rel. Cláudio Barreto Dutra).

3. Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Maria do Rocio Santa Ritta.

Florianópolis, 29 de março de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.009399-3, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Trindade dos Santos

Reintegração de posse. Leasing. *Valor residual garantido. Cobrança antecipada. Desnaturação do contrato com sua transformação em compra e venda a prazo. Matéria reconhecível de ofício. Extinção do pleito possessório. Apelo desprovido.*

Imposta contratualmente a obrigação de antecipação do pagamento do Valor Residual Garantido, ou seja, do próprio preço da aquisição, descaracterizado estará o contrato de arrendamento mercantil, com o desaparecimento da figura da promessa unilateral de venda e com a erradicação da possibilidade de exercício, pelo arrendatário, das demais opções que lhe são ensejadas pela lei: a devolução do bem ou a renovação do arrendamento. O contrato, em tal hipótese, passa a revelar uma mera operação comum de compra e venda, tal como reflete o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099/74.

A cláusula que, em ajuste de leasing, *impõe o pagamento antecipado do VRG, por retirar do arrendatário a possibilidade de exercer, ao final do contrato, a tríplice opção que caracteriza essa modalidade contratual — adquirir o bem, devolvê-lo à arrendante ou renovar o arrendamento — é abusiva e ilegal, sendo, por isso, passível de controle judicial a ser exercido de ofício, conforme preconizado pelo Código de Defesa do Consumidor.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.009399-3, da comarca de Itajaí (3ª Vara Cível, Infância e Juventude), em que é apelante Jorge Luiz Balduino, sendo apelada Autolatina Leasing S.A. — Arrendamento Mercantil.

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, de ofício extinguir o processo, julgando prejudicado, em decorrência, o apelo deduzido.

Custas de lei.

I — Relatório

Autolatina Leasing S.A. — Arrendamento Mercantil aforou, contra Jorge Luiz Balduino, ação de reintegração de posse, expondo, em linhas gerais, haver ela, em 22/12/95, pelo contrato n. 156.427-7, arrendado ao demandado um veículo Volkswagen, modelo Kombi STD, cor branco geada, ano de fabricação 1995, modelo 1996, chassis n. 9BWZZZ231SPO42197, movido à gasolina, pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, estipulando o pacto os valores das contraprestações mensais e a forma de reajuste.

No entanto, deixou o requerido de efetuar o pagamento das parcelas vencidas a partir de março a agosto, os encargos referentes às mesmas prestações e aqueles incidentes sobre a parcela 2, paga em atraso, acarretando com isso, independentemente de intervenção judicial, consoante cláusula resolutória expressamente convencionada, a rescisão contratual.

Por conseguinte, sobreveio a obrigação de o acionado promover incontinenti a restituição do veículo arrendado, com essa não devolução caracterizando o esbulho possessório nos termos da lei e do contrato firmado.

Com esteio nos arts. 499 e 506 do Código Civil, c/c o art. 928 e segs. do CPC, requereu a concessão da reintegração initio litis, com a procedência, a final, do pedido, condenado o demandado ao pagamento dos encargos da sucumbência, multa contratual e cominações decorrentes do inadimplemento convencionado.

Deferida e executada a liminar pleiteada, o requerido ofertou contestação, argüindo, em preliminar, a carência da ação intentada, em face de não haver ele, em momento algum, firmado o contrato de arrendamento mercantil trazido aos autos; mesmo porque, como pessoa física, não poderia firmá-lo, já que inexiste no mercado disponibilidade de arrendamento mercantil às pessoas físicas.

Invocou, outrossim, como fator extintivo do processo, a existência de irregularidade na representação processual da postulante; no mérito, manifestou-se sobre a cobrança antecipada do VRG e sobre a inexigibilidade do saldo devedor do financiamento.

Após a manifestação da autora sobre os termos da contestação apresentada, o MM. Juiz de Direito prolatou sentença, afastando as preliminares aduzidas pelo contestante e julgando procedente o pedido inicial, ratificando o teor da liminar deferida e consolidando em mãos da autora a propriedade e a posse plenas do veículo lisado. Impôs ao demandado o pagamento das custas processuais, honorários advocatícios, bem como das prestações vencidas até a data da efetiva restituição do bem, mais respectivos encargos e multa contratual.

Irresignado o acionado interpôs recurso de apelação, buscando a anulação do julgado monocrático, ao argumento de que o Sentenciante incidiu em evidente equívoco, ao enfatizar, em decidindo a prefacial por si argüida, ser admissível a contratação de arrendamento mercantil com pessoas físicas, quando, em verdade, o que defendeu o apelante é que o contrato embasador da inicial não foi firmado consigo, como pessoa física, mas sim com a pessoa jurídica; após considerações várias sobre os demais tópicos abordados na sentença atacada, pugnou pela sua anulação, posto que infringido o art. 460 do CPC, para que outra seja proferida.

O recurso foi rebatido, em todos os seus termos, pela apelada.

II — Voto

Impõe-se decretada, de ofício, a extinção do pleito possessório formulado pela instituição financeira recorrida, julgando-se prejudicada, em decorrência, a irresignação apelatoriamente manifestada pelo arrendatário acionado.

Coloque-se, de início que, ao contrário de épocas antanhas, as atuais teorias contratuais baseiam-se na função social do contrato; não mais há como subsistir, diante do nosso Texto Magno e, mormente, das avançadas concepções trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor, a vetusta concepção civilista/patrimonialista, que tinha no princípio do pacta sunt servanda o seu enunciado motivador.

A própria Carta Magna, atendendo aos anseios da sociedade, fixou um novo horizonte, mais humanista e eficaz na consecução dos direitos políticos, incorporando também diversos direitos sociais. Por esses motivos ficou expressamente consignado em seu preâmbulo:

"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil".

Nos tempos atuais, inquestionável é que se impõe erradicada dos contratos a total prevalência do princípio da autonomia da vontade, erigido como um dos pilares da segurança jurídica, retirando-lhe aquele caráter de inviolabilidade que tinha, inviolabilidade essa que, ligada ao apanágio absoluto da liberdade contratual, gerava, em nome desta, distorções, desequilíbrios e injustiças de toda a sorte.

Como com total propriedade deixou assentado o emérito Clóvis Couto e Silva:

"Sustentar sempre a prevalência da vontade, ainda que só a sua manifestação, ou puramente o preceito que decorre do contrato, seria uma solução que não atenderia, as mais das vezes, às situações da vida" (A obrigação como processo. São Paulo, José Bushatsky Editor, 1976, pág. 43, apud Martins, Guilherme Magalhães. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 9, pág. 77).

É uma grande mistificação, enfatize-se, pretender que no mundo atual coexista sempre a liberdade contratual, haja vista que, na maioria das vezes, o ser humano é obrigado a contratar, como forma única de uma subsistência mais digna. Essa liberdade contratual é nenhuma, ou quase nenhuma, nos contratos bancários, por exemplo, nos de água, luz, telefone, transporte etc. Para as empresas comerciais a obtenção de crédito, por exemplo, é questão de subsistência, ao passo que para as pessoas físicas é, acima de tudo, integrativo da cidadania.

Por isso mesmo — e a lição aqui é de Paulo Luiz Neto Lôbo:

"O contrato, que exercera uma função individual, segundo o ideário do liberalismo, passa por uma transformação estrutural, para atender uma função social, segundo a ideologia igualitarista" (O contrato: exigências e

concepções atuais. São Paulo, Saraiva, 1986, pág. 17).

Conclui-se, então, que toda a base teórica e ideológica sobre o qual se assentava o princípio do pacta sunt servanda, dogmatizando o liberalismo, pregando a não intervenção nos contratos e cultuando o elemento vontade das partes, decorrente da doutrina do laissez-faire, há que ser repensada à luz da função social do contrato.

Ponderado isso, diremos que o posicionamento hoje ostensivamente majoritário nos Tribunais Pátrios apregoa a efetiva descaracterização do contrato de leasing quando existente a cobrança antecipada do Valor Residual Garantido (VRG), com a sua transmudação em mero contrato de compra e venda a prazo.

É de se ressaltar que, no nosso País, os contratos de arrendamento mercantil não têm uma legislação regente específica, sendo eles, de modo subsidiário, regulados e disciplinados pela Lei n. 6.099, de 12/9/74, com as alterações decorrentes da Lei n. 7.132, de 26/10/83, e do Regulamento Anexo à Resolução n. 980, de 13/12/84, do Banco Central do Brasil, editadas para a regulamentação dos efeitos fiscais de tais contratos.

Destarte, a tais celebrações são aplicáveis as regras gerais de direito atinentes aos contratos em geral e, em especial, aos de adesão, como soem ser os pactos de leasing.

O arrendamento mercantil, na forma em que está concebido no direito pátrio, é contrato de natureza complexa, posto que, na sua essência originária, é ele de locação, mas com opção de compra do bem lisado, ao final do período contratual, pelo arrendatário, por preço previamente ajustado pelas partes. E não só: ao término do prazo de arrendamento, o arrendatário poderá optar por devolver o bem ou, então, por renovar o próprio arrendamento.

Regulamentando o arrendamento mercantil no nosso direito, a Lei n. 6.099, de 12/9/74, com as alterações introduzidas pela Lei n. 7.132, de 26/10/83, definiu o instituto como sendo:

"(...) o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta".

Referido diploma legal coloca, em seu art. 5º, a opção de compra como requisito essencial do contrato.

Nesse contexto, afirme-se que, quando a parte arrendatária paga, a título de entrada, o valor inicial, equivalente à parte da compra do bem, e paga mensalmente parcelas do valor residual garantido (VRG), por óbvio já foi feita a opção de compra, restando ele como proprietário de parte do bem, o que descaracteriza a figura do arrendamento mercantil, que na verdade é uma locação, com possibilidade de compra no final do prazo contratual.

Assim, como ocorreu na espécie, trata-se, não mais de um arrendamento mercantil, mas sim de uma compra e venda a prazo, posto que o arrendatário já pagou, com a entrada, parte do valor da opção de compra, e está a pagar mensalmente, por intermédio das parcelas do Valor Residual

Garantido, o preço da aquisição do bem e não somente o valor da locação.

Esse raciocínio é por demais lógico, haja vista que já havendo as partes acordado, pelo próprio contrato, que a opção de compra seria feita de imediato, pelo pagamento da entrada, e/ou no decorrer do arrendamento, pelas antecipações do Valor Residual Garantido, diluído, porém individualizado, nas prestações, na verdade se está a configurar um contrato de compra e venda a prazo, disfarçado sob a denominação de arrendamento mercantil.

Aliás, quem já adquiriu bens na modalidade de leasing sabe perfeitamente que valor residual garantido nada mais é, na prática, do que uma complementação da prestação, não havendo, na realidade, a estipulação de nenhum resíduo. Ao término dos pagamentos, a propriedade do bem passa automaticamente ao arrendatário, retirada a opção de compra — já que ninguém irá adquirir novamente o bem já integralmente pago —, a de devolução do bem, pois ninguém em sã consciência irá devolver um bem que já é seu e cujo preço está totalmente quitado, bem como não irá optar por arrendar novamente um bem que já lhe pertence.

Tal fato fica evidente, ante o comando da Lei n. 6.099, de 12 de setembro de 1974, quando dispõe, no § 1º, do artigo 11:

"A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta Lei será considerada operação de compra e venda à prestação".

A Resolução n. 980, de 13 de dezembro de 1984, que disciplina as operações de arrendamento mercantil, prescreve no item e de seu art. 90:

"Os contratos de arrendamento mercantil devem ser formalizados por instrumento público ou particular, devendo constar obrigatoriamente, no mínimo, as especificações abaixo relacionadas:

"e) as condições para o exercício, por parte da arrendatária, do direito de optar, após cumprido o prazo do arrendamento, pela renovação do contrato, pela devolução dos bens ou pela aquisição dos bens arrendados".

O item g e seu inciso 1º, definindo a questão, preceituam:

"g) as despesas e os encargos adicionais que ficarem por conta da arrendatária ou da entidade arrendadora, admitindo-se:

"1º — a obrigação da arrendatária de pagar, no final do prazo de arrendamento, um valor residual garantido, sempre que optar pelo não exercício da opção de compra".

Finalmente, em seu art. 11, define claramente a Resolução n. 980/84:

"A operação será considerada de compra e venda à prestação se a opção de compra for exercida antes do término da vigência do contrato de arrendamento".

Segundo Arnoldo Wald, arrendamento mercantil é o contrato pelo qual determinada empresa:

"(...) desejando utilizar determinado equipamento, ou um certo imóvel, consegue que uma instituição financeira adquira o referido bem, alugando-o ao interessado por prazo cer-

to, admitindo-se que, terminado o prazo locativo, o locatário possa optar entre a devolução do bem, a renovação da locação, ou a compra pelo preço residual fixado no momento inicial do contrato" (RT 415).

Da mesma forma, enfatiza Celso Benjó que o arrendamento mercantil:

"(...) consiste no negócio jurídico bilateral pelo qual uma das partes, necessitando utilizar um determinado bem, procura uma instituição financeira para que promova a compra do mesmo para si e, posteriormente, lhe entregue em locação, mediante uma remuneração periódica, em geral, no seu somatório, superior ao preço da aquisição. Ao final do prazo contratual, via de regra, surgem três opções para o locatário: a de tornar-se proprietário mediante o pagamento de uma quantia, a de renovar a locação por um valor inferior ao primeiro período locativo ou a de devolver a coisa locada" (O Leasing na sistemática jurídica nacional e internacional, Revista Forense, abril a junho de 1981, pág. 15).

Observa o aplaudido Dejalma de Campos que:

"(...) o que caracteriza a operação de arrendamento que se denomina leasing é o seguinte: 1º) forma contratual do tipo complexo (locação de coisas, promessa unilateral de venda e eventualmente, uma venda); 2º) pagamento periódico pelo arrendatário de quantia prefixada (prestações locativas); 3º) opção de compra no final; por preço residual. Consistente no preço da venda inicial acrescido do custo financeiro, descontadas as prestações locativas já pagas" (ISS Um Aspecto Tributário do Leasing, Revista de Direito Tributário 19/20, pág. 334).

Afirma, de modo idêntico, Jorge Pereira Andrade:

"É característica essencial do contrato de leasing a oferta unilateral da arrendante à arrendatária de três opções ao final do contrato, sendo que uma delas obrigatoriamente deverá ser exercida:

"a) comprar o bem por valor residual adredemente determinado;

"b) devolver o bem;

"c) renovar o contrato" (Arrendamento Mercantil Leasing, in Contratos Nominados, coord. por Yussef Said Cahali, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 216).

Não divergindo, preleciona a brilhante Maria Helena Diniz:

"Infere-se daí que no arrendamento mercantil apresentam-se os seguintes elementos jurídicos essenciais à sua caracterização:

"(...)

"5º O arrendatário, findo o prazo do arrendamento, tem a tríplice opção de: a) adquirir os bens, no todo ou em parte, por preço menor do que o bem de sua aquisição primitiva convencionando no próprio contrato, levando-se em conta os pagamentos feitos a título de aluguel; b) devolvê-los ao arrendador, ou c) prorrogar o contrato, mediante o pagamento de renda muito menor do que o do primeiro arrendamento (...) é preciso, ainda, não olvidar, que nada impede (Res. n. 980/84, art. 11, e Lei n. 6.099, art. 11, §§ 1º a 3º) o exercício da opção antes do término contratual, mas o contrato deixará de ser leasing financeiro, e passará a ser considerado compra e

venda à prestação" (Tratado Teórico e Prático dos Contratos, São Paulo, Saraiva, 1993, vol. 2, págs. 358 e 359).

Outro não é o ensinamento do preclaro Tavares Paes, quando diz:

"O leasing é um contrato de arrendamento, mas com peculiaridades: o fabricante dos bens fecha o contrato de leasing (instituição financeira) e não diretamente com o locatário. É um contrato mediante o qual uma pessoa jurídica que deseja utilizar determinado bem ou equipamento, por determinado lapso de tempo, o faz por intermédio de uma sociedade de financiamento, que adquire o aludido bem e lhe aluga. Terminado o prazo locativo, passa a optar entre a devolução do bem, a renovação da locação, ou a aquisição pelo preço residual fixado inicialmente" (Contratos, RT, 2ª ed., 1993, pág. 15).

Não é, entretanto, o que ocorre nos contratos de leasing postos em prática pelas instituições financeiras pátrias.

Na verdade, o valor residual garantido não tem sustentação legal. Não é previsto na Lei n. 6.099/12/9/74 e nem na Lei n. 7.132/26/10/83, que alterou a Lei n. 6.099.

Foi criado pela Resolução 980/13/12/84, do Bacen, que, no art. 9º, g, I, do seu regulamento, criou, como despesa ou encargo adicional, "a obrigação da arrendatária de pagar, no final do prazo de arrendamento, um valor residual garantido, sempre que optar pelo não exercício da opção de compra".

Tal disposição foi mantida pela Resolução n. 2.309/28/8/96, ex vi do seu art. 7º, VII, letra a, do seu regulamento.

A lei prevê apenas, em sendo assim, o pagamento pelo arrendatário do Valor Residual ao término do contrato, acaso opte por adquirir o bem arrendado.

Os diplomas legais de regência não encartam qualquer previsão acerca do valor residual garantido, a ser pago sempre que não haja a opção, do arrendatário, pela aquisição do bem.

O Valor Residual Garantido resulta, insista-se, de uma previsão decorrente de resolução, editada a pretexto de regulamentar a lei. Como os regulamentos não podem esbordar o teor da lei regulamentada, obviamente o VRG, na forma como colocado, não faz-se válido nem eficaz.

Nessa esteira, Rodolfo de Camargo Mancuso observa que:

"...O VRG constitui-se em um ônus suplementar carreado ao arrendatário, a latere do pagamento que já constituiria encargo adjeto à opção de compra, não tendo sustentação em texto legal, senão apenas em ordens jurídicas menores (Portaria MF n. 564/78, Resolução Bacen n. 2.309/96, art. 7º, VI)" (Leasing, 2ª ed., RT, 1999, pág. 172).

Na seqüência, expressa o mesmo jurista:

"O poder regulamentar, em que pese ser importante e necessário, somente se legitima quando se contém nos seus lindes próprios, que é o de explicitar a norma, atendo-se à extensão e compreensão dela mesma. No

caso, se as leis de regência apenas previram um único valor residual pago, cujo momento azado seria o exercício da opção de compra pelo arrendatário, parece claro que jamais o não exercício dessa faculdade poderia ser erigido em causa para um ônus financeiro diverso. Se a norma legal estabeleceu uma facultas agendi, um poder de agir — e não uma obrigação — segue-se que o não exercício de uma faculdade não pode engendrar encargo algum, e é por isso que se encontra em nossa cultura jurídica o aforismo 'quem exerce direito não causa gravame'. A deliberar pela não aquisição da coisa, ao final do contrato, o arrendatário exerce opção que, em termos de valor jurídico, é equivalente à qual pelo qual poderia ter adquirido a coisa; se, neste último caso, só lhe poderia ser exigido o valor residual prefixado em contrato, não há justificativa para que, na hipótese anterior, lhe seja exigido, como um plus, o valor residual garantido. Para mais, o dito VRG, sendo aferível a partir de cálculos e diligências laborados pelo arrendante, aproxima-se de uma condição potestativa, modalidade vedada pelo direito das obrigações: CC, arts. 115, 2ª parte, e 1.125; CDC — Lei n. 8.078/90 — art. 51, X" (ob. cit., págs. 154 e 155).

E esdrúxulo, inconsistente juridicamente, constituindo-se em uma verdadeira aberração legal, que a alguém seja imposta qualquer sanção — e o VRG aí é posicionado como sanção — em razão de exercer um direito que a lei lhe confere, qual seja o de, ao encerramento do contrato de leasing, não optar pela aquisição do bem, devolvendo-o ou renovando o arrendamento.

Na hipótese aqui sob apreciação, o Valor Residual Garantido (VRG), que deveria corresponder ao valor resultante da diferença entre o preço do arrendamento em si e o valor previamente ajustado para o exercício da opção de compra, ao final, pelo arrendatário, é imposto antecipadamente, sendo pago em parcelas mensais conjuntas com o preço da locação em si. Ou seja, o arrendatário paga, em conjunto com o valor da locação, parcelas destinadas à amortização do valor residual, estando, em verdade, a pagar antecipadamente o preço de aquisição do bem.

Com isso, retira-se de o arrendatário as duas outras opções inerentes ao contrato de arrendamento mercantil, quais sejam, a da devolução pura e simples do bem ou a renovação da locação.

E, inexistente essa tríplice faculdade de o arrendatário adquirir o bem, devolvê-lo ou renovar o arrendamento, o contrato, convenhamos, não é de leasing, travestindo, sob a capa de um contrato de arrendamento, um mero contrato de compra e venda a prazo, com o completo desvirtuamento da lei, uma vez que, ainda que se trate de compra e venda a prazo, contrato esse cuja inadimplência gera para a parte vendedora o direito de, apenas, rescindir o contrato ou cobrar os valores inadimplidos, fica a arrendatária com o direito de reintegrar-se, desde logo, na posse do bem lisado.

Estando a parte arrendatária a pagar parcelas para amortizar o capital juntamente com o valor residual, resta evidente que está ela, na verdade, pagando o preço de aquisição do bem, não se tratando de verdadeiro leasing.

Em situações tais, incidente faz-se o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, a cujo teor:

"A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta Lei será considerada operação de compra e venda à prestação".

Da mesma forma, dispõe o art. 10 da Resolução n. 2.309/96, que:

"A operação de arrendamento mercantil será considerada como de compra e venda à prestação se a opção de compra for exercida antes de decorrido o respectivo prazo mínimo estabelecido no art. 8º desse Regulamento".

Este, por sua vez, fixa, para o contrato de leasing financeiro, o prazo mínimo de 24 (vinte e quatro) meses, em se tratando de bens de vida útil igual ou inferior a 5 anos ou 36 (trinta e seis) meses bens de maior duração.

Nesse contexto, impondo a arrendante ao arrendatário o pagamento antecipado do Valor Residual Garantido (VRG), valor esse destinado à quitação da compra e venda, prestacionado esse valor, de forma a ser completada a aquisição quando da ultimação do pacto de arrendamento, retirada está, pois, do arrendatário a tríplice opção, resultando descaracterizado, inquestionavelmente, o ajuste de arrendamento mercantil.

Logicamente, não há qualquer ilegalidade nisso. Apenas e somente, o pagamento antecipado do VRG, forçando a opção antes do término do contrato de arrendamento, transmuda esse contrato em compra e venda em prestações.

Com a autoridade que lhe é peculiar, assinala o emérito Arnaldo Rizzardo:

"Percebe-se que nada impede o exercício da opção antes do término do contrato. Mas, uma conseqüência advirá: o contrato não continuará como de arrendamento mercantil. Passará a considerar-se como de compra e venda à prestação" (Leasing Arrendamento Mercantil no Direito Brasileiro, RT, 2ª ed., pág. 77).

Por igual, Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca registra que, para que se tenha como caracterizado o arrendamento mercantil ou leasing:

"Do contrato deve constar expressamente a tríplice opção a favor do arrendatário: adquirir o bem, renovar o contrato ou devolver o bem.

"Tal opção deve ser exercida apenas por ocasião do término do contrato sob pena de a operação vir a ser considerada como compra e venda à prestação" (O Contrato de Leasing — in Novos Contratos Empresariais, Carlos Alberto Bittar, (coordenador), São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, pág. 106).

Da mesma forma, ressalta o Professor J. A. Penalva Santos:

"...com boa razão, no parágrafo único do art. 10, a Resolução (n. 351/75) capitulou que o exercício da opção, em desacordo com o disposto no caput do artigo, ou seja, antes do término da vigência do contrato (rectius: da opção) será considerado como de compra e venda à prestação. A ratio de tal dispositivo tem por finalidade evitar a prática de expediente como uma simples compra e venda mascarada de arrendamento

mercantil" (Leasing, Revista Forense, abril, maio e junho de 1975, pág. 48).

Em idêntico diapasão, preleciona Orlando Gomes:

"O elemento essencial de caracterização do leasing é a faculdade reservada ao arrendatário de adquirir, no fim do contrato, os bens que alugou. Se não existe, o contrato não é o de leasing" (Contratos, n. 391, Ed. Forense, 1993, pág. 524).

Guardando consonância com esses abalizados pronunciamentos, registre-se da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça as seguintes manifestações:

"A opção de compra com o pagamento do valor residual ao final do contrato é uma característica essencial do leasing financeiro. Com esse entendimento, a Turma, prosseguindo o julgamento, por maioria de votos, entendeu que a cobrança antecipada do valor residual, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, transformando-o em compra e venda a prazo" (REsp n. 178.272/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 18/3/99).

"Leasing. Financeiro. Valor residual. Pagamento antecipado. TR. Juros. Limite.

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

"— Aplicação da Súmula 596/STF para a limitação da taxa de juros em operações das instituições financeiras.

"— Matéria não prequestionada sobre a Lei n. 9.069/95 (TR).

"— Recurso conhecido em parte (Súmula 596/STF) e nessa parte provido" (REsp n. 181.095/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 18/3/99, pág. 172).

"Leasing financeiro. Valor residual. Cobrança antecipada. Desconfiguração do contrato de arrendamento mercantil. Juros. Súmula 596/STF.

"1. A opção de compra, com o pagamento do valor residual ao final do contrato, é uma característica especial do leasing. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato que passa a ser uma compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83), com o desaparecimento da causa do contrato e prejuízo ao arrendatário.

"2. (...)" (REsp n. 192.079/RS, DJU de 9/8/99).

"Civil. Arrendamento mercantil. Leasing financeiro. Ação de reintegração de posse ajuizada pelo arrendante. Descaracterização do contrato pelo pagamento antecipado do valor residual garantido. Compra e venda a prestações. Art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099/74. Impossibilidade jurídica do pedido de reintegração.

"I — A antecipação do VRG ou o adiantamento 'da parcela paga a título de preço de aquisição' faz infletir sobre o contrato o disposto no § 1º do art. 11 da Lei n. 6.099/74, operando demudação, ope legis, no contrato de arrendamento mercantil para uma operação comum de compra e venda à prestação. Há o desaparecimento da figura da promessa unilateral de venda e da respectiva opção, porque imposta a obrigação de compra desde o início da execução do contrato ao arrendatário.

"II — A ausência de justa causa para expedição de mandado de reintegração de posse é a abusividade da cláusula — e que pode ser objeto de controle judicial ex officio — que faculta a opção da aquisição do bem 'tendo a arrendatária cumprido todas as suas obrigações', se o valor residual — com valor e vencimento já discriminados no frontispício do contrato padrão —, é exigido desde o início da sua execução, e não só no momento da opção. Se esta opção é predefinida pelas partes, pelo pagamento antecipado e continuado do VRG, não há mais que se falar em tríplice opção (adquirir os bens mediante o pagamento do Valor Residual corrigido; renovar o arrendamento pelo prazo e condições que as partes ajustarem, tendo como base o Valor Residual corrigido; restituir os bens à arrendante com o pagamento do Valor Residual corrigido)" (REsp n. 194.160/RS, 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, rel. p/ acórdão, Min. Nancy Andrighi, j. 14/11/2000).

"Leasing financeiro. Valor residual. Pagamento antecipado. Juros. Limite.

— A opção de compra com o pagamento do valor residual ao final é uma característica essencial do contrato de leasing. A cobrança antecipada dessa parcela, embutida na prestação mensal, desfigura o contrato, que passa a ser de compra e venda a prazo (art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83), com desaparecimento da causa do contrato.

"— Recurso conhecido em parte e nessa parte provido" (REsp n. 218.041/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 25/10/99, pág. 91).

"Direito comercial — Agravo no recurso especial — Ação de consignação em pagamento — Contrato de arrendamento mercantil (leasing) — Valor residual de garantia (VRG) — Exigência adiantada — Descaracterização.

"A antecipação do VRG ou o adiantamento 'da parcela paga a título de aquisição' faz infletir sobre o contrato o disposto no § 1º do art. 11 da Lei 6.099/74, operando demudação, ope legis, no contrato de arrendamento mercantil para uma operação comum de compra e venda à prestação. Há o desaparecimento da figura da promessa unilateral de venda e da respectiva opção, porque imposta a obrigação de compra desde o início da execução do contrato ao arrendatário" (AGREsp n. 214.833/RS, 3ª Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/2/2001).

"Leasing financeiro. Valor residual. Compra e Venda.

"A cobrança antecipada do valor residual desfigura o contrato de leasing" (REsp n. 205.504/RS, DJU de 28/7/99).

Enveredando pela mesma linha de entendimento, assim tem dito este Sodalício:

"O valor residual garantido representa o exercício da opção de compra e venda do bem arrendado no término do prazo contratual, devendo ser exigido somente nesta ocasião.

"O seu pagamento instantâneo ou progressivo descaracteriza o contrato para uma compra e venda a prazo, não existindo razão para que seja considerado como uma garantia à instituição financeira arrendante caso o arrendatário opte pela não aquisição do bem no término do contrato" (Ap. Cív. n. 98.015941-5, de Gaspar, rel. Des. Silveira Lenzi).

"Arrendamento mercantil. Valor residual. Cobrança antecipada. Conseqüências.

"Findo o prazo do contrato de arrendamento, apresentam-se ao arrendante três opções: adquirir o bem, devolvê-lo, ou renovar o pacto. A oferta unilateral desta tríplice opção constitui característica essencial deste tipo de avença.

"Em sendo assim, a cobrança antecipada do valor residual descaracteriza o leasing, considerando-se que o contratante está, na verdade, pagando o preço de aquisição do bem parceladamente.

"Disso decorre a sua transmudação em contrato de compra e venda a prazo, sendo incabível o uso da ação de reintegração de posse" (Ap. Cív. n. 99.007656-3, de Piçarras, rel. Des. Vanderlei Romer).

"Arrendamento mercantil. Reintegração de posse. Cobrança do valor residual juntamente com as prestações. Inadmissibilidade. Descaracterização do contrato. Precedentes. Apelo desprovido.

"Segundo recente e firme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça' (...) a antecipação do pagamento do valor residual garantido descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, este passando a configurar mera compra e venda a prazo, não mais prevalecendo as regras do leasing' (AI n. 00.004585-3, de Criciúma, rel. Des. Nilton Macedo Machado)" (Ap. Cív. n. 00.018451-9, de Quilombo, rel. Des. Sérgio Paladino).

Ademais, diga-se, que a eliminação da opção pelo arrendatário equivale à imposição a ele da obrigação de aquisição do bem lisado, sem qualquer outra alternativa.

O insigne Min. José Augusto Delgado, ao considerar a hipótese de ser imposta ao arrendatário a obrigação de aquisição, com eliminação da opção, assim se pronunciou:

"Tenho a cláusula que impõe obrigatoriedade do exercício de tal manifestação (compra) como leonina. Não se pode deixar de considerar que essa opção deve ser entendida como em harmonia com os interesses negociais do arrendatário, inclusive de suas condições financeiras. A imposição do arrendador viola o princípio da livre manifestação e o da razoabilidade negocial" (Leasing: Doutrina e Jurisprudência, Juruá, 1997, pág. 128).

Certo faz-se que a já citada Resolução n. 2.309/96, em seu art. 7º, VII, a, prevê a possibilidade de o arrendatário pagar o valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, sem que esse pagamento caracterize o exercício da opção de compra, com o que poderia parecer, à primeira vista, que a cobrança antecipada do VRG, em qualquer hipótese, não implicaria no exercício dessa opção antes do término do contrato e, pois, não estaria a descaracterizar o ajuste de leasing. Isso, entretanto, desde que esse pagamento decorra, não de imposição contratual, mas de opção única e exclusiva do próprio arrendatário, dentro de uma manifestação de vontade livremente exercitada.

A par disso, uma mera resolução não pode, a pretexto de regulamentar a lei, antagonizar-se com esta, desdizendo o que nela está expressamente consignado. São coisas de Brasil!!!

Manifestando-se a respeito, o preclaro Des. Irineu Mariani, ilustre integrante do colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ensina:

"Cobrança antecipada e descaracterização do leasing.

"Admitamos, no entanto, para argumentar, se já legal a cláusula que institui garantido o VR. Surge, então, o problema da cobrança antecipada, modo instantâneo (à vista) ou modo progressivo (parceladamente), e da descaracterização do leasing, visto que em teor a operação fica idêntica à compra e venda mercantil à prestação, tal como diz o § 1º ao art. 11 da lei. Aliás, nem precisava dizer, pois as coisas em Direito se definem pelo conteúdo, e não pelos nomes ou emblemas.

"O adiantamento do VR sem descaracterizar o leasing também não está na lei. Assim como a garantia passou a ser objeto de referência nos regulamentos.

"A Port. n. 140, de 27/7/1984, do MF, portanto anterior ao antigo Regulamento, aprovado pela Res. n. 980/84, do Bacen, e logicamente aplicável no âmbito fiscal, apenas dispunha que as parcelas de antecipação do valor residual garantido ou do pagamento por opção de compra são tratados como passivo do arrendador e ativo do arrendatário, não sendo computável na determinação do lucro real. Possibilitava a cobrança antecipada. Isso desapareceu com o antigo Regulamento, uma vez que falava em VRG, mas pago apenas no final do prazo de arrendamento.

"O novo Regulamento, aprovado pela Res. n. 2.309, de 28/8/1996, do Bacen, fez constar no art. 7º, VII, a, a previsão de a arrendatária pagar o valor residual garantido em qualquer momento durante a vigência do contrato, não caracterizando o pagamento do valor residual, garantido o exercício da opção de compra.

"Não diz que pode ser cobrado de modo instantâneo ou progressivo, como vêm sustentando os defensores da não-descaracterização, e sendo pactuado nos contratos, cujo caráter adesivo impõe o adiantamento. É possível tão-só a previsão como faculdade do arrendatário. Poderá, este, quando entender conveniente, antecipar o pagamento, sem que isso caracterize opção de compra. Essa conveniência pode ocorrer quando for eleito

o VR de mercado. Exemplo: uma greve nas montadoras de veículos paralisa o setor durante diversos meses. O aquecimento no comércio dos usados é efeito natural, elevando o preço. Nessa moldura, convém ao arrendatário, máxime se o contrato estiver na fase final, pagar o preço de mercado sic stantibus, antes que os efeitos se façam sentir. Em suma, é uma regra que traduz proteção aos interesses do arrendatário, e não imposição da vontade da arrendadora.

"A única chance de vermos na lei a possibilidade de o VR ser antecipado estaria no § 2º do art. 11, mas não é possível. Diz o art. 11: Serão consideradas como custo ou despesa operacional da pessoa jurídica arrendatária as contraprestações pagas ou creditadas por força do contrato de arrendamento mercantil. § 1º A aquisição pelo arrendatário de bens arrendados em desacordo com as disposições desta Lei será considerada operação de compra e venda à prestação. § 2º O preço de compra e venda, no caso do parágrafo anterior, será o total das contraprestações pagas durante a vigência do arrendamento, acrescido da parcela paga a título de preço de aquisição.

"Começa que o § 2º se refere à situação do § 1º, ou seja, aquisição em desacordo com a lei. Mas poder-se-ia pensar que a expressão parcela paga a título de preço de aquisição significa também parcela do valor residual, como quantia do preço de aquisição. Porém, embora haja certa ambigüidade do texto, não é essa a compreensão aceitável, e por duas razões. Pela primeira, se parcela paga do preço de aquisição se refere a valor da contraprestação, o sentido é restrito à sua parte fixa, rectius, soma das quotas de depreciação, conforme exposto no item 3. Pela segunda, evidencia-se que, em face do desvirtuamento da operação de leasing para a qual (operação) há vantagens tributárias, a lei não apenas as exclui, como ainda aumenta a base de cálculo: total das contraprestações pagas, mais aquilo que a arrendadora tiver pago a título de preço de aquisição. De outro modo: parcela paga a título de preço de aquisição nada tem a ver com valor residual, mas com o preço de aquisição a que se refere o art. 12, ou seja, o preço de compra pela arrendadora.

"Por fim, sustenta-se que a antecipação do VR tem apenas caráter de caução, decorrente do fato de que é um valor garantido, e que por isso não significa opção de compra. Ora, o VR não é garantido. Se não é garantido, descabe falar em caução. E seja qual for o nomen juris dado — caução ou qualquer outro — , na prática, deturpa, desnatura o instituto do leasing, pois exige que o arrendatário desembolse desde logo os valores, tal qual na compra e venda mercantil à prestação. E aí, se o § 1º do art. 11 da Lei não for suficiente, vale repetir a parêmia de que em Direito as coisas se definem pelo conteúdo, e não pelos títulos ou emblemas" (RT 756/83).

Outrossim, não assiste razão à corrente doutrinária e jurisprudencial que afirma ter o valor residual garantido caráter de caução, nada mais representando do que uma garantia para a instituição financeira arrendante na hipótese de o arrendatário, ao término do contrato, não optar pela compra do bem.

Ora, a opção de devolução do bem é uma faculdade do arrendatário, constituindo-se, mesmo, em pressuposto do contrato de arrendamento mercantil; e o valor residual somente deve ser pago no caso de optar pela compra do bem arrendado. A lei é clara nesse sentido, sendo que resoluções dizendo o contrário não têm qualquer eficácia, posto não terem elas legitimidade para disporem de forma diversa e além do que a própria lei permite. Aliás, seria uma verdadeira excrescência jurídica a admissibilidade de que o arrendatário tivesse que prestar qualquer garantia à arrendante pelo exercício de um direito que lhe é conferido pela própria lei: a de não opção, ao término da celebração contratual, pela aquisição do bem arrendado.

Como com total propriedade assinala o já citado Des. Irineu Mariani:

"O VR não é garantido. Se não é garantido descabe falar em caução. E seja qual for o nomen juris dado caução ou qualquer outro, na prática deturpa, desnatura o instituto do leasing, pois exige que o arrendatário desembolse desde logo os valores tal qual na compra e venda mercantil à prestação. E aí, se o § 1º do art. 11 da Lei não for suficiente, vale repetir a parêmia de que em Direito as coisas se definem pelo conteúdo, e não pelos títulos ou emblemas" (op. cit., pág. 84).

Colhe-se do texto do acórdão proferido pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 178.272/RS, do qual foi relator o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar o ensinamento a seguir:

"Além das razões de ordem fiscal que levaram o legislador a manter a opção de compra, com o pagamento do valor residual como uma das características do contrato de leasing operacional, existem outras duas a considerar: a) o negócio de leasing fica sem causa, isto é, desaparece a razão do negócio se o arrendatário paga integralmente o preço do bem no curso da execução do contrato, uma vez que a finalidade básica do leasing financeiro é 'sempre o financiamento de investimentos produtivos' (Fábio Konder Comparato, Contrato de Leasing, Forense, 250/10) e não a compra e venda, sendo que a existência de uma promessa unilateral de venda por parte da instituição financeira serve para diferenciá-lo da locação e da compra e venda a crédito; b) o arrendatário perde com a inclusão da prestação mensal da parcela correspondente ao valor residual, pois desembolsa antecipadamente aquilo que pagaria apenas no caso de exercer uma das três opções que a lei lhe reserva, ao final do contrato. E isso lhe pode ser ainda mais prejudicial se considerarmos que tal parcela serve para compor o valor da prestação mensal, sobre a qual incidirão juros e outros acréscimos. E a inadimplência, que resulta do não pagamento da prestação mensal assim composta, terá graves reflexos na economia do contrato, com possibilidade de perda da posse do bem, embora uma parte do valor não pago constitua cobrança antecipada do que somente seria exigível a final. Uma conseqüência dessa cobrança antecipada é que se elimina a opção de compra, pois é a única alternativa

que restou a quem já pagou antecipadamente o preço".

Adite-se a isso que, a simples rotulação do contrato firmado entre os litigantes como sendo de arrendamento mercantil é absolutamente irrelevante, quando ressalta tratar-se, na realidade, de um contrato de compra e venda a prestações.

Isso porquanto, nos termos do art. 85 do Código Civil:

"Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem".

E, descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, não há falar, na hipótese de inadimplência do arrendatário, na configuração de esbulho, eis que, tratando-se de mero contrato de compra e venda a prazo, esse inadimplemento acarreta a possibilidade de rescisão do contrato, pelas vias processuais adequadas; e somente então, uma vez rescindido judicialmente o contrato, é que nascerá o direito da arrendante à sua reintegração na posse do bem.

Inexistente essa ação específica de rescisão, carecedora da ação de reintegração de posse é a companhia de leasing.

Ora, a ação de reintegração de posse, ação essa de procedimento especial, tem como desiderato exclusivo a proteção da posse como pura situação de fato, pelo que, à parte que busca a proteção interdital, por meio de uma das ações específicas previstas na Codificação Processual Civil, impõe-se a ostentação, como requisito indiscutível à possibilidade jurídica do pedido que deduz, da condição de possuidor. Não contando ela como posse direta ou indireta sobre o bem objeto do pleito possessório, a utilização deste mostra-se inviável.

Como exposto antecedentemente, a partir do momento em que há a cobrança antecipada do Valor Residual Garantido, o contrato de arrendamento mercantil resulta descaracterizado, passando a tratar-se de um mero contrato de compra e venda em prestações, não mais subsistindo para a financeira arrendante nem sequer a condição de possuidor indireto, inexistindo, pois, a impossibilidade da utilização do veículo possessório de reintegração.

O que subsiste, para a arrendadora, isso sim, é exclusivamente o direito de proprietária, direito esse para cuja tutela é inadequada a via possessória.

Destarte, se nem sequer conta a arrendante com a posse indireta do bem contratado, não há, sob a ótica do binômio necessidade/utilidade, interesse processual em vir a juízo requerer a almejada tutela possessória, o que conduz à extinção do feito, com aplicação do art. 267, inciso VI, do Digesto Procedimental Civil.

Na mesma linha de entendimento, tem dito esta Corte:

"Leasing. Ação de reintegração de posse. Cobrança antecipada do valor residual. Descaracterização do arrendamento. Recurso desprovido.

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

"Leasing. Cobrança antecipada do valor residual. Descaracterização do arrendamento. Recurso desprovido.

"O pagamento antecipado do valor residual garantido (VRG) em contratos de arrendamento mercantil (leasing), desnatura o próprio instituto, uma vez que, ao final do pacto, outra alternativa não resta ao arrendatário senão a de receber o bem pelo qual já pagou seu valor integral" (Ap. Cív. n. 99.013431-8, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello).

"Leasing. VRG. Antecipação. Simulação reconhecida. Contrato de compra e venda. Caracterização. Ação de reintegração de posse. Carência de ação.

"A exigência e a aceitação da antecipação do pagamento do VRG caracteriza o exercício da opção de compra do bem. Por isto, o contrato passa a ser de compra e venda a prazo, incidindo o regramento peculiar a este tipo de avença.

"Descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil descabida é a utilização da ação de reintegração de posse, pois ao alienante não restou sequer a posse indireta do bem. Conseqüentemente, ausente o interesse de agir na modalidade adequação, o que leva à extinção do feito com base no inciso VI, do art. 267, do CPC" (Ap. Cív. n. 99.019373-0, de Lages, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Mais recentemente, assim pronunciou-se a egrégia Quarta Câmara Civil deste Tribunal, por acórdão da lavra do brilhante Des. Pedro Manoel Abreu:

"Reintegração de posse. Contrato de leasing. Valor residual garantido. Diluição nas prestações. Descaracterização do contrato. Compra e venda em prestações. Indeferimento da inicial. Possibilidade.

"É característica do contrato de arrendamento mercantil a opção de compra por parte do arrendatário, a ser 'exercida apenas por ocasião do término do contrato, sob pena de a operação vir a ser considerada como compra e venda à prestação' (Priscila Maria Pereira Corrêa Fonseca).

"São abusivas as cláusulas que 'estabeleçam, em contrato de arrendamento mercantil (leasing), a exigência do pagamento antecipado do Valor Residual Garantido (VRG), sem previsão de devolução desse montante, corrigido monetariamente, se não exercida a opção de compra do bem' (15ª cláusula abusiva Portaria n. 3 da Secretaria de Direito Econômico).

'Descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, descabida é a impetração da ação de reintegração de posse, porquanto ao alienante sequer restou a posse indireta do bem. Como corolário, impõe-se a extinção do feito, com base no art. 267, inc. VI, do CPC em conseqüência da ausência do interesse em agir na modalidade adequação' (Ap. Cív. n. 97.012600-0, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio)" (AI n. 00.007054-8, de Balneário Camboriú).

E:

"Reintegração de posse. Arrendamento mercantil. Cobrança antecipada do valor residual garantido. Desvirtuamento daquele contrato em compra e venda a prazo. Pagamento,

ademais, das prestações em atraso, com a efetiva sustação do protesto das notas promissórias às mesmas vinculadas. Mora não caracterizada. Decisão deferitória da liminar reformada. Agravo provido.

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

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

'Se as principais características do contrato de arrendamento mercantil são a opção de compra ao final do pacto ou a devolução do bem, transfigura-se o contrato para compra e venda à prestação, diante dos pagamentos antecipados, pela arrendatária, dos valores do VRG, cumulados com as contraprestações locativas do bem.

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

Ou:

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

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

"A descaracterização do contrato de arrendamento mercantil pode ser feita de ofício pelo órgão julgador, consoante a teoria da função social do contrato, proclamada pela doutrina e jurisprudência modernas, permitindo ao Estado a intervenção naquele para assegurar a ordem pública através da igualdade entre os contratantes.

"Uma vez reconhecido o desvirtuamento do contrato de leasing para uma compra e venda a prazo, inadequado é o ajuizamento da ação de reintegração de posse pelo arrendante para reaver o bem. Faltando-lhe a posse da coisa, ausente está um dos requisitos para o manejo do interdito, impondo-se a extinção do feito sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, por falta de interesse de agir na modalidade adequação" (Ap. Cív. n. 96.007266-7, de Taió, rel. Des. Alcides Aguiar, DJSC de 19/3/2001).

No mesmo diapasão, registramos no acórdão referente ao julgamento da Ap. Cív. n. 99.019645-3, da comarca de Lages:

"Arrendamento mercantil. Inadimplemento. Valor residual garantido. Cobrança antecipada. Descaracterização do contrato de leasing. Transmudação em contrato de compra e venda a prazo. Proteção possessória. Inviabilidade. Carência. Extinção do feito. Decisum incensurável. Insurgência recursal desacolhida.

"Os contratos de leasing ou arrendamento mercantil têm, como característica básica e essencial à sua própria conformação jurídica, a possibilitação pela arrendante, ao arrendatário, do exercício, ao término do período contratual, de uma das seguintes opções: a aquisição do bem pelo valor residual previamente estabelecido, a sua devolução ou a renovação do ajuste. Não ensejada ao arrendatário nenhuma dessas opções, as quais somente poderiam ser exercidas ao término do contrato, frustradas elas ab initio, pela cobrança antecipada e progressiva do valor residual garantido, diluídos esses valores nas parcelas mensais, a operação ajustada não é de arrendamento mercantil, mas sim de compra e venda à prestação. É o que resulta da dicção do art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, bem como do art. 10 da Resolução n. 2.309/96.

"Operada essa descaracterização, a inadimplência do contrato rende ensejo ao uso, pela arrendante, dos meios processuais próprios para a cobrança de seus haveres ou para a resolução do ajuste; não tem ela, entretanto, direito a ser reintegrada na posse do bem contratado, direito esse do qual é ela carecedora".

Em outros precedentes, tornamos a acentuar, no mesmo sentido:

"Arrendamento mercantil — Interdito de reintegração — Posse mantida com a arrendadora — Antecipação do valor residual garantido — Desnaturação do contrato — Transformação em compra e venda — Inadequação da medida judicial intentada — Carência — Extinção, de ofício, da ação possessória.

"É da essência do arrendamento mercantil a oferta unilateral, da arrendante à arrendatária, ao término do contrato, de uma tríplice opção, uma das quais deverá ser, obrigatoriamente, exercida: a) a aquisição do bem por valor residual adredemente estabelecido; b) a devolução do bem; c) a renovação do contrato. Impondo a arrendante à arrendatária, já de início, a antecipação do valor residual garantido, seja de uma só vez, seja parceladamente em conjunto com as prestações mensais do arrendamento, erradica ela da própria relação contratual a possibilidade da opção do arrendatário por uma dessas opções, pois já lhe retirou a companhia de leasing qualquer possibilidade de devolução do bem ou de renovação do ajuste de arrendamento. Com essa imposição, descaracterizado resulta o contrato de arrendamento mercantil, que vê-se transformando em mero contrato de compra e venda a prazo.

"É de se frisar, ademais, que a cláusula que impõe a antecipação do VRG, impondo automaticamente a obrigatoriedade antecipada do exercício da opção pela aquisição do bem, é cláusula acentuadamente leonina, vulnerando os princípios da livre manifestação e da razoabilidade negocial.

"Transformado o contrato de leasing em contrato de compra e venda, descabido faz-se o uso, pela arrendante, do interdito de reintegração de posse, posto que, na compra e venda a prazo, posse alguma resta à alienante, sequer a indireta. E não se pode reintegrar alguém numa posse que jamais deteve ele. Nesse contexto, a utilização, pela arrendante, do feito possessório mostra-se inadequado, pois, faltante a posse e não configurado o esbulho, integrados não se fazem os pressupostos legais, consubstanciando-se, então, a falta de interesse de agir, na modalidade adequação, autorizando a extinção do feito possessório sem julgamento do mérito, como previsto no art. 267, VI, do CPC. Essa extinção pode e deve ser decretada de ofício, vez que ao Estado cabe, em tema contratual, interferir nas relações privadas para assegurar a igualdade jurídica dos contraentes, com vistas à mantença do equilíbrio social" (AI n. 2000. 021827-8, de Itajaí).

"Execução. Arrendamento mercantil. Saldo devedor. Penhora. Agravo de instrumento provido. Descaracterização, de ofício, do contrato de leasing. Compra e venda em prestações. Quantum debeatur. Revisão.

"A recusa, pelo credor, de bem nomeado à penhora pelo executado se justifica quando, estando ele em condomínio e sendo de difícil comercialização, outros existem melhores localizados e sem os percalços da comunhão.

"O contrato de arrendamento mercantil resulta descaracterizado quando a arrendante, ao impor ao devedor o pagamento parcelado do Valor Residual Garantido, retira-lhe a opção de devolver o bem ou renovar o contrato ao término do prazo ajustado. O contrato, em tal hipótese, transforma-se em mero contrato de compra e venda em prestações, correspondendo as parcelas do financiamento ao resultante do preço do bem, acrescido de juros de 6% ao ano e de correção monetária pelos índices oficiais, dividido pelo número de meses que integram o período convencionado" (AI n. 2000.011931-8, de Sombrio).

"Agravo de instrumento — Arrendamento mercantil — Reintegração de posse – Liminar — Concessão — Cobrança antecipada, entretanto, do valor residual garantido — Transformação do contrato em compra e venda em prestações — Ação possessória incabível — Reclamo recursal acolhido — Extinção, de ofício, do pleito possessório.

"A opção de compra, com o pagamento do valor residual ao término do contrato, é característica fundamental do leasing financeiro, pelo que a antecipação do pagamento desse valor residual, com a sua diluição nas parcelas mensais, deturpando e desnaturando o contrato, transformando-o em compra e venda em prestações. E, uma vez operada a transmudação do contrato de arrendamento mercantil, inviabilizada resulta a ação de reintegração de posse, porquanto à arrendante nem sequer restou a posse indireta do bem lisado, impondo-se extinto o pleito possessório, por ausência do interesse de agir na modalidade adequação" (AI n. 2001.003928-1, de São José).

No mesmo norte, disse o egrégio Tribunal de Justiça de Goiás:

"Leasing. Valor residual garantido antecipado. Descaracterização para compra e venda. 1 — O valor residual instituído pela Resolução n. 2.309, deve representar quantia mínima, estabelecida a título de segurança para o arrendador. 2 — Se o valor residual garantido, representando o valor estipulado para opção de compra, vier diluído nas prestações, opera-se a descaracterização do pacto, tornando-se verdadeira compra e venda, afastando, desta forma, a reintegração de posse. Agravo conhecido e improvido" (AI n. 15.045-6/180, rel. Des. Castro Filho, j. 6/4/99).

Enveredando pela mesma trilha de entendimento, assim se pronunciava o extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

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

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

"Não havendo esbulho possessório não pode haver reintegração de posse" (AI n. 196148571, rel. Juiz Gaspar Marques Batista, j. em 27/11/96).

"Leasing. VRG pago juntamente com o valor da locação. Compra e venda. Lei n. 6.099/74. Res. n. 980/84 (art. 11). Não é cabível ação de reintegração de posse. Em contrato de arrendamento mercantil, onde o valor residual garantido é pago mensal- mente, juntamente com as prestações da locação, a operação transforma-se em compra e venda, não sendo cabível reintegração de posse" (Ap. Cív. n. 196196778, rel. Juiz Rubem Duarte, j. 5/12/96).

"Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse. Descabimento.

"Não cabe ação de reintegração de posse se a retirada da opção de compra do contrato substituída pelo pagamento do resíduo periodicamente junto com as contraprestações, descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, tornando-o um contrato atípico propriamente dito, muito semelhante a uma compra e venda a prestações ou a um mútuo. A opção de compra é requisito do contrato, conforme letra c do artigo 5º da Lei n. 6. 099/74" (Ap. Cív. n. 196212963, rel. Juiz Gaspar Marques Batista, j. em 14/5/97).

"A cobrança antecipada do VRG, configura a opção de compra, descaracterizando o contrato, que passa a ser de compra e venda a prazo. Inviável, nessas condições, a reintegratória de posse, por ausentes os requisitos do art. 927 do CPC. Apelo improvido" (Ap. Cív. n. 197145105, rel. Juiz Ulderico Cecatto, j. em 2/10/97).

"Ação de revisão contratual. Arrendamento mercantil.

"Se, junto com as prestações do arrendamento do veículo o arrendatário também passa a pagar o valor residual, resta descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, constituindo-se em operação de compra e venda à prestação..." (TARGS 103/149).

"Contrato. Ação de revisão. Pagamento do valor residual junto com as prestações. Contrato de arrendamento mercantil. Descaracterização

"Se, junto com as prestações do arrendamento do veículo, o arrendatário também passa a pagar o valor residual, resta descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, constituindo-se em operação de compra e venda à prestação" (TARS, 2º Grupo Cível, EI n. 196102743, rel. Juiz Léo Lima, JTARS 103-149/157).

"Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse. Liminar.

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

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

"Não havendo esbulho possessório não pode haver reintegração de posse.

"Decisão atacada desconstituída.

"Agravo provido" (3ª C. Cív., Agravo de Instrumento n. 196148571).

"Arrendamento mercantil — Contrato atípico.

"Previsto o pagamento do valor residual em parcelas, juntamente com as contraprestações, descaracteriza-se o contrato de arrendamento mercantil pelo desaparecimento da opção de compra, tornando-se contrato atípico propriamente dito. Assim, aplicam-se as regras do mútuo, em face da aplicação da teoria analógica, incidindo o § 3º do art. 192 da Constituição Federal, não podendo o financiador usufruir lucro superior a 12% ao ano, por ser usurário tal procedimento. Apelação parcialmente provida" (Ap. Cív. n. 1961513029, 3ª Câmara Cível).

"Agravo de instrumento. Contrato de leasing. Descaracterização. Impedimento de reintegração de posse. Descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil por cláusula típica de mútuo ou promessa de compra e venda, como a de vencimento antecipado do contrato ou a antecipação total ou parcial do residual, que faz o arrendatário proprietário, impossível a reintegração de posse do bem. Recurso improvido" (AGI n. 196048029, de Caxias do Sul, rel. Juiz Adalberto Medeiros Fernandes, j. 7/5/96).

"Arrendamento mercantil — Contrato atípico.

"Previsto o pagamento do valor residual em parcelas, juntamente com as contraprestações, descaracteriza-se o contrato de arrendamento mercantil pelo desaparecimento da opção de compra, tornando-se contrato atípico propriamente dito. Assim, aplicam-se as regras do mútuo, em face da aplicação da teoria analógica, incidindo o § 3º do art. 192 da Constituição Federal, não podendo o financiador usufruir lucro superior a 12% ao ano, por ser usurário tal procedimento. Apelação parcialmente provida" (Ap. Cív. n. 196152029, de Porto Alegre, 3ª Câm. Cív., rel. Juiz Gaspar Marques Batista).

Da fundamentação do acórdão por último transcrito, colhe-se:

"O arrendamento mercantil é um contrato típico, cujos contornos foram dados pela Lei n. 6.099/74. No art. 5º, letra c da referida lei, diz que os contratos conterão opção de compra ou renovação de contrato, como faculdade do arrendatário. No § 5º do art. 16 diz que poderão ser autorizados contratos sem opção de compra, quando celebrados com entidades domiciliadas no exterior.

"Dessas disposições, deduz-se que deixa de ser contrato típico de arrendamento mercantil, o pacto a que faltar a opção de compra, isto é, se a compra e venda já tiver se operando desde a formação do contrato.

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

"O contrato que se encontra às fls. 41 e segs. não é arrendamento mercantil, portanto, não é típico, eis que não contempla as três opções que caracterizam o leasing. Pelo contrato em questão, o valor residual já vai sendo pago ao longo do cumprimento do contrato, desaparecendo as demais opções. Não há obrigatoriedade de optar pela aquisição do bem, pois a aquisição já ocorre no momento da formação do contrato, diretamente do fornecedor, figurando a arrendante como mera financiadora, numa simples operação de empréstimo.

"Fosse um genuíno contrato de arrendamento mercantil, ou uma compra e venda a prestações, seria de concordar-se com os termos da veneranda sentença, pois, na locação e na compra e venda, não há limite no lucro do vendedor ou do locador, que podem estabelecer os preços que forem convenientes, conforme as oscilações do mercado. Mesmo assim, é de lembrar-se de outra passagem ditada por Jorge Pereira Andrade, que diz: 'apesar da forma jurídica do leasing, disciplinada pelas Leis ns. 6.099/74 e 7.132/83, atribuir tratamento tributário semelhante ao aluguel, a essência da operação é um financiamento para obtenção de um bem do ativo fixo'".

E, do Tribunal de Justiça gaúcho:

"Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse. Natureza efetiva da contratação.

"Contrato de compra e venda com pagamento parcelado, em face do recolhimento antecipado do valor residual. Descaracterização do contrato de leasing.

"Carência de ação possessória pela descaracterização do contrato de leasing.

"Apelação provida" (Ap. Cív. n. 598.247.369, de Uruguaiana, 14ª Câmara Cível, rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Röenick, j. 3/9/98).

E dúvidas não restam que o Estado, em tema de contratos, ainda que particulares, deve interferir para assegurar a ordem pública e a igualdade dos ajustantes, tendo em vista o equilíbrio social, relegando-se a um plano secundário a teoria do pacta sunt servanda, que, endeusando o elemento volitivo, prega, justamente, a

não intervenção estatal nos contratos, devendo ser, antes, guardada total obediência aos termos da pactuação.

Entretanto, hodiernamente, não mais se admite um apego extremado ao princípio do pacta sunt servanda, princípio esse que vai cedendo terreno, cada vez mais, à denominada socialização da teoria contratual, segundo a qual, como observa Cláudia Lima Marques:

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

Ou, como assinala o preclaro Caio Mário da Silva Pereira, com a percuciência que lhe é peculiar:

"(...) o princípio da liberdade contratual tem perdido terreno em favor do sentido de justiça, capaz de oferecer segurança, paz, ordem e prosperidade ao Estado. Em contraposição ao dogma do Código Napoleão, que considerava sagrado o acordo de vontades, o direito moderno consagra a intervenção do Estado, para anular ou para modificar aquele acordo, conforme as exigências do interesse coletivo" (Lesão nos Contratos, Rio, Forense, 1959, pág. 141).

E descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, transformado ele em mero contrato de compra e venda em prestações, não subsiste em favor da companhia de arrendamento qualquer posse indireta do bem a autorizar a caracterização, em razão da mora da compradora, da prática de qualquer esbulho.

Inexistente base jurídica para o uso, pela credora, dos mecanismos legais de proteção à posse, extinta impunha-se, como realmente foi, a ação de reintegração possessória aforada, confirmada pelo acórdão embargado.

E nem se alegue a impossibilidade de reconhecimento de ofício da matéria por este órgão julgador, posto que, em sede de direito contratual, a moderna doutrina e jurisprudência têm iterativamente admitido a intervenção do Estado nas relações contratuais particulares, como forma de assegurar a absoluta igualdade jurídica de todos os contratantes, asseguração essa que é matéria de ordem pública.

Segundo o alentado Fran Martins:

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

"Mas o faz tão discricionariamente que já se chegou a falar na falência do Direito motivada pela interferência do poder público nos contratos, cada vez mais restringindo a livre manifesta-

ção das partes contratantes para imperar, sobre elas, a vontade estatal.

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

"Inegável, entretanto, é que, dia a dia, em face mesmo das transformações por que passa a humanidade, o Estado vai aprofundando cada vez mais sua ingerência nos negócios privados, sobretudo no campo dos contratos. Este está, aos poucos, publicizando, com graves repercussões na liberdade das partes contratantes. Exemplo dessa interferência do Estado no setor dos contratos comerciais são as medidas adotadas pelo poder público para a fixação dos preços de determinadas mercadorias, nos contratos de compra e venda, a prorrogação dos contratos de locação de imóveis utilizados para fins comerciais e, assim, partes integrantes do fundo de comércio do comerciante, as restrições de importações ou exportações e muitas outras medidas que são periodicamente adotadas pelo Estado para que seja mantido o equilíbrio social" (Contratos e Obrigações Comerciais, 13ª ed. rev. e aum., 1995, págs. 82 e 83).

Frise-se, por outro lado, que fiscalização da existência das condições da ação, por ser matéria de ordem pública, não preclui, e pode ser exercida ex officio, ainda que em sede recursal, permitindo o nosso Diploma Processual Civil, em seu art. 267, § 3º, o exame, em qualquer tempo e grau de jurisdição, das condições da ação, dispondo in verbis:

"O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI".

Anota, a respeito, o lapidar Egas Moniz de Aragão:

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

É o entendimento defendido por este Tribunal nos acórdãos assim ementados:

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

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

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

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

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

"A sentença de mérito proferida em primeiro grau não impede que o Tribunal conheça dessas matérias (as do art. 267, IV, V e VI) ainda que ventiladas, apenas, em fase de recurso, ou mesmo de ofício" (RSTJ 89/193, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

"Em se tratando de condições da ação e de pressupostos processuais, não há preclusão para o magistrado, mesmo existindo expressa decisão a respeito, por cuidar-se de matéria indisponível, inaplicável o enunciado n. 424 da Súmula/STF à matéria que deva ser apreciada de ofício" (4ª Turma, REsp n. 43.138/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 19/8/97).

Recentemente, assim enfatizou o mesmo Superior Tribunal de Justiça:

"Direitos comercial e econômico. Contrato de arrendamento mercantil. Leasing. VRG. Cobrança antecipada. Descaracterização para compra e venda à prestação. Julgamento extra petita. Inocorrência. Recurso desprovido.

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

"II — A cobrança antecipada do Valor Residual Garantido, obrigação prevista em normas regulamentares, que garante ao arrendador o recebimento da quantia final de liquidação do negócio, caso o arrendatário opte por não exercer o direito de compra ou prorrogar o contrato, implica na descaracterização do contrato de arrenda-

mento mercantil, uma vez que tal exigência não deixa ao devedor exercer outra opção senão a aquisição do bem.

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

"IV — Inexiste julgamento extra petita se o juiz, analisando a cláusula contratual que se pretendia fazer valer na inicial, a declara nula, aplicando o direito que entendeu incidente na espécie.

"V — O julgador, nos limites dos fatos postos pelas partes, aplica o direito, avaliando a demanda sob todos os pontos de vista juridicamente possíveis" (grifamos, REsp n. 235.306/RS, 4ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27/6/2000).

No atual estágio do direito contratual brasileiro, acentue-se, há que ser emprestada total recepção à teoria da função social do contrato, pela qual vê-se arredada ou até mesmo erradicada dos contratos a concepção patrimonialista que os presidia até então.

Não podemos olvidar que, com a promulgação da Carta Magna em vigor, a preocupação maior dos aplicadores da lei, como deveria ser dos legisladores também, é a de proporcionar uma sociedade mais justa, na qual impere uma total equidade entre seus integrantes.

Mercê dessa nossa visão, das novas concepções surgidas, o princípio da autonomia da vontade dos contratantes, antes inatingível em função da segurança jurídica que pregava, mas que, com isso, propagou e fomentou as desigualdades e injustiças, hoje apresenta-se limitado, senão mesmo banido, pela teoria da função social do contrato, teoria essa que se harmoniza à perfeição com os preceitos embutidos na Constituição da República e com aqueles inseridos no Código de Defesa do Consumidor.

Em caso análogo ao vertente, este Tribunal teve o mesmo posicionamento, ao fixar que:

"Ação de reintegração de posse. Arrendamento mercantil (leasing). Pagamento do valor residual garantido, VRG, antecipadamente. Descaracterização do contrato. Transfiguração para contrato de compra e venda à prestação. Recurso desprovido.

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

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

"Se as principais características do contrato de arrendamento mercantil são a opção de compra ao final do pacto ou a devolução do bem, transfigura-se o contrato para compra e venda à prestação, diante dos pagamentos antecipados pela arrendatária, dos valores do VRG, cumulados com as contraprestações locativas do bem.

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

Mesmo porque ao Estado, e essa é uma de suas funções básicas, cumpre zelar pelos valores preconizados pela Constituição Federal; e a intervenção nas relações contratuais particulares tem por objeto único o de equalizar os interesses das partes contratantes, evitando eventuais injustiças, com o predomínio da vontade de uma delas sobre a da outra.

É a admissão dessa intervenção, de ofício, do órgão judicante na relação contratual dos litigantes, que permite ao Judiciário decretar a desfiguração do contrato de arrendamento mercantil para uma compra e venda a prazo.

Em se tratando de uma compra e venda, insistimos, a posse do bem foi transmitida ao adquirente no momento de sua tradição, pelo que abstrai-se da pretensão do alienante um dos pressupostos indispensáveis à propositura do interdito possessório, qual seja, o esbulho de sua posse.

O autor da ação reintegratória, no contexto exposto, sequer detinha a posse indireta do bem.

E o pedido feito na inicial da ação possessória por ela deduzida impunha-se idôneo a alcançar o fim buscado.

Da ensinança do emérito Humberto Theodoro Júnior colhe-se:

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

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

A conclusão óbvia, então, é que a recorrida elegeu via inadequada para ver prevalecer o direito que apregoa ter.

Faltante, no pleito possessório por ela ajuizado, uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir na modalidade adequação; a extinção do processo sem o conhecimento do mérito da causa era medida que se impunha.

Os Tribunais pátrios assim têm julgado:

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

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

"Se o arrendante impõe o pagamento antecipado do 'valor residual garantido — VRG, resta clara a descaracterização do negócio jurídico, que se revela como compra e venda a prazo, descaracterizado como leasing, não há como admitir a reintegração de posse sem antes obter-se expressa declaração judicial da rescisão do contrato, sendo inadequada a via eleita, afigura-se ausente uma das condições da ação (interesse de agir), devendo o processo ser extinto sem exame de mérito' (TJDF, Ap. Cív. n. 1998.01.1.032424-4, rela. Desa. Vera Andrighi, DJU de 11/10/2000, pág. 42).

"Comercial. Arrendamento mer- cantil. Preliminares de inépcia e carência da ação. Leasing. Direito à purga da mora. Valor residual garantido. Descaracterização do contrato. Improcedência do pedido de reintegração de posse. As condições da ação se afere em tese, de acordo com o afirmado e documentado na inicial. Na ótica desta, cuidando-se de leasing, rescindido antecipadamente o contrato, caracterizado o esbulho com a não devolução do bem, possível juridicamente o pedido. E evidente o interesse de agir, diante da resistência do arrendatário em devolver o veículo. Presentes todas as condições da ação, apta a inicial, rejeitam-se as preliminares renovadas no apelo. A opção de compra, com pagamento do valor residual ao fim do contrato, é uma das características essenciais do leasing. Ao fim do leasing, cabe ao arrendatário optar por uma de três situações: a) a compra do bem, pagando o valor residual estipulado; b) renovação do contrato; c) restituição do bem arrendado. Valor residual é o que paga o arrendatário, findo o contrato, quando opta pela aquisição do bem arrendado. Se esse valor residual, todavia, como no caso, é antecipado, sendo pago antes do final do prazo contratual do arrendamento, fica descaracterizado o leasing, desaparecida a causa contratual, passando a haver mera compra e venda com pagamento a prazo, nos termos do art. 5º, c, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099, de 12/9/74, alterada pela Lei n. 7.132, de 26/10/83, sendo inoperante cláusula contratual em sentido contrário. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Inexistindo leasing, mas compra e venda a prazo, não há cogitar de posse da arrendadora, na realidade vendedora, e esbulho do arrendatário, na verdade comprador. Improcede o pedido de reintegração de posse. O bem objeto do contrato é a propriedade do adquirente. Não cometeu este esbulho. O remédio jurídico de que dispõe a vendedora para fazer valer seu direito — creditício e não possessório — é outro que não a ação possessória. Apelo provido, julgado improcedente o pedido de reintegração de posse" (TJDF, 4ª Câm. Cív., Ap. Cív. n. 1999011039572-6, rel. Des. Mário Machado).

Expresse-se, por derradeiro, que a cláusula contratual previsora da rescisão automática do contrato, na hipótese de inadimplência do arrendatário, vem sendo considerada pelos Tribunais Pátrios como extremamente abusiva, o que acarreta a sua invalidade legal, sendo de nenhuma eficácia os efeitos funcionais contratuais derivados dessa cláusula, posto que viciada ela de abusividade, tanto no âmbito dos negócios jurídicos em geral, como, principalmente e em particular, nos contratos de arrendamento mercantil.

Possui o tema, resta ver, relevância vital no contexto executório de qualquer negócio jurídico, tratando-se a cláusula questionada de previsão encartada em um complexo de cláusulas verdadeiramente abstratas, que confere direito ao credor de considerar vencida antecipadamente a totalidade das obrigações pecuniárias avençadas, com a conseqüente rescisão unilateral do contrato, constituindo referida cláusula em uma porta de acesso a autorizar o aforamento, pela companhia arrendante, de ação de reintegração de posse, com a sua concessão initio litis.

Ao Judiciário, uma vez prevalecente a cláusula em apreço, apenas e somente cabia homologá-la, com a desconstituição do contrato e a conseqüente consolidação da posse ou da propriedade, ou de ambas, do bem arrendado em favor da companhia de leasing.

Os princípios, normas e regras que informam o Diploma Protetivo do Consumidor — Lei n. 8.078/90 — asseguram ao arrendatário o exercício dos direitos que lhe são inerentes em face da natureza e da finalidade da negociação celebrada, isso independentemente da previsão contratual de cláusula resolutória expressa, cláusula esta abstrata e imposta unilateralmente.

A cláusula resolutória expressa, embutida nos contratos de arrendamento mercantil, na medida em que expressa, no plano de eficácia contratual, a negação de qualquer direito do arrendatário, configura nulidade decorrente de abusividade contratual, abusividade esta reprimida nas relações de consumo, ex vi do disposto no art. 51, caput, e incisos I, IV e IX, § 1º, incisos II e III, e § 2º do CDC.

Decorrentemente, em litígios judicializados é de reconhecer-se, mesmo de ofício, a nulidade dos efeitos contratuais unilaterais abusivos derivados de cláusula resolutória à qual simplesmente aderiu a parte arrendatária.

Com incidência nos planos legal e contratual, o art. 51 do Código de Proteção ao Consumidor estabelece serem nulas de pleno direito as cláusulas que “impliquem renúncia ou disposição de direitos” (inc. I), “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade” (inc. IV) ou “deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor” (inc. IX).

De outro lado, ainda que no mesmo diapasão e com idênticas sanções, o mesmo art. 51 estabelece, em seu § 1º, que “Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que: ofende os princípios do sistema jurídico a que pertence” (inc. I), “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual” (inc. II), ou que “se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso” (inc. III).

E, adiante, o mesmo Estatuto, estabelecendo um verdadeiro mecanismo de freios e de contrapesos no âmbito das relações consumeristas, enuncia, em seu art. 51, § 2º, que “a

nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivos a qualquer das partes".

Trata-se, aqui, de um princípio de preservação, por integração, dos negócios jurídicos nas relações de consumo, que têm por pressuposto a existência de nulidade contratual de ordem formal e/ou material.

As sanções assim previstas, registre-se, decorrem dos princípios, normas e regras tutelares que animam o Código de Defesa do Consumidor, dentre as quais avulta de importância aquela inserida no art. 6º, inc. VI, ao prever ser direito básico do consumidor "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos".

Da sua própria literalidade resulta que a norma em questão opera sobre diversos fatores, sendo que, na hipótese específica aqui em discussão, diz ela respeito à efetiva prevenção de dano patrimonial individual ao arrendatário, em razão de cláusula contratual que lhe veda o exercício de direitos subjetivos legais e/ou contratuais, gerando-lhe um efetivo desfalque patrimonial.

Inquestionavelmente, existe norma jurídica aplicável ao caso, cuja observância liga-se à regra pública mandatória insculpida no art. 53 do CDC, de incontornável aplicação aos contratos de arrendamento mercantil, subsumindo o exercício, pelo arrendatário, de uma faculdade, que é direito subjetivo seu, quanto à aquisição do bem arrendado, mediante pagamento em prestações, independentemente de sua fase locatícia, sendo nula a cláusula contratual que estabeleça a "perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado".

Na hipótese dos contratos de leasing, a detração patrimonial do arrendatário ocorrerá, ou pela perda do bem em razão da impossibilidade de solucionar à vista o saldo o preço ajustado ou fato de ter de desembolsar à vista este mesmo saldo, circunstâncias estas que revelam, acima de tudo, um absoluto desequilíbrio na relação jurídica negocial, desequilíbrio esse que não pode ser placitado judicialmente, uma vez que a sua natureza exagerada e abusiva repousa nos efeitos difusos embutidos na cláusula resolutória entranhada no contrato, cuja nulificação é imposta pela eqüidade eleita pela legislação consumerista, não como uma fonte subsidiária da aplicação do direito, mas como fator direto do equilíbrio contratual decorrente do princípio da boa-fé que deve presidir as relações negociais.

Impende afirmar, portanto, que, no âmbito do sistema protetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, avulta de importância a total necessidade de restauração judicial do equilíbrio contratual inexistente no contrato ou perdido em face das condições nele impostas, restauração esta representada no confronto entre os valores sufragados em normas públicas mandatórias de direito privado e aqueles inseridos unilateral e abusivamente em cláusulas contratuais, impondo-se, nesse confronto, prevalecente o princípio enunciado no art. 51, §§ 1º e 2º, do CDC.

Exemplo do novo posicionamento, que considera eivada de abusividade, mormente nos contratos de arrendamento mercantil, a cláusula resolutória expressa, são os acórdãos a seguir transcritos:

" Agravo de instrumento.

"(...)

"Arrendamento mercantil. Direito subjetivo do arrendatário à purga da mora. Nulidade parcial dos efeitos de cláusula contratual abusiva.

"Os princípios, normas e regras que fundamentam o Código de Defesa ao Consumidor (Lei n. 8.078/90) asseguram ao arrendatário, até prova concreta sobre matéria de fato em sentido contrário, o direito subjetivo de purgação da mora, independentemente da existência de cláusula resolutória expressa no contrato de arrendamento mercantil firmado.

"Essa cláusula resolutória, na exata medida em que expressa, no plano da sua eficácia contratual, a negação desse ou de qualquer outro direito do arrendatário, configura nulidade decorrente de abusividade negocial mandatoriamente proibida nas relações de consumo por força do disposto nos arts. 51, caput, e incisos I (2ª HIP.), IV e IX, § 2º, e 53 do Código de Defesa do Consumidor, todos conjugados com o art. 959, inc. I, do Código Civil Brasileiro.

"Purga de mora deferida. Decisão incidental de ofício, declaratória da nulidade parcial da cláusula resolutória no plano dos efeitos contratuais pretendidos.

"(...)

"Agravo provido" (TJRS, AG n. 598.175.275, de Porto Alegre, 14ª Câm. Civ., rel. Des. Aymoré Roque Pottes de Mello, j. 3/9/98).

"Arrendamento mercantil. (...) Cláusulas de descaracterização do contrato de leasing face a antecipação do VR e invalidade do efeito interdital da cláusula resolutória expressa de ação de reintegração de posse.

"A fixação do valor residual em percentual irrisório e/ou a sua diluição através de pagamentos antecipados, juntamente com as contraprestações do arrendatário têm a propriedade de desnaturar o contrato de leasing financeiro, que, nos limites do litígio judicializado a partir da interpretação material das cláusulas avençadas e mediante a aplicação do princípio da preservação dos negócios, suprimento da vontade viciada e integração jurisdicional quantum satis nas relações de consumo (art. 51, § 2º, do CDC), é recaracterizado como uma venda e compra a prazo mediante financiamento, âmbito em que o efeito interdital inserido na cláusula resolutória expressa da avença é nulo por abusividade jurídica e excessividade negocial, resultando na carência da pretensão possessória de reintegração deduzida judicialmente pela empresa financiadora" (TJRS, Ap. Cív. n. 197.061.682, rel. Des. Aymoré Roque Pottes de Mello, j. 10/9/98).

"Arrendamento mercantil — Ação de reintegração de posse — Carência de ação — Indeferimento da petição inicial — Aplicação do Código de Defesa do Consumidor — Cláusula resolutória — Expressa nulidade — Antecipação do valor residual — Descaracterização do leasing. Por conceder

vantagem unilateral, em infringência ao CDC, nula é a cláusula que, pelo inadimplemento, impõe resolução automática do contrato de arrendamento mercantil. Inocorrendo esbulho, também porque a cobrança antecipada do valor residual faz caracterizar, não contrato de leasing, mas de compra e venda parcelada, há carência de ação possessória. Recurso não provido" (TJRS, Ap. Cív. n. 598518108/RS, 1ª Cam. Civ., rel. Des. Marco Antônio Bandeira Scapini, j. 11/6/99).

Em conclusão, pois: a fixação do valor residual em percentual irrisório ou a sua diluição em pagamentos antecipados concomitantemente com as contraprestações assumidas pelo arrendatário, conduzem à desnaturação do contrato de leasing financeiro, fazendo com que, nos lindes de litígio judicializado, a partir da intepretação das cláusulas ajustadas e mediante a aplicação do princípio da preservação dos negócios, do suprimento da vontade viciada e da integração jurisdicional quantum satis nas relações de consumo (art. 51, § 2º, CDC), é recaracterizado como uma venda e compra em prestações mediante financiamento, hipótese em que, como visto, o efeito interdital inserido em cláusula resolutória expressa no contrato é nulo por abusividade jurídica e por excessividade negocial, resultando na carência da pretensão possessória deduzida pela empresa arrendante.

III — Decisão

Destarte, de ofício, extingue a Câmara o processo possessório instaurado pela apelada, com inversão dos encargos sucumbenciais, julgando prejudicado, em decorrência, o apelo deduzido pelo insurgente recursal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Santa Ritta.

Florianópolis, 9 de agosto de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.007278-3, DE JOINVILLE

Relator: Des. Silveira Lenzi

Ação declatória de inexigibilidade de título cambial. Duplicata. Endosso-mandato. Inocorrência. Legitimidade passiva do banco endossatário. Endosso-caução.

Sendo as duplicatas endossadas ao banco em garantia de dívida da emitente sacadora, não há falar em endosso-mandato, estando caracterizado o endosso-caução, ou endosso-pignoratício, pelo qual o endossado "age em nome e por conta própria, na qualidade de credor pignoratício" (Bomfim Viana).

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.007278-3, da comarca de Joinville (4ª Vara), em que é apelante Fitafilm — Comércio e Representações Ltda., sendo apelada Finasa — Banco Mercantil de São Paulo S.A.:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de título cambial, cumulada com cancelamento de protesto, aforada por Fitafilm Comércio e Representações Ltda., em que figura como ré Cobra — Equipamentos para Escritório, Importação e Exportação Ltda. e, como litisconsorte, Finasa — Banco Mercantil de São Paulo S.A.

Sentenciando, o Togado a quo julgou procedente o pedido contra Cobra — Equipamentos para Escritório, Importação e Exportação Ltda. e reconheceu a ilegitimidade passiva do banco pela sentença de fls. 45/49.

Irresignada, apela a autora, alegando que: a) o banco é o titular do crédito correspondente às duplicatas de ns. 46403B e 46403C, sendo parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda; b) houve erro na sentença, com relação à palavra "requerente", que deve ser substituída por "requerida".

Apresentadas as contra-razões pelo banco, a empresa apelada manteve-se silente, deixando trans correr in albis o prazo para contra-arrazoar o recurso.

II — Voto

O recurso merece ser provido.

Afasta-se a ilegitimidade passiva do banco endossatário, acolhida pela sentença, com sustentáculo na argumentação de que o estabelecimento teria recebido os títulos apontados para protesto, a fim, tão-somente, de efetuar a cobrança destes, agindo como mandatário da empresa sacadora, Cobra — Equipamentos para Escritório, Importação e Exportação Ltda.

Espécie do gênero endosso, o endosso-mandato caracteriza-se por transferir apenas a posse do título, continuando a propriedade deste no patrimônio do endossante, o qual legitima o endossatário a agir, em seu nome e por sua conta, na defesa e atuação dos direitos incorporados na cambial.

A previsão do endosso-mandato é encontrada na Lei de Duplicatas, quando determina a aplicação subsidiária da Lei Uniforme Relativa às Letras de Câmbio e Notas Promissórias, no seu art. 25:

"Aplicam-se à duplicata e à triplicata, no que couber, os dispositivos da legislação sobre emissão, circulação e pagamento das Letras de Câmbio".

Incide à hipótese, dessarte, por imposição do art. 25 da Lei n. 5.474/68, o art. 18 do Decreto n. 57.663/66, que dispõe:

"Quando o endosso contém a menção 'valor a cobrar' (valeur en recouvrement), 'para cobrança' (pour encaissement), 'por procuração' (par procuration), ou qualquer outra menção que implique um simples mandato, o portador pode exercer todos os direitos emergentes da letra,

mas só pode endossá-la na qualidade de procurador".

Sobre o dispositivo, Mauro Grinberg preleciona:

"É necessário frisar, todavia, que a condição do endosso-mandato deve ficar registrada no próprio endosso, com qualquer expressão que o caracterize como endosso-mandato" (Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 32, Coord. R. Limongi França, São Paulo, Saraiva, 1977, pág. 117).

No caso em julgamento, equivocou-se o Sentenciante, declarando que a transferência dos títulos teria-se dado por endosso-mandato.

Isso porque, os documentos acostados aos autos demonstram que os títulos foram entregues em garantia de empréstimo, firmado entre a ré endossante e o banco endossatário, conforme se extrai do borderô de caução às fls. 24/24v., firmado entre a empresa emitente das duplicatas e o banco apelado:

"remeto-lhes, em caução, os títulos mencionados neste borderô, fica esse banco desde já autorizado a: retê-los em garantia de qualquer responsabilidade nossa, nos termos dos respectivos contratos firmados entre nós".

Assim, como as duplicadas foram endossadas ao banco apelado em garantia de dívida da emitente sacadora, não há falar em endossomandato, estando caracterizado o endosso-caução, ou endosso-pignoratício, pelo qual o endossado "age em nome e por conta própria, na qualidade de credor pignoratício" (Bomfim Viana, in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 32, Coord. R. Limongi França, São Paulo, Saraiva, 1977, pág. 113).

Acerca da distinção do endosso-mandato e do endosso-caução, colhe-se julgado do Des. Pedro Manoel Abreu:

"Não se confunde o endosso-caução com o endosso-mandato. Neste, o endossatário é mero detentor do título e age em nome do endossante-mandante, enquanto naquele o endossatário, diversamente do mero mandatário, exerce direito que lhe é próprio, assegurado pelo título creditício, e não como representante do credor originário" (Ap. Cív. n. 96.002893-5, de Criciúma, Des. Pedro Manoel Abreu, julgada em 11/9/97).

Ainda:

"No endosso de títulos em caução, garantindo financiamento concedido ao endossante e servindo sua cobrança para a liquidação total ou parcial da dívida, em tal caso apresenta-se concorrente a responsabilidade civil do sacador da duplicata 'fria', e do Banco que a recebeu em caução e que, embora advertido, veio a protestá-la" (RT 694/188).

Resta claro que o banco endossatário apontou a protesto os títulos para garantir seu direito de regresso contra a emitente, que havia transferido as duplicatas por meio de endosso-caução. Agindo em nome próprio, tem legitimidade para figurar no pólo passivo da lide, sendo responsável, inclusive, pelos danos que de seus atos sobrevierem.

A propósito:

"Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito e de relação cambial. Procedência do pedido. Sucumbência. Endosso-caução. Instituição financeira endossatária que enviou a cártula a protesto. Con-

denação nas custas processuais e honorários advocatícios. Possibilidade.

"O que autoriza a condenação do vencido na verba da sucumbência é o fato objetivo da derrota, pois a endossatária tem legitimidade para figurar no pólo passivo da lide por ter apontado para protesto o título ilicitamente extraído, objetivando resguardar direito próprio" (Ap. Cív. n. 97.014677-9, de Joinville, deste Relator, julgada em 16/6/98).

Afasta-se, dessa forma, a ilegitimidade passiva do apelado, devendo o banco endossatário ser mantido no pólo passivo da demanda, ressalvado seu direito de regresso em relação à empresa endossante.

Por outro lado, deve ser corrigido o erro material constante no dispositivo da sentença a quo; assim, na fl. 49 dos autos, onde se lê "tendo em vista a revelia da requerente", leia-se "tendo em vista a revelia da requerida".

III — Decisão

Do exposto, dá-se provimento ao recurso, para declarar a legitimidade passiva ad causam do banco apelado, condenando-o, solidariamente, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios já fixados na sentença. Ressalvado o direito de regresso em relação à empresa endossante.

Outrossim, retifica-se o erro material constante no dispositivo da sentença, alterando-se a frase "tendo em vista a revelia da requerente", para "tendo em vista a revelia da requerida".

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 8 de maio de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 01.006226-7, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Execução forçada — Contrato de empréstimo, em conta corrente devedora garantida, entabulado em 1967 — Título executivo extrajudicial tipificado na época — Sentença de extinção, pela Súmula 233 do STJ, anulada — Apelação provida, prejudicado o recurso adesivo.

— Mutatis mutandis, *"nos contratos de abertura de crédito rotativo (cheque nobre, especial etc.), a instituição financeira nada entrega de imediato ao correntista, somente põe a sua disposição um limite, por tempo determinado ou não, com a obrigação deste restituir o equivalente do que efetivamente utilizou.*

— "Já nos créditos fixos, como no caso dos autos, se tem um verdadeiro mútuo, pois há uma transferência de titularidade do valor pactuado, geralmente com o seu depósito na conta de movimentação do cliente, que se responsabiliza pelo seu valor integral, além dos acréscimos legais e contratuais" (Ap. Cív. n. 98.014643-7, de Curitibanos).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.006226-7, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que é apelante o Espólio de Ruy Costa da Rocha Loures, sendo apelado Osmar Dutra:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento à apelação, prejudicado o recurso adesivo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Com base no Código de Processo Civil de 1939, o Bradesco — Banco Brasileiro de Descontos S.A. promoveu execução contra Osmar Dutra, objetivando cobrar a importância de Cr$ 243.000,00, representada pelo Contrato de Empréstimo em Conta Corrente Devedora Garantida firmado com o executado em 22 de setembro de 1967, no valor de Cr$ 310.000,00. Requereu a citação do devedor para, no prazo de vinte e quatro (24) horas, pagar o valor primeiramente estipulado, e, não o fazendo, penhorar-se tantos bens quantos necessários à satisfação do débito. Juntou os documentos de fls. 3/9.

Procedida a penhora em 38.593 ações da Cia. Melhoramentos de Blumenau (fl. 21), o executado, intimado (fl. 207), contestou o pedido (fls. 78/82). Após a réplica da defesa (fls. 141/144), os autos foram remetidos à Justiça Federal (fl. 221), por força de embargos de terceiro opostos pela União Federal contra o aqui exeqüente, a final julgados procedentes, de cuja decisão decretou o Togado, "a insubsistência da penhora de fl. 40 dos autos principais (ação executiva) e que recaiu sobre as 38.593 ações da Cia. Melhoramentos de Blumenau" (fls. 284/291), que foi mantida pelo antigo Tribunal Federal de Recursos por acórdão da lavra do Ministro Hélio Pinheiro (fl. 297).

Transitada em julgado aludida decisão, os autos da execução foram remetidos à origem (fl. 223), tendo Ruy Costa da Rocha Loures postulado o seu ingresso no feito (na qualidade de credor), em face de instrumento particular registrado no Cartório de Títulos e Documentos firmado com o exeqüente, "sub-rogando-se, assim, em todos os direitos, obrigações e ações pertinentes à avença motivadora da cobrança forçada" (fls. 230/232).

Tendo em vista o falecimento do ora cessionário, requereu o espólio (fls. 260/261), representado por sua inventariante, a sua habilitação no feito. Deferida a pretensão (fls. 342/343), e após a manifestação do executado a respeito, veio aquele, por meio de petição (fls. 354/366), comunicar o interesse de "um menor herdeiro do finado credor", razão pela qual a

intimação do órgão do Ministério Público era medida que se impunha.

"À guiza de memorial", o executado (fls. 385/386) aduziu a invalidade do título, eis que ausente a assinatura de duas testemunhas, bem como a sua iliquidez, incerteza e inexigibilidade por não "informar a quantia certa para pagamento".

A Promotora de Justiça opinou pela extinção do feito, e/ou pela expedição de mandado de penhora, "abrindo-se prazo para embargos".

O Juiz de Direito extinguiu a execução por falta de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo.

Apelou o vencido, pedindo a reforma pelos motivos ali constantes.

Adesivamente recorreu o executado, postulando a elevação da verba honorária fixada.

Contra-arrazoado apenas o recurso interposto pelo espólio, os autos ascenderam a este Tribunal, e, aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros, manifestou-se pelo desprovimento dos recursos.

II — Voto

Compulsando os autos, observa-se que a execução visa à cobrança da importância de Cr$ 243.000,00, representada pelo "contrato de empréstimo em conta corrente devedora garantida", firmado em 1967 entre o Inco — Banco de Indústria e Comércio de Santa Catarina e o executado Osmar Dutra, no valor de Cr$ 310.000,00, a ser pago em setecentos e cinqüenta (750) dias, "sendo que 10% (dez por cento) do total deverão ser pagos em 180 (cento e oitenta) dias, 15% (quinze por cento) em 300 (trezentos) dias e o restante em parcelas de 15% (quinze por cento) de 90 (noventa) em 90 (noventa) dias" (fl. 4).

Do "extrato para simples conferência" (fl. 3), constata-se que apenas o percentual de 10% foi pago pelo executado, importando o saldo, na dita conta corrente, em Cr$ 279.000,00, da qual foi debitada a quantia de Cr$ 36.000,00, resultando Cr$ 243.000,00, sendo este o valor pretendido pelo exeqüente.

Em contratos dessa natureza — hoje, como naquela época — ao creditado é concedido empréstimo de determinado valor, liberando-o, desde logo. Tal inocorre nos contratos de abertura de crédito em conta corrente, em que a instituição financeira põe à disposição do cliente "soma de dinheiro por determinado tempo ou tempo indeterminado, mas sempre com a obrigação para o creditado de restituir soma equivalente, caso venha a utilizar o crédito que lhe foi concedido" (in Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, RJ, 1963). Não há falar, pois, que o contrato em epígrafe "não constitui título executivo extrajudicial", sendo manifesto o equívoco laborado pelo Magistrado.

Em caso semelhante ao dos autos, a Câmara, ao apreciar a Ap. Cív. n. 98.014643-7, de Curitibanos, decidiu:

"Apelação cível. Embargos à execução. Contrato de abertura de crédito fixo em conta corrente. Desnecessidade de estarem presentes

os extratos de movimentação. Título executivo extrajudicial. Art. 585, II, do CPC.

"Nos contratos de abertura de crédito rotativo (cheque nobre, especial etc.), a instituição financeira nada entrega de imediato ao correntista, somente põe a sua disposição um limite, por tempo determinado ou não, com a obrigação deste restituir o equivalente do que efetivamente utilizou.

"Já nos créditos fixos, como no caso dos autos, se tem um verdadeiro mútuo, pois há uma transferência de titularidade do valor pactuado, geralmente com o seu depósito na conta de movimentação do cliente, que se responsabiliza pelo seu valor integral, além dos acréscimos legais e contratuais" (rel. Des. Napoleão Amarante, j. em 18/2/99).

Tais conclusões, abstraídas as demais pertinentes ao mérito, decorrem da exegese das cláusulas 1ª, 3ª, 4ª, 10ª e 15ª do contrato de fls. 5 e 6, verbis:

"Cláusula 1ª — O Inco concede ao Creditado e este aceita, pelo prazo de 750 dias (setecentos e cinqüenta dias), um crédito em conta corrente no valor de NCr$ 310.000,00 (trezentos e dez mil cruzeiros novos);

"(...)

"Cláusula 3ª — O prazo será de 750 dias para a amortização total do empréstimo, sendo que 10% (dez por cento) do total deverão ser pagos em 180 (cento e oitenta) dias, 15% (quinze por cento) em 300 (trezentos) dias e o restante em parcelas de 15% (quinze por cento) de 90 (noventa) em 90 (noventa) dias. Os juros até o prazo de 300 (trezentos) dias serão calculados à base de 6% (seis por cento) ao ano, passando daí em diante a vigorar a taxa de 12% (doze por cento) ao ano, acrescida de 6% (seis por cento) ao ano a título de comissão, calculados sempre sobre o saldo da conta e debitados semestralmente;

"Cláusula 4ª — Considerar-se-á vencida a dívida, independentemente de interpretação judicial: a) Por falta de pagamento das parcelas, juros e comissões convencionadas, dentro dos prazos estipulados; b) Venda das ações da Companhia Melhoramentos de Blumenau (Grande Hotel), pertencentes ao creditado, sem o consentimento do Inco; c) Morte do Creditado; d) Descumprimento, por parte do creditado, de quaisquer das obrigações assumidas neste contrato;

"(...)

"Cláusula 10ª — Como garantia do presente contrato, o Creditado vinculará em favor do Inco, de acordo com os preceitos legais, a 38.593 (trinta e oito mil quinhentos e noventa e três) ações da Cia. Melhoramentos de Blumenau, de propriedade do Creditado, representadas pelos títulos múltiplos de ns. 007 a 045;

"(...)

"Cláusula 15ª — Ocorrendo a impontualidade de uma ou mais parcelas poderão elas serem prorrogadas em caráter excepcional não obrigatório por parte do Inco, por igual prazo, vencendo, no caso, os juros e comissões usuais do Banco Inco".

III — Decisão

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para anular a sentença, prosseguindo a execução nos seus ulteriores termos, prejudicado o recurso adesivo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 16 de outubro de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Cláudio Barreto Dutra,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.019165-6, DE IMBITUBA

Relator: Des. Newton Trisotto

Responsabilidade civil objetiva do Estado — Vítima recolhida à cadeia pública — Prisão ilícita — Perturbação psicológica — Suicídio – Indenização.

O suicídio de detento, ainda que ilícita a prisão, não gera ao Estado, por si só, o dever de indenizar os danos materiais (alimentos) e morais reclamados por seus dependentes (Ap. Cív. n. 99.002117-3, Des. Luiz Cézar Medeiros). No entanto, o Estado é responsável pela reparação dos danos se comprovado que o detento apresentava quadro de perturbação psicológica e que nenhum cuidado excepcional foi tomado para preservar a sua integridade física.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.019165-6, da comarca de Imbituba, em que é apelante o Estado de Santa Catarina e apelados Miriam Stancowich Octávio e outro:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso no tocante aos honorários advocatícios e, de ofício, reformar a sentença sob reexame necessário para isentar o Estado do pagamento das custas judiciais.

I — Relatório

Miriam Stancowich Octávio e seu filho Laerte de Carvalho Octávio Filho ajuizaram "ação de indenização" contra o Estado de Santa Catarina.

Na petição inicial, relatam que "em 28/3/93 o marido e pai dos ora autores (Laerte de Carvalho Octávio) foi detido por policiais desta Comarca, sem que para isso houvesse ordem legal ou autuado em flagrante delito, em total desrespeito ao art. 5º, LXI, da lex maxima. Tolhido arbitrariamente do seu direito de liberdade foi o mesmo

encontrado morto em uma das celas da Cadeia Pública local em 29/3/93 (docs. 4/5 — inclusos), tendo como causa mortis 'Asfixia (Enforcamento)', como foi registrado na certidão de óbito acostada (doc. 3)".

Com a ação aforada, pretendem que o réu seja condenado a lhes indenizar os danos materiais e morais.

Apresentada a contestação (fls. 31/43), instruído o processo (fls. 98/103) e ouvido o representante do Ministério Público (fls. 128/142), a Dra. Nilza Campos Borges, reconhecendo a responsabilidade objetiva do Estado, julgou parcialmente procedentes os pedidos, registrando na parte dispositiva da sentença:

"Isto posto, julgo procedente em parte o pedido formulado através da presente ação, para condenar o Estado de Santa Catarina ao Pagamento:

"1. da pensão mensal, a partir do evento, correspondente a 1 (um) salário mínimo, aos autores, 50% (cinqüenta por cento) para cada um, até a data em que o de cujus completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, revertendo para a mulher quando o menor completar 21 (vinte e um) anos ou 24 (vinte e quatro) se for universitário; ou para o filho, em caso de morte da mãe;

"2. as parcelas vencidas deverão ser pagas de uma só vez;

"3. dos danos morais, arbitro em R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais);

"4. despesas e honorários advocatícios, que arbitro em 20% do valor a ser apurado, conforme o art. 20 do CPC.

"Deixo de constituir capital, na forma do art. 602 do Código de Processo Civil, por dispor o requerido de valores acessíveis a bloqueio, em caso de não cumprimento" (fl. 154).

O vencido interpôs apelação. Reeditando argumentos expendidos na defesa, insiste que não lhe pode ser imputada culpa pelo suicídio do ex-marido e pai dos autores. Também questiona o quantum das indenizações, inclusive dos honorários advocatícios.

Os apelados e o Promotor de Justiça manifestaram-se pela manutenção do decisum; a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por sua reforma parcial "para diminuir o quantum da indenização de 1 (um) para 2/3 do salário mínimo mensal, bem como o valor dos danos morais para 200 (duzentos) salários mínimos, e excluir-se da condenação imposta ao Estado o pagamento das custas, mantendo-se hígida a judiciosa decisão nos demais aspectos".

II — Voto

1. O pedido dos autores tem por fundamento o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, que assim dispõe: "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".

Num espaço de tempo relativamente curto, entre os juristas e os legisladores a concepção da responsabilidade civil do Estado passou por grande evolução. Ao discorrer sobre o tema, anotou Odete Medauar:

"A adoção da responsabilidade objetiva do Estado levou alguns autores a cogitar de uma nebulosa distinção entre teoria do risco integral e teoria do risco administrativo. A primeira representaria um sentido absoluto da responsabilidade da Administração, para levá-la a ressarcir todo e qualquer dano relacionado a suas atividades. A segunda admitiria isenção total ou parcial da responsabilidade, se fosse comprovada força maior ou participação da vítima no evento danoso. No entanto, autores que mencionaram em suas obras a teoria do risco integral, para adotá-la, admitem a isenção da Administração em caso de força maior ou culpa da vítima, pois em tais hipóteses deixaria de haver nexo de causalidade ensejadora da responsabilização. Desse modo, parece inexistir diferença substancial entre o risco integral e o risco administrativo, como ensina Yussef Said Cahali (Responsabilidade Civil do Estado, 2ª ed., 1995, págs. 40/4)" (Responsabilidade Civil do Estado, RT, 2001, 5ª ed., pág. 431).

Para os defensores mais radicais da teoria do risco integral, o Estado "responde sempre, uma vez que se estabeleça o nexo de causalidade entre o ato da Administração e o prejuízo sofrido (Revista dos Tribunais, vol. 484, pág. 68). Não há cogitar se houve ou não culpa, para concluir pelo dever de reparação. A culpa ou dolo do agente somente é de se determinar para estabelecer a ação de in rem verso, da Administração contra o agente. Quer dizer, o Estado responde sempre perante a vítima, independentemente da culpa do servidor. Este, entretanto, responde perante o Estado, em se provando que procedeu culposa ou dolosamente. Não importa que o funcionário seja ou não graduado (Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, vol. 5, pág. 108)" (Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988, Forense, 1992, 3ª ed., pág. 132).

Nos tribunais, é evidente a tendência cada vez mais acentuada à rejeição da teoria do risco integral. Dela são exemplos os acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça cujas ementas passo a reproduzir:

"A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no § 6º do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.

"— Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.

"— No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, é inequívoco que o nexo de causalidade inexiste, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o § 6º do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido" (RE n. 130.764, Min. Moreira Alves).

"I. — A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa.

"II. — Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

"III. — Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a faute de service dos franceses.

"IV. — Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da faute de service" (RE n. 179.147, Min. Carlos Velloso).

"Afastada a teorização do extremado risco integral ou do risco administrativo, não é possível amoldar-se a obrigação de indenizar, se a lesividade teria ocorrido por omissão, que pode condicionar sua ocorrência, mas não a causou. Assim, se a indenização, no caso, só poderia ser inculcada com a prova de culpa ou dolo (responsabilidade subjetiva), hipóteses descogitadas no julgado, inaceitável a acenada responsabilidade objetiva" (REsp n. 43.102, Min. Milton Luiz Pereira).

Perfilho o entendimento adotado nesses julgados, porquanto "o fato de ser o Estado sujeito à teoria da responsabilidade objetiva não vai ao extremo de lhe ser atribuído o dever de reparação de prejuízos em razão de tudo que acontece no meio social" (José dos Santos Carvalho Filho, Manual de direito administrativo, Lumen Juris, 1999, 5ª ed., pág. 390).

2. Na sessão realizada no dia dezessete de maio p.p., a Câmara decidiu, por maioria de votos, vencido o eminente Desembargador Francisco Oliveira Filho, que só o fato de ser ilíci-

ta a prisão não gera ao Estado a responsabilidade pela reparação dos danos morais e materiais reclamados por dependentes de detento suicida. Porém, os dois casos têm características que os diferenciam e que conduzem a soluções diversas.

Em ambos, as vítimas foram recolhidas ao presídio ilicitamente. Todavia, naquele já julgado, o detido não apresentava nenhuma anormalidade de comportamento; neste, o quadro de perturbação psicológica era visível, o que foi reconhecido pelo Delegado de Polícia. No relatório endereçado ao Corregedor-Geral de Polícia, ele esclareceu que "não ocorreu a lavratura do APF, porque a vítima não compareceu, no dia, na DPCO, como também o Auto de Exame de Corpo-Delito só foi trazido quando do comparecimento da vítima, e também pelo estado psicológico, do mesmo drogado, muito violento, só proferindo ameaças, não coordenando as palavras, e principalmente por ter havido dúvida quanto ao estado de flagrância" (fl. 47).

Nas circunstâncias em que ocorreu a prisão e o suicídio, não há negar que faltou o Estado com o seu dever de vigilância e de custódia.

A respeito da responsabilidade do Estado em casos como o sub judice, colho da jurisprudência os julgados que seguem:

"Indenização por dano moral — Suicídio de preso em delegacia de polícia — Responsabilidade do Estado por omissão — Pedido procedente — Verbas da condenação aumentadas e sucumbência exclusiva da entidade ré reconhecida, em Segundo Grau — Embargos de declaração — Pretendido reexame da questão da responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da CF), em face da suposta participação culposa da vítima — Tema estranho ao apelo — Discussão limitada ao quantum indenizatório — Recurso em que se procura reavivar o debate sobre a caracterização da culpa — Inadmissibilidade — Rejeição" (TJPR, Embargos de Declaração Cível n. 16805, Des. Ruy Fernando de Oliveira).

"1) O Estado tem o dever de velar pela saúde física e mental das pessoas que, no exercício do jus puniendi, mantém sob sua responsabilidade. 2) No caso de suicídio de detento, tal responsabilidade somente surge, se o Poder Público, por qualquer dos seus órgãos, foi oportunamente cientificado do seu estado de grave depressão e não viesse a tomar as medidas requeridas pelo caso. 3) Não providenciando atendimento médico ou internamento a recluso com prognóstico de profundo abatimento psicológico, responde o Estado pela sua omissão, se dito preso culmina por eliminar a sua própria vida. Danos materiais e morais devidos" (TJPR, Apelação Cível n. 14306, Juiz Carvílio S. Filho).

3. A lei não fixa critérios objetivos para determinação da indenização por dano moral.

De acordo com Carlos Alberto Bittar, "diante da esquematização atual da teoria em debate, são conferidos amplos poderes ao juiz para definição da forma e da extensão da reparação cabível, em consonância, aliás, com a própria natureza das funções 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 reparação devida no caso concreto" (Reparação civil por danos morais, RT, 1993, págs. 205/6). Adiante, destaca 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).

Com ele consoa Humberto Theodoro Júnior. Depois de assinalar que "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", acrescentou que "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 662/7/17).

No mesmo sentido são as lições de Wilson Melo da Silva (O dano moral e sua reparação, Forense, 1949, pág. 144) e Antônio Lindbergh C. Monteiro (Ressarcimento de danos, Âmbito Cultural, 1984, págs. 134/5).

Deles não discrepa a jurisprudência:

"Mas qual deve ser o fundamento da ação? Pagamento da dor sofrida, reduzindo-se a moeda os sentimentos? Não. Seria profundamente imoral dizer que aquele que foi atingido em seus sentimentos se consolaria graças à indenização que recebesse. A indenização não compensará, nem fará desaparecer a dor do ofendido; por isso mesmo não se trata de substituir por dinheiro o bem desaparecido; por isso mesmo não se cogita de avaliar a dor em dinheiro. O fundamento da ação é outro. O que, na realidade, se tem em vista não é avaliar a dor, para pagá-la em dinheiro numa equivalência exata, mas tutelar o direito vioado. As perdas e danos não têm o caráter de indenização do sofrimento, mas caráter de reparação repressiva.

"A indenização sob forma econômica é considerada como um bem sucedâneo, como um bem não equivalente a um outro, mas dado em substituição de um outro, como uma satisfação ou uma vantagem pela lesão do direito. Vejam-se nesse sentido as lições de Icílio Vanni (Lições de filosofia do direito, pág. 85), de Planiol Et Ripert (Traité élémentaire de droit civil, vol. II, n. 868-bis, pág. 296) de Giorgi (Teoria delle obligazioni, vol. V, n. 238), e de Laurent (Principes de droit civil français, vol. XX, n. 395).

E como não há, nem pode haver, equivalência entre o dano sofrido e a importância a ser paga, o que daí se segue é que necessariamente haverá

um poder discricionário, um prudente arbítrio, dos juízes na fixação do quantum da condenação, arbítrio esse que emana da natureza das coisas, pois como fizeram sentir Boistel, Laurent, Montel, Hudelot et Metman, e Giorgi e Minozzi, o fato de não se poder estabelecer a equivalência não pode ser motivo de se deixar o direito sem sanção e sua tutela. Causando o dano moral, fica o responsável sujeito às conseqüências de seu ato, a primeira das quais será essa de pagar uma soma que for arbitrada, conforme a gravidade do dano e a fortuna dele responsável, a critério do poder judiciário, como justa reparação do prejuízo sofrido, e não como fonte de enriquecimento" (Amílcar de Castro, voto proferido na Apelação Cível n. 1.409; RF 93/528).

"Não indenizar o dano moral é deixar sem sanção um direito, ou uma série de direitos. A indenização, por menor e mais insuficiente que seja, é a única sanção para os casos em que se perdem ou se têm lesados a honra, liberdade, a amizade, a afeição, e outros bens morais mais valiosos de que os econômicos" (RE n. 97.097, Min. Oscar Correa, RTJ 108-287/295).

"Na avaliação do dano moral se deve levar em conta a posição social e cultural do ofensor e do ofendido; a maior ou menor culpa para a produção do evento.

"A reparação do dano moral para a vítima não passa de compensação, satisfação 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 estimação do quantitativo indenizatório, a paga pecuniária há que representar, para o ofendido, uma satisfação que, psicologicamente, possa neutralizar ou, ao menos, anestesiar parcialmente os efeitos dos dissabores impingidos. A eficácia da contraprestação a ser fornecida residirá, com exatidão, na sua aptidão para proporcionar tal satisfação, 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).

"A reparação do dano moral tem natureza também punitiva, aflitiva para o ofensor, com o que tem importante função, entre outros efeitos, de evitar que se repitam situações semelhantes. A teoria do valor de desestímulo da reparação dos danos morais insere-se na missão preventiva da sanção civil, que defende não só o interesse privado da vítima mas também visa à devolução do equilíbrio às relações privadas, realizando-se assim a função inibidora da teoria da responsabilidade civil" (2º TACívSP, Juiz Renato Sartorelli).

"A reparação do dano moral tem por fim ministrar uma sanção para a violação de um direito que não tem denominador econômico. Não é possível sua avaliação em dinheiro, pois não há equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. Quando se condena o responsável a reparar o dano moral, usa-se de um processo imperfeito, mas o único realizável para que o ofendido não fique sem uma satisfa-

ção" (TARJ, AC n. 5.036/96, Juiz Mauro Fonseca Pinto Nogueira).

"Para fixação da indenização de danos morais, conseqüentes ao óbito culposo de ente querido, há que se ter em mente que essa indenização tem um dúplice caráter: a reparação da dor em si e o elemento pedagógico, consistente na observação, pelo empregador, de maiores diligências a cercarem os serviços realizados por seus empregados. A indenização, em tal hipótese, não deve constituir-se em fonte de reprimenda exacerbada ao indenizador, sem constituir-se, no entanto, em quantia meramente simbólica que, ao invés de reeducar, mostre-se, pela sua irrisoriedade, em incentivo à reiteração da mesma negligência" (Ap. Cív. n. 98.015988-1, Des. Trindade dos Santos).

No caso sub judice, a indenização relativa aos danos morais foi arbitrada em R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais). Os parâmetros recomendados pela doutrina e pela jurisprudência foram observados.

4. Os danos materiais postulados consistem apenas em alimentos. A obrigação de pagá-los decorre do disposto no inc. II do art. 1.537 do Código Civil, o qual prescreve que, em caso de homicídio, a indenização também abrangerá a "prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia".

Igualmente em relação aos danos morais houve-se a MMa. Juíza de Direito com a necessária prudência e moderação; arbitrou-os em R$ 50.000,00.

5. Preceitua o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil que, nas causas em que "for vencida a Fazenda Pública", os honorários advocatícios "serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior".

A causa não se reveste de complexidade jurídica, e não exigiu do advogado dos autores trabalho excepcional. Destarte, os honorários advocatícios devem ser reduzidos para 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação.

Anoto que, sendo os autores beneficiários da assistência judiciária gratuita, os honorários advocatícios devidos a eles pelo vencido não podem exceder a 15% (quinze por cento), conforme a Lei n. 1.060/50 (art. 11, § 1º).

6. Por força da Lei Complementar n. 156/97, posteriormente alterada pela Lei n. 161/97, não são devidas custas e emolumentos no processo "do qual tenha sido vencida a Fazenda do Estado e dos municípios, direta ou por administração autárquica, quanto ao ato praticado por servidor remunerado pelos cofres públicos" (art. 35, alínea i).

7. Pelas razões expostas, dou provimento parcial ao recurso para reduzir os honorários advocatícios para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação e, de ofício, reformo a sentença sob reexame necessário para isentar o Estado do pagamento das custas judiciais.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, deram provimento parcial ao recurso no tocante aos honorários advocatícios e, de ofício, reformaram a sentença sob reexame necessário para isentar

o Estado do pagamento das custas judiciais.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques. Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Cézar Medeiros.

Florianópolis, 21 de junho de 2001.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente com voto;
Newton Trisotto,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.007087-4, DE URUSSANGA

Relator: Des. Newton Trisotto

Responsabilidade civil — Acidente do trabalho — Culpa grave — Indenização devida.

1. Comprovado que o acidente ocorreu por culpa da empregadora — que permitiu o trabalho em máquina não dotada de trava de segurança — deve ela indenizar os danos causados ao empregado.

2. As empresas privadas são as maiores financiadoras da seguridade social que "compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social" (CF, art. 194). Por isso, se condenado o empregador a indenizar os danos sofridos pelo empregado em razão de acidente do trabalho, é justo e razoável que do quantum *da indenização seja deduzido o valor correspondente ao da aposentadoria ou do auxílio-acidente que lhe é pago pela seguridade social, ou da pensão percebida pelos seus dependentes se do sinistro resultar o óbito do obreiro. Inteligência do inc. XXVIII do art. 7º da Constituição Federal.*

3. O valor da indenização não pode ser fixado em salários mínimos, pois importaria em admiti-lo, até o momento da liquidação da dívida, como índice de correção monetária, o que é vedado (CF, art. 7º, IV).

O equívoco não conduz à nulidade da sentença; o quantum *da condenação, considerando-se o valor do salário mínimo vigente na data em que foi ela prolatada deverá ser convertido no valor*

correspondente ao da moeda corrente na data da liquidação do débito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.007087-4, da comarca de Urussanga, em que são apelantes e apelados Gabriel Silveira e Ceusa — Cerâmica Urussanga S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso do autor e negar provimento ao da ré.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Gabriel Silveira ajuizou "ação ordinária de indenização por ato ilícito decorrente de acidente de trabalho" contra Cerâmica Urussanga S.A., relatando na petição inicial:

"1 — O Requerente foi admitido no dia 7 de julho de 1977 pela Requerida, na função de servente, como comprovam as cópias da Carteira de Trabalho n. 86.522, Série 313, em anexo.

"2 — No dia 12 de novembro de 1977, no turno da noite, nas dependências da Requerida, estava laborando na prensa de fazer piso, quando ao lavar o estampo, veio a ser acionada repentinamente, amputando totalmente a mão esquerda, conforme documentos em anexo.

"3 — O Acidente do trabalho deu-se unicamente por culpa grave da Requerida, eis que não ofereceu ao Requerente, que na época possuía 24 (vinte e quatro) anos de idade, conhecimento técnico e segurança do trabalho, indispensáveis à função que exercia.

"4 — A partir do acidente descrito, foi concedido ao Autor o benefício de Auxílio-Acidente, a cargo do INSS, no percentual de 40% (quarenta por cento) do Salário de Benefício, conforme documentos em anexo, uma mísera quantia, e após foi-lhe concedido o Benefício de Aposentadoria por Invalidez, conforme demonstram as anotações na Carteira de Trabalho, com cópias em anexo.

"5 — Não bastasse, permaneceu ligado à Requerida até o dia 30 de outubro de 1984, quando então foi demitido, com a alegação de que não possuía condições para exercer a sua função. Bom salientar que neste interstício (data do acidente de trabalho e demissão) o Requerente não percebeu um auxílio sequer, seja financeiro, seja moral, pelo contrário, foi demitido por razões 'desconhecidas'.

"6 — Devido a sua incapacidade laborativa e dificuldade de adaptação em setores que exigem esforço físico e conhecimento técnico, bem como a flagrante discriminação, permanece desempregado até esta data.

"7 — Após o Acidente de Trabalho que aleijou o Autor, este passou a sofrer discriminações de toda ordem, como dito.

"8 — Os danos causados pela perda da mão são de ordem moral, estética e, conseqüentemente, financeira, eis que não conseguiu mais empregos devido a sua incapacidade, bem como a discriminação perante a sociedade que perdura até esta data. São irreversíveis!!

"9 — Hoje, com 46 (quarenta e seis) anos de idade, vive com auxílio de seus familiares que complementam o irrisório valor que percebe com a aposentadoria, junto ao INSS. Possui filhos e esposa que necessitam de seu auxílio, mas, vê-se impossibilitado de exercer qualquer atividade que lhe dê ao menos o conforto financeiro.

"10 — Se não houvesse tido a flagrante negligência por parte da requerida, o Autor estaria hoje com a sua integridade física e moral inabaladas, não sujeito à discriminação perante a sociedade e o mercado de trabalho, o que fez com que ingressasse com a presente demanda para fazer valer os seus direitos e repor o que foi perdido. O Autor está totalmente desamparado financeiramente, face a sua impossibilidade de laborar e, conseqüentemente, de evoluir profissionalmente".

Apresentada a defesa e instruído o processo, a Dra. Denise Helena Schild de Oliveira julgou procedente o pedido, registrando na parte dispositiva da sentença:

"Em face do exposto, julgo procedente o pedido formulado na ação ordinária de indenização por ato ilícito decorrente de acidente de trabalho, promovida por Gabriel Silveira, em face de Cerâmica Urussanga S.A. — Ceusa, ambos qualificados nos autos para, em conseqüência, condenar a requerida ao pagamento de: danos morais no valor de 100 (cem) salários mínimos; pensão mensal vitalícia em 60% (sessenta por cento) do salário mínimo atual, aí incluídos os lucros cessantes, tudo a partir do ajuizamento da presente ação, até a idade de 65 anos do autor, verba esta a ser devidamente apurada em liquidação de sentença; ainda, um 13º salário para cada período de doze meses, até quando perdurar o pagamento de pensão alimentícia; verbas a serem devidamente corrigidas a partir do ajuizamento da ação e acrescidas de juros de mora em 6% ao ano, a partir da citação, até o efetivo pagamento.

"As prestações vencidas deverão ser pagas em parcela única, devendo a requerida constituir capital, cuja renda será destinada ao cabal cumprimento da obrigação, consoante estabelece a regra do art. 602 do CPC.

"Arca por fim a vencida com o pagamento das custas processuais e verba honorária, que estipulo em 15% sobre o montante da condenação e no que se refere à pensão, no total das prestações vencidas e de doze das vincendas, de conformidade com a norma inserida no art. 260, combinado com o art. 20, § 3º, do CPC".

Acolhendo os embargos de declaração formulados pelo demandante, a MMa. Juíza de Direito condenou "a requerida ao pagamento de pensão mensal equivalente a 60% de um salário mínimo, a contar do ajuizamento da presente, e até que venha o autor a completar 65 anos, condenando ainda a requerida a constituir capital, consubstanciado na indicação de imóveis que deverão ser gravados com cláusulas de impenhorabilidade enquanto perdurar tal obrigação, no valor de R$ 300.000,00, na forma do disposto no art. 602 e parágrafos, CPC".

Ambas as partes interpuseram recurso de apelação.

O autor insiste que: a) a pensão deve corresponder ao salário de sua categoria, e ser vitalícia; b) o termo ini-

cial para o pagamento da indenização e para a incidência dos juros e da correção monetária é a data do evento danoso.

A ré, por seu turno, sustenta que o acidente ocorreu antes da vigência da Constituição Federal de 1988, e que não agiu com culpa grave.

Os recursos foram respondidos e preparados.

II — Voto

1. Permito-me rápida digressão acerca da responsabilidade civil do empregador resultante de acidente do trabalho:

1.1. A Constituição Federal assegura ao trabalhador, dentre outros, direito a "seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa" (CF, art. 7º, XXVIII).

A responsabilidade é subjetiva. Dessa premissa decorre que à vítima — ou àqueles que reclamam a indenização — cumpre provar a culpa do empregador. A respeito da quaestio, da doutrina e da jurisprudência colaciono as lições e os julgados que seguem:

"A atual Constituição Federal, de 1988, no capítulo dos direitos sociais, dentre outros direitos assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais, estabeleceu o seguro 'contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador', sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa' (art. 7º, XXVIII).

"Nota-se um grande avanço em termos de legislação, pois admitiu-se a possibilidade de ser pleiteada a indenização pelo direito comum, cumulável com a acidentária, no caso de dolo ou culpa do empregador, sem fazer qualquer distinção quanto aos graus de culpa.

"O avanço, no entanto, não foi completo, adotada apenas a responsabilidade subjetiva, que condiciona o pagamento da indenização à prova de culpa ou dolo do empregador, enquanto a indenização acidentária e securitária é objetiva. Os novos rumos da responsabilidade civil, no entanto, caminham no sentido de considerar objetiva a responsabilidade das empresas pelos danos causados aos empregados, com base na teoria do risco-criado, cabendo a estes somente a prova do dano e do nexo causal" (Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, Saraiva, 1995, 6ª ed., pág. 336).

"I — Na ação de indenização, fundada em responsabilidade civil comum (art. 159, CC), promovida por vítima de acidente do trabalho, cumpre a esta comprovar dolo ou culpa da empresa empregadora.

"II — Somente se cogita de responsabilidade objetiva (sem culpa) em se tratando de reparação acidentária, assim considerada aquela devida pelo órgão previdenciário e satisfeita com recursos oriundos do seguro obrigatório, custeado pelos empregadores, que se destina exatamente a fazer face aos riscos normais da atividade econômica no que respeita aos riscos do infortúnio laboral" (REsp n. 10.570, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RSTJ 48/162; REsp n. 39.833, Min. Antônio Torreão Braz).

"Não basta que o autor mostre que o fato de que se queixa, na ação, seja capaz de produzir dano, seja de

natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou (José Aguiar Dias)" (Ap. Cív. ns. 97.001449-0, Des. Eder Graf; 96.010770-3, Des. Orli Rodrigues; e 50.388, Des. Trindade dos Santos).

1.2. A culpa do empregador pode-se revelar tão-somente na omissão em proporcionar aos empregados condições seguras de trabalho.

Segundo lição de Pontes de Miranda, "há dever de evitar perigos sempre que a falta de atividade para que a danosidade se afaste seria transgressão de direito de outrem. O responsável deixa que o dano ocorra, pois, se tivesse intervindo, o dano não existiria. A causa está naquilo que estabelece a periculosidade, mas não teria havido o resultado maléfico se o que devia praticar o ato excludente do risco, ou omitir algum ato, para que o dano não se desse, tivesse cumprido o seu dever" (Tratado de direito privado, 3ª ed., vol. 53, tomo III, págs. 209/10).

Com ele consoa Humberto Theodoro Júnior: "A jurisprudência brasileira tem-se orientado no sentido de considerar culpa grave a de empresa que, faltando com providências elementares de segurança do trabalho, deixa seus obreiros expostos a acidentes perfeitamente previsíveis" (Acidente do trabalho e responsabilidade civil comum, Saraiva, 1987, pág. 42).

Os tribunais acolhem esse entender:

"Se o empregador permitiu que o obreiro realizasse serviço perigoso, no telhado de um galpão de altura considerável, e sem os meios de proteção adequados, ensejando a ocorrência do acidente que o vitimou, agiu com culpa, tornando inarredável a responsabilidade indenizatória" (Ap. Cív. n. 52.109, Des. Eder Graf).

"O traço do dolo civil é a consciência de manter a descoberto o risco tendente a certo resultado danoso. Se o empregador tem o dever de prevenir os riscos das condições de trabalho, age dolosamente se nem mesmo adota comezinhas cautelas imprescindíveis, optando por uma conduta consciente e inadmissível" (Ap. Cív. n. 16.190, Des. Reynaldo Alves, JC 33/48).

"Para obter êxito na ação indenizatória de direito comum, é imprescindível que o acidentado prove a falta grave do empregador. Entende-se por falta grave a em que o patrão demonstre, pela negligência e omissão de precauções elementares, despreocupação e menosprezo pela segurança do empregado, dando causa ao acidente" (TJSP, AC n. 43.983-1, Des. Camargo Sampaio, RJTJSP 90/198).

1.3. A conduta comissiva ou omissiva deve estar relacionada com a atividade do empregado. Se este, desviando-se da tarefa que lhe é cometida, porta-se de forma absolutamente contrária às normas de segurança sobre as quais fora cientificado, dando causa ao evento lesivo, não há imputar à empresa o dever de indenizar os danos resultantes da ação ou omissão. Acerca do tema, anota Sílvio Rodrigues:

"Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz prova de existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar o dano, mas não se evidenciar que o mes-

mo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente" (Direito civil — Responsabilidade civil, Saraiva, 1993, 13ª ed., vol. IV, pág. 18).

1.4. A "indenização a que este está obrigado (o empregador), quando incorrer em dolo ou culpa", é aquela prevista na legislação civil. De acordo com o art. 1.537 do Código Civil, em caso de homicídio, ela consistirá "no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família" (inc. I) e "na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia" (inc. II). Ocorrendo "ferimento ou outra ofensa à saúde", deverá o empregador indenizar "o ofendido (empregado) das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente" (art. 1.538).

Os lucros cessantes fundam-se na "privação de um ganho que deixou de auferir, ou de que foi privado em conseqüência da inexecução ou retardamento (da obrigação)" (J. M. Carvalho Santos, Código civil brasileiro interpretado, Freitas Bastos, 1977, 9ª ed., vol. XIV, pág. 255). A multa traduz-se nos danos morais (Washington de Barros Monteiro, Curso de direito civil, Saraiva, 1976, 11ª ed., vol. 5º, pág. 409; Silvio Rodrigues, op. cit., pág. 243).

Há muito se encontra sedimentada na doutrina e na jurisprudência a tese de que "a responsabilidade civil comum não mais seria simples complemento da acidentária, mas gozaria de completa autonomia, passando o acidentando a merecer por inteiro as duas indenizações, porque cada uma delas teria causa própria e distinta" (Humberto Theodoro Júnior, A nova constituição e o direito civil, Revista Jurídica 148/12).

J. Franklin Alves Felipe, embora reconhecendo que o sistema é injusto, concorda com a conclusão de Theodoro Júnior:

"Um caso, porém, comporta particularidade. O do empregador, relativamente aos danos causados ao empregado, em acidente de trabalho. Isso porque o empregador contribui para a previdência social de seu empregado e custeia o seguro acidente do trabalho, com uma parcela complementar. Desta forma, poderia ele pretender, quando acionado por seu empregado, obter a dedução do valor do benefício acidentário? A resposta negativa se impõe, ante a regra prevista no art. 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal, que, ampliando o alcance da Súmula 229 do Supremo Tribunal Federal, estabelece que constitui direito do trabalhador o seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa" (Indenização nas obrigações por ato ilícito, Del Rey, 1996, 2ª ed., pág. 42).

As decisões do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte — até então, com a minha adesão, registro (Ap. Cív. n. 98.016360-9) — são no mesmo sentido.

Parece-me que a doutrina e a jurisprudência constituídas em torno da tese acima exposta têm origem em situação fática diversa.

Ao autor de ato ilícito, independentemente da natureza da responsabilidade, sempre foi negada a pretensão de deduzir do quantum da indenização devida à vítima o valor correspondente à quantia a que esta faz jus em razão de seu vínculo com a previdência social. Os fundamentos dessas decisões são assim expostos por Aguiar Dias:

"Finalmente, a propósito da liquidação do dano, é de ponderar que a circunstância de perceber o beneficiário uma pensão, por morte da vítima, a título de assistência social, como ocorre no caso do funcionário ou dos contribuintes das caixas beneficentes em geral, não pode ser alegada pelo responsável, no sentido de influir no quantum a prestar, a título reparatório, como não poderia, tampouco, pretender satisfazer indenização menor, pelo fato de haver a vítima deixado seguro de vida.

"A razão é simples. Tais pensões, benefícios ou indenizações de seguro são correspectivos de prestações da vítima, que não teve essa intenção, isto é, ressarcir o dano à custa do prejudicado ou daquele que o representa" (Da responsabilidade civil, Forense, 1994, 9ª ed., vol. II, pág. 786).

Com ele congraça Ulderico Pires dos Santos:

"Nos casos de acidente de trânsito, o pagamento da indenização deve ser feito à vitima ou aos seus familiares, independentemente de ela estar percebendo pensão previdenciária. Esta circunstância não afasta, por si só, o valor da indenização devida pelo ato ilícito e nem diminui o seu quantum.

"Uma coisa nada tem a ver com a outra, ou melhor: a pensão previdenciária paga pelos cofres públicos à vítima ou aos seus beneficiários não ilide, de forma alguma, a que lhe for devida em conseqüência do evento danoso.

"A cumulatividade de ambas é absolutamente pacífica nos nossos tribunais locais e até na Corte Suprema, que entende que não é justo e muito menos lícito os responsáveis pelos atos danosos decorrentes de procedimentos ilícitos se beneficiarem com as verbas ou vantagens que os dependentes da vítima já auferirem antes do acidente sob outro título (RT, vol. 348, pág. 179; RJTJESP, Ed. Lex, vols. 37/72 e 6/182)" (A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência, Forense, 1984, pág. 90).

O mesmo fundamento foi adotado pelo Ministro Néri da Silveira quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 94.429:

"Cogitando-se, assim, aqui, de reparação, em virtude de culpa contratual grave da empregadora, inexecutando obrigação para que seu empregado, não é possível pretender, do quantum a condenar-se a empresa, deduzir o valor correspondente à indenização de natureza acidentária, que se deu ao autor, por título diverso (responsabilidade objetiva, decorrente da Lei de Acidentes), e é paga por instituição que cuida do seguro social, e não pela empregadora. Na espécie, a responsabilidade da empregadora, ora recorrida, é de direito comum e independente do seguro social, resultando de seu proceder, com culpa grave, inadimplindo obrigação, de índole contratual, de que proveio inca-

pacidade total e permanente ao autor para qualquer trabalho, arrastando, pela vida, a invalidez" (RTJ 115/744 — promovi o destaque).

Tem ele servido de apoio a decisões dos tribunais pátrios:

"A jurisprudência do STJ consolidou entendimento no sentido de que apurada a responsabilidade decorrente de acidente automobilístico ou outro evento danoso, o causador há de reparar o dano (culpa aquiliana), com supedâneo no direito comum e inviável é compensar tal reparação com a que a vítima há de perceber em decorrência de sua vinculação a sistema previdenciário ou securitário" (REsp n. 55.915, Min. Waldemar Zveiter).

A premissa consignada no voto do Ministro Néri da Silveira — no qual Sua Excelência assevera que a indenização acidentária e, por extensão, a pensão previdenciária "é paga por instituição que cuida do seguro social, e não pela empregadora" — afigura-se-me equivocada, equívoco no qual também incidi.

O "seguro contra acidentes do trabalho" é pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social, administrador dos recursos da "Seguridade Social", que "compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social", conforme o art. 194 da Constituição Federal.

Ainda de acordo com a Constituição Federal, "a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial" (art. 201). Ela assegura a todos, independentemente da condição de contribuinte: a) "cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada"; b) "proteção à maternidade, especialmente à gestante"; c) "proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário"; d) "salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda"; e e) "pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º".

Quanto às suas fontes de financiamento, prescreve o art. 195:

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

"I — do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

"a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

"b) a receita ou o faturamento;

"c) o lucro;

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

"III — sobre a receita de concursos de prognósticos".

A Lei n. 8.212, de 24/7/91, que trata da "organização da Seguridade Social", instituiu o "Plano de Custeio". A Lei n. 8.213, de 24/7/91, dispõe sobre "Planos de Benefícios da Previdência Social". A contribuição do empregador não se limita aos 20% (vinte por cento) referidos no inciso I do art. 22 da Lei n. 8.212/91. Provém igualmente do Cofins (LC n. 70/91), entre outras.

Do acima exposto, vê-se que a contribuição do empregador para o seguro contra acidente do trabalho não tem uma destinação específica; compõe uma das fontes de financiamento da "seguridade social", que nada mais é do que um fundo de previdência.

O seguro social raramente cobre todos os danos sofridos pelo segurado. Basta atentar que, por expressa disposição legal, nenhum benefício poderá ultrapassar o limite máximo do salário de contribuição (Lei n. 8.213/91, art. 29, § 2º). Obtendo o empregado remuneração superior ao limite do benefício, a importância que ele vier a auferir com a aposentadoria por invalidez, com o auxílio-doença ou com o auxílio-acidente pago pela previdência social não recomporá a perda. Mais grave será a situação dos seus dependentes, pois conhecidos são os critérios para cálculo da pensão. Por isso, incorrendo em dolo ou culpa o empregador, não estará ele isento do dever de complementar os danos não cobertos pelo seguro social — tais como o valor excedente à aposentadoria por invalidez, ao auxílio-acidente ou à pensão —, bem como de ressarcir as despesas com o tratamento médico-hospitalar e com o funeral. Deverá, ainda, indenizar os danos morais.

Se o empregador é obrigado a mensalmente recolher as contribuições previdenciárias que constituem o fundo de previdência ("Seguridade Social") para que seus empregados usufruam dos benefícios previstos na Constituição e na Lei n. 8.213/91, não é justo, lógico e razoável que se lhe negue o direito de deduzir da indenização a que for eventualmente condenado o quantum do auxílio-acidente ou da pensão que o obreiro ou seus dependentes venham a dele receber. Equivaleria a negar ao causador de acidente de trânsito o mesmo direito em relação ao seguro obrigatório, pago por todos os proprietários de veículos automotores.

A hipótese de acidente do trabalho com redução da capacidade laborativa é ainda mais ilustrativa da necessidade de ser revista a quaestio. Exemplifico: O empregado que percebia salário mensal de R$ 500,00 (quinhentos reais) passa a receber auxílio-acidente de 50% (cinqüenta por cento) do salário de benefício, conforme a Lei n. 9.032/95. Se culpado pelo acidente, o empregador é condenado a pagar, também para compensar a redução da capacidade laborativa, idêntica quantia. O empregado, que continua a trabalhar na empresa, exercendo outras funções, terá a sua renda mensal duplicada: perceberá R$ 1.000,00 (mil reais).

Ao contrário do que se tem afirmado, penso que a cumulação das indenizações resulta em enriquecimento ilícito. Para evitá-lo, deveria a lei prever a possibilidade de o INSS sub-rogar-se no direito do empregado, até o limite do benefício pago a este, permitindo que ajuizasse demanda contra o empregador que deu causa ao sinistro.

Nessa hipótese, a "seguridade social" teria uma atuação com as características próprias de uma seguradora no contrato de seguro facultativo.

Outro exemplo para ilustrar a necessidade de ser reformulado o entendimento busco na Administração Pública. O servidor contribui com uma parcela inexpressiva — variável de 4 a 12% — para o instituto de assistência municipal, estadual ou federal. No nosso Estado, essa contribuição é destinada ao Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina. Vindo a falecer o servidor, os seus dependentes terão direito a pensão em valor equivalente ao da sua remuneração (CF, art. 40, § 7º). Comprovado que o óbito ocorreu por culpa do empregador, ou seja, do Estado, seria justo que fosse ele condenado a pagar aos dependentes da vítima pensão de valor igual àquela que receberão do Ipesc?

É oportuno trazer à baila precedente do Tribunal de Alçada de Minas Gerais. O autor foi vítima de acidente de trânsito, sem qualquer relação com o seu vínculo empregatício, resultando dele redução da capacidade para o trabalho. O empregador, município de Bom Sucesso, mensalmente pagava-lhe pensão. No acórdão, registrou o relator:

"Verifica-se, com efeito, que restou conhecido, às claras, inclusive pelo trabalho médico-pericial, que o autor, em conseqüência do acidente, sofreu os seguintes danos: incapacidade, em caráter definitivo, para o exercício de atividade laboral; danos estéticos, conforme o indicado no laudo pericial; dispêndio com despesas médico-hospitalares, farmacêuticas e com transportes.

"Em razão da incapacidade laborativa, faz jus o autor à indenização, na forma de pensionamento, e de modo vitalício, no valor do salário que percebia em ocasião do eventus damni, que era o correspondente a dois e meio salários mínimos, a partir do acidente.

"Da verba correspondente à indenização, por pensionamento, devem ser descontados, mês a mês, os valores que, eventualmente, vieram ou vierem a ser pagos ao autor, pela sua empregadora, a Prefeitura Municipal de Bom Sucesso, devendo-se esta informar, mediante requisição, ao Juízo, a ocorrência de tais pagamentos.

"Tal condenação se impõe em razão da incapacidade laborativa do autor, e pelo fato, por isso, de não se encontrar o mesmo obrigado a exercer qualquer atividade, inclusive como motorista junto à sua empregadora".

O recurso especial interposto desse julgamento foi provido por maioria, constando da ementa do acórdão: "De acordo com a orientação do STJ, 'inviável é compensar tal reparação com a que a vítima há de perceber em decorrência de sua vinculação a sistema previdenciário ou securitário' (por todos, REsp n. 55.915, DJ de 11/9/95). Em tal sentido, não há de se admitir a compensação de vencimentos pagos pelo empregador. Código Civil, arts. 159 e 1.539" (REsp n. 61.303, Min. Nilson Naves).

Da douta maioria divergiu o Ministro Eduardo Ribeiro pelas razões que seguem:

"A sentença não inclui na condenação a parcela correspondente a lucros cessantes por considerar o MM. Juiz 'que o autor não deixou de rece-

ber os pagamentos mensais da Prefeitura Municipal de Bom Sucesso, conforme declarou na audiência'. No julgamento da apelação, o Tribunal determinou fosse pago o valor do salário percebido quando do acidente. Acrescentou, entretanto, o seguinte:

'Da verba correspondente à indenização, por pensionamento, devem ser descontados, mês a mês, os valores que, eventualmente, vieram ou vierem a ser pagos ao autor, pela sua empregadora, a Prefeitura Municipal de Bom Sucesso, devendo-se esta informar, mediante requisição, ao Juízo, a ocorrência de tais pagamentos'.

"O recurso especial refere-se à parte do julgado que determinou esse desconto. Alega-se infração ao disposto nos artigos 159, 1.518 e 1.539 do Código Civil, salientando-se que não incidiria, na espécie, a regra compensatio lucri cum damno. A hipótese, entretanto, não tem a ver com isso. Cogita-se daquela compensação quando, em razão do mesmo fato, quem teve um prejuízo aufere um proveito. No caso, o acórdão levou em conta que o prejuízo sofrido pelo autor, em virtude do acidente, não compreendeu a perda integral de sua remuneração, como empregado da Prefeitura de Bom Sucesso. Continuou a dela receber e não se justifica que recebesse duas vezes.

"O eminente Relator invocou precedentes, desta Terceira Turma, no sentido que do pagamento da pensão, em caso de invalidez, não se desconta a importância correspondente a benefício previdenciário ou a indenização decorrente de seguro. Assinalou haver diferença entre o que ora se julga e os precedentes indicados, já que aqui se trata de vencimentos pagos pelo empregador e não da 'compensação de verbas oriundas do sistema previdenciário ou securitário'. Considerou, entretanto, que isso não relevava, pois importava a circunstância de que as fontes seriam diferentes.

"Peço vênia para dissentir. Tratando-se de seguro ou benefício pago pela Previdência Social, concorre fator decisivo para diferenciar as situações. O recebimento, pela vítima, deve-se a ter pago o prêmio ou as contribuições necessárias. Observa, a propósito, Aguiar Dias, justificando não ser afetado o valor da indenização devida pelo causador do dano:

'A razão é simples. Tais pensões, benefícios ou indenizações de seguro são correspectivos de prestações da vítima. Não é lícito ao responsável beneficiar-se da previdência da vítima, que não teve essa intenção, isto é, não pode deixar de ressarcir o dano à custa do prejudicado ou daquele que o representa' (Da Responsabilidade Civil – 4ª ed. — Forense — vol. II — pág. 832).

"No caso em julgamento, trata-se apenas de limitar o ressarcimento ao dano ocorrido. O recorrente continua vinculado ao mesmo empregador. Se recebe menos, em virtude do acidente, terá direito à diferença. Não se trata de pensão ou benefício previdenciário. A isso nenhuma referência se fez.

"Reiterando o pedido de vênia, não conheço o recurso".

Já prolatei sentenças, proferi votos e lavrei acórdãos afirmando a tese consagrada pela doutrina e pela jurisprudência. Conversas informais com Constituintes levaram-me a refletir a respeito da matéria e a realizar exaustiva pesquisa nos Diários da

Constituinte para melhor compreensão da mens legislatoris. Chamou-me a atenção a ata da sessão plenária da Assembléia Constituinte do dia 6/5/87 (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, maio de 1987, pág. 77). Infere-se dela que, na Comissão de Sistematização, o "Centrão" apresentou emenda suprimindo a segunda parte do inciso, que teria a seguinte redação: "seguro obrigatório pelo empregador contra acidente do trabalho".

No Plenário da Assembléia Nacional Constituinte foi submetido à votação o destaque n. 1.981, contendo emenda aditiva à redação aprovada na Comissão de Sistematização. O Constituinte Antônio Carlos Mendes Thame foi designado para encaminhar a votação. Disse Sua Excelência:

"Sr. Presidente, Sras. e Srs. Constituintes, sem dúvida podemos dizer que nossa atividade profissional é privilegiada. Nenhum de nós, Constituintes, nos submetemos a qualquer tipo de constrangimento físico, pois nossa atividade não exige nenhum tipo de risco à saúde ou à nossa integridade física. Também estou certo de que poucos de nós tenham tido parentes ou amigos que tenham morrido ou sofrido lesões no exercício de sua função laboral. No entanto, a realidade é que o Brasil registra um dos mais altos índices de acidentes de trabalho. Não vou aqui repetir estatísticas, mostrando o número de casos fatais, ou descrever os riscos a que se submetem os trabalhadores brasileiros, gerando milhares de leucopênicos por benzeno, ou vítimas da contaminação por chumbo, asbeto, xilol ou sílica. Venho apenas defender a emenda que repõe no texto, além do seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador 'a indenização no caso de dolo ou culpa do empregador'.

"Quero inicialmente referir-me à legislação do Japão. O Japão prevê a chamada responsabilidade presumida para alguns tipos de moléstias. Que significa responsabilidade presumida? Significa que, ao se constatar, nalguma fábrica, ou mesmo nas proximidades, a existência de pessoas com uma dessas enfermidades, não há necessidade de qualquer indagação: presume-se que a causa seja aquela já prevista fonte poluidora ou de risco. É o caso do Japão. A maioria dos países não chegou ainda a adotar a 'responsabilidade presumida'. Ficam na 'responsabilidade objetiva'. E o que é responsabilidade objetiva? Na responsabilidade objetiva, não se pergunta se há culpa ou não. Havendo nexo de causalidade, há obrigação de indenizar. Invocaria, para exemplificar, uma situação de Pontes de Miranda, no seu 'Tratado de Direito Privado', citado pelo Dr. José Luiz Dias Campos no seu brilhante artigo 'A Leucopenia por Benzeno em Cubatão', publicado em 18 de fevereiro deste ano pelo jornal O Estado de S. Paulo. Pontes de Miranda afirma que 'quem cria o perigo, ainda que não tenha culpa, tem o dever de eliminá-lo'. Cita o caso de um incêndio que se iniciou na fazenda A. Não é preciso perquirir se o proprietário daquela fazenda foi quem ateou fogo: ele tem o dever de eliminá-lo, para que o sinistro não atinja a fazenda B. Se isso não for feito, será responsável pelo danos causados a outro imóvel. É do nosso direito! É a responsabilidade objetiva.

"Diz ainda Pontes de Miranda: 'Se ainda é, para quem cria o perigo, mesmo que não tenha culpa, com muito maior razão haverá de ser responsabilizado quem cria ou mantém em tráfego, em movimento, irradiação ou escoamento, algo que seja fonte de perigo'.

"Nobres Constituintes, não estamos aqui para pedir que adotemos no Brasil a responsabilidade presumida, como no Japão nem que contemplemos na nossa legislação, para os acidentes do trabalho, a responsabilidade objetiva, que aliás já existe para os crimes ecológicos. A legislação ordinária já a contempla para a proteção do meio ambiente. Paradoxalmente, o ambiente de trabalho, o interior de uma fábrica não está contemplado pela legislação que protege o meio ambiente.

"Não estamos aqui a pedir que se iguale legislação sobre o ambiente de trabalho à legislação sobre o meio ambiente, nem que se dê ao ambiente do trabalho as mesmas condições da responsabilidade objetiva, em que não se indaga da culpa do agente, como a maioria dos países. Estamos apenas solicitando que, naqueles casos em que houver culpa e dolo do empregador, haja indenização; que o seguro não cubra tudo; que não se faça comércio com a saúde do trabalhador. O ônus de provar a culpa e o dolo continua sendo do empregado. Estamos solicitando apenas isto. Uma Constituição se mede, às vezes, por alguns dos seus artigos.

"Defendemos uma Constituição em que haja uma escala de prioridades: em primeiro lugar o homem, em segundo a produção e em terceiro a propriedade. Quando estamos condicionando o direito da propriedade, dando-lhe uma função social, colocando limites para que não fiquemos no ins utendi fuendi et abutendi, colocamos a produção em primeiro lugar, isto é, exigimos que a propriedade se subordine à produção, porque esta é que vai fazer com que haja justiça e condições melhores de vida para todos os brasileiros. E quando colocamos na Carta Magna um dispositivo como este que vamos agora votar, estamos dizendo que acima da produção está o homem, criado à imagem e semelhança de Deus. Quando contratamos um homem, estamos admitindo um eletricista, um maquinista, um torneiro, um pedreiro, um carpinteiro, e não um provador de benzeno. O que a emenda propõe é pouquíssimo, é quase nada. É menos do que já existe para o meio ambiente.

"Peço que todos analisem esta emenda, que já tinha sido contemplada desde a Subcomissão até a Comissão de Sistematização, passando incólume por todas as críticas e debates. Estava no texto da Comissão de Sistematização e, possivelmente, por um lapso de interpretação, foi suprimida da proposição do 'Centrão'.

"É este o apelo que faço aos Constituintes, e tenho certeza de que todos aqui estão, independentemente da sua orientação ideológica, imbuídos do desejo de se fazer uma Constituição que corresponda realmente aos anseios legítimos da maioria da população brasileira" (Diário da Assembléia Constituinte (suplemento), fevereiro de 1988, pág. 7.673).

A expressão destacada — "que o seguro não cubra tudo" — parece-me constituir a melhor fonte para

se extrair o real sentido na norma inscrita no inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal: o pagamento do seguro não pode constituir causa excludente de toda e qualquer obrigação do empregador quando, por culpa ou dolo, der causa ao acidente.

Se "o 'seguro' contra acidente do trabalho previsto no inciso XXVIII do art. 7º da Constituição é uma contribuição que irá financiar as prestações do acidente do trabalho", conforme é assinalado por Sérgio Pinto Martins (Direito da seguridade social, Atlas, 1999, 13ª ed., pág. 203), a cargo do empregador (Lei n. 8.212/91, art. 22, II), é forçoso concluir que tem as mesmas características do "seguro obrigatório" automobilístico (Lei n. 6.194/74). Se o valor da indenização pago pela seguradora à vítima pode ser deduzido pelo causador do acidente, não vislumbro razões para não adotar essa mesma solução no tocante ao "seguro contra acidente do trabalho".

O temor que se restabelecesse a responsabilidade do empregador apenas na hipótese de incorrer em dolo — a ele equivalente a culpa grave por construção jurisprudencial, cristalizada na Súmula 229 do Supremo Tribunal Federal — justificava a redação proposta no destaque acima aludido.

Como foi anotado pelo Ministro Eduardo Ribeiro no acórdão relativo ao Recurso Especial n. 56.272, "o Decreto-Lei n. 7.036/44, anterior à integração do seguro de acidentes no sistema previdenciário, estabelecia, em seu artigo 31, que o pagamento da indenização devida em virtude do que nele se continha, exonerava o empregador da que se fundasse no direito comum, salvo se o dano resultasse de dolo seu ou de seus prepostos. O Supremo Tribunal Federal considerou que o dolo se equiparava à culpa grave, na linha de vetusto entendimento. O Decreto-Lei n. 293/67 revogou expressamente aquele outro mas reproduziu, em seu artigo 11, a mesma norma contida no citado artigo 31. Sobreveio-lhe a Lei n. 5.316/67 que, também às expressas, revogou aquele Decreto-Lei. Repristinou, entretanto, o Decreto-Lei n. 7.036/44 para aplicação subsidiária ao seguro de acidente do trabalho. Tenho que não foi revigorado o seu artigo 31, dada a especialidade da matéria nele cogitada. De qualquer sorte, entretanto, não pode haver dúvida quanto à revogação daquela norma, com a edição da Lei n. 5.367/76, em vigor quando do evento em causa, que formalmente revogou o Decreto-Lei n. 7.036. Como o Decreto-Lei n. 293 já o fora, induvidoso que inexistia, a possibilidade de pretender-se a indenização, com base no direito comum, quando houvesse culpa do empregador na causação do acidente".

Por derradeiro, destaco que há decisões do Tribunal de Alçada de Minas Gerais respaldando a tese perfilhada:

"O benefício previdenciário percebido pelo acidente deverá ser considerado na fixação do quantum indenizatório, uma vez que o objeto da ação acidentária pelo direito comum é manter o acidentado com a mesma capacidade financeira que tinha antes do sinistro, ou seja, realizar a restituio in integro" (referida no acórdão relativo ao REsp n. 257.292).

"A pensão devida ao autor deverá ser paga desde a data do acidente até a data do óbito e calculada tomando-se por base os proventos que

recebia quando ainda no exercício de suas funções, subtraindo-se as importâncias recebidas do órgão previdenciário" (AC n. 0259441-6, Juiz Edivaldo George, RJTAMG 72/233).

"Os lucros cessantes são devidos pelo valor da diferença entre o auxílio previdenciário e o salário percebido pelo trabalhador à época de seu afastamento" (AC n. 0299410-3, Juiz Wander Marotta).

Quando do julgamento da Apelação Cível n. 4326596, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu que "provada a culpa do empregador, impõe-se-lhe a obrigação de indenizar. É devida, no caso, indenização por danos morais, bem como para recomposição dos ganhos do acidentado, mediante fixação de complementação da pensão prestada pelo INSS até o que efetivamente ganhava a vítima à época do acidente. Não há falar em compensação de pagamento de seguro coletivo mantido pela empregadora com os benefícios decorrentes da condenação proclamada em ação com a natureza da presente".

Na primeira parte da ementa acima reproduzida é admitida a "complementação da pensão" para "recomposição dos ganhos do acidentado", ou seja, são devidos os lucros cessantes. No tocante à segunda parte, data venia, o "seguro coletivo mantido pela empregadora" não tem qualquer relação com o "seguro de acidente do trabalho". A toda evidência, deve ser compensada, como é compensável, no acidente de trânsito, a importância paga à vítima por conta do seguro obrigatório:

"O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada" (STJ, Súmula 246).

"Se a empresa que contrata o seguro de vida e de acidente em grupo a favor de seus empregados, quitando o respectivo prêmio, ocorrendo a concretização do risco ajustado e paga a indenização pela seguradora aos beneficiários, nada mais justo que esse valor seja deduzido da indenização, baseada na responsabilidade civil, postulada pelos dependentes da vítima junto a empregadora, especialmente por envolver a mesma finalidade de reparação" (TAPR, AC n. 0086314700, Juiz Ronald Moro).

2. Fixadas as premissas acima, analiso as questões suscitadas no recurso.

3. A respeito da culpa pelo sinistro, da sentença transcrevo o excerto que segue:

"No que se refere ao mérito, logrou o autor comprovar à saciedade os argumentos constitutivos de seu direito, conforme lhe competia, a teor do disposto no art. 333, inciso primeiro, do Digesto Processual, porquanto restou evidenciado que a requerida tem o dever de indenizar o ato ilícito que vitimou o autor, cuja mão restou decepada, quando trabalhava para a empresa ré.

"Não prosperam as alegações da requerida, de que não ficou devidamente delineada sua culpa no sinistro, porquanto restou comprovada sua negligência no que se refere à máquina operada pelo autor, conforme demonstram os depoimentos testemunhais colhidos à instrução processual.

"Do depoimento da testemunha José Floriano, colhe-se que a empresa ré não ofereceu ao autor qualquer equipamento de segurança, relatando o depoente, à fl. 68: 'que conhece o autor em razão de ter com o mesmo laborado junto a Ceusa (...) que conhece o depoente a máquina na qual acidentou-se o autor, podendo afirmar costumasse esta apresentar variações vez movida à energia; que ouviu comentários tivesse o acidente se dado por defeito no carrinho de alimentação da máquina; que não se recorda se à época dos fatos existia setor de segurança na empresa, não sendo fornecido qualquer equipamento de proteção (...) que existia a parte elétrica, hidráulica e eletrônica sendo que sempre o defeito apresentado não fazia com que a máquina se desligasse automaticamente...'.

"No mesmo sentido é o depoimento da testemunha Severino Facin, à fl. 69: 'que recorda-se do acidente de trabalho sofrido pelo autor eis tenha inclusive presenciado o mesmo; que, atribui o acidente a defeito elétrico ou mecânico da prensa que costumava apresentar variação; que, chegou a avistar o momento em que a prensa por três vezes caiu sobre a mão esquerda do autor; que na época dos fatos a prensa não possuía trava de segurança, sendo que posteriormente foi colocada; que, antigamente a segurança na empresa era deficiente...'.

"Diante dos depoimentos acima mencionados, observa-se que a empresa ré realmente foi negligente ao não propiciar a segurança necessária ao seu empregado, ora autor, deixando de providenciar a necessária trava de segurança junto à prensa então maneada pelo mesmo, ensejando, destarte, o dever de indenizar o dano sofrido, em decorrência do acidente que resultou no aleijão noticiado nos autos em tela.

"A norma jurídica insculpida no art. 159 do Código Civil oferece amparo à pretensão indenizatória deduzida nos presentes autos, uma vez comprovado o dano e o nexo causal estabelecido entre a conduta do agente e o resultado lesivo sofrido pelo autor" (fls. 84/85).

Estou inteiramente de acordo com a conclusão da sentença; restou comprovada a culpa grave da empregadora, posto que não proporcionou condições seguras de trabalho ao demandante.

4. O autor reclama a reforma do decisum visando à majoração do valor da pensão e a modificação dos termos inicial e final da obrigação alimentar.

4.1. Na sentença, consignou a MMa. Juíza de Direito: "Nesta conformidade, compulsando-se a referida documentação e levando-se em conta que, antes do acidente o autor percebia Cr$ 1.576,00 (um mil, quinhentos e setenta e seis cruzeiros), constatando-se que o referido montante equivale a 2,21 salários mínimos, tenho que a pensão mensal a ser paga ao autor deverá ser de 60% (sessenta por cento) do salário mínimo atual, a partir da data do ajuizamento da presente ação até a idade de 65 anos do autor, montante este a ser apurado em liquidação".

Equivocou-se, data venia, Sua Excelência. A pensão é devida desde a data do evento lesivo, e é vitalícia. A jurisprudência conforta esse entender:

"Acidente do trabalho. Indenização do direito comum. Sum. 229/STF. 1. Atestada pelo acórdão que em face da prova trata-se de culpa grave, cui-

da-se o assim decidido de questão de fato, não reexaminável pelo STJ. 2. Pensão mensal. A vítima do acidente, se viva, há de ser pensionada enquanto viver, não se lhe aplicando o limite de idade para a pensão. 3. Juros de mora e correção monetária, caso da Súmula 43 e Súmula 54/STJ. 4. Dano Estético e 13º Salário. Inocorrência de ofensa a texto de lei federal, e dissídio não demonstrado. Súmula 7/STJ e 284/STF" (REsp n. 58.365, Min. Nilson Naves).

"Termo inicial do pagamento da pensão alimentícia é aquele em que se deu o sinistro" (AGA n. 131.123, Min. Waldemar Zveiter).

"Indenização — Responsabilidade civil — Fazenda Pública — Lesões corporais provocadas em menor em praça desportiva, em razão da queima de fogos — Dever dos policiais militares que ali faziam policiamento preventivo obstar a queima de fogos — Termo inicial da pensão a partir da data do acidente" (TJSP, AC n. 231.002-1, Des. Orlando Pistoresi).

No entanto, o termo final da obrigação definido na sentença está de acordo com o pedido do autor. Requereu ele que a pensão fosse "calculada desde a data do acidente até completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade".

4.2. O apelante insiste que o valor da pensão deve ser calculado sobre o "salário de sua categoria". Assiste-lhe razão.

Se do acidente resultar total incapacidade para o trabalho, a pensão deve corresponder ao rendimento da vítima; se parcial, na proporção da redução da sua capacidade laborativa. Acerca do tema, colhe-se da jurisprudência:

"No acidente de trabalho, se a incapacidade for permanente e par- cial, a pensão mensal terá como paradigmas os mesmos salários ou proventos da vítima, mas em percentual correspondente ao grau de incapacidade" (TAMG, AC n. 0269196-9).

"Provada a responsabilidade da empresa (culpa grave) pelo evento (acidente) de que resultou incapacidade ou diminuição do valor do trabalho do empregado, deve aquele ressarci-lo, compensando-o no pagamento de despesas de tratamento, lucros cessantes e até com uma pensão correspondente à depreciação ou incapacidade laboral sofrida, enquanto durar a vida da vítima" (REsp n. 158.211. Min. Waldemar Zveiter).

"Indenização — Doença do trabalho — Silicose — Laudos periciais contraditórios — Prevalência do que afirma a doença, em conformidade com a Previdência Social — Redução da pensão indenizatória à proporção da incapacidade do autor" (TJSP, AC n. 196.421-1, Des. Lino Machado).

In casu, ocorreu redução da capacidade laborativa. Na petição inicial, o autor informou que recebeu auxílio-acidente "no percentual de 40% (quarenta por cento) do Salário de Benefício". O mesmo percentual deverá ser observado no cálculo da pensão devida pela empregadora.

4.3. Conforme remansosa jurisprudência, "'a correção, reitero, não é um plus que se adiciona ao crédito, mas um minus que se evita. Quem paga com correção, não paga mais do que deve, paga rigorosamente o que deve, mantendo o valor liberatório da

moeda. Quem recebe sem correção, não recebeu aquilo que por lei ou por contrato lhe era devido; recebeu menos que o devido, recebeu quiçá quantia meramente simbólica, de valor liberatório aviltado pela inflação' (Comentários às Súmulas do STJ, Ed. Brasília Jurídica, 2ª ed., 1993, pág. 231 — Jesus Costa Lins)" (REsp n. 7.326, Min. Athos Carneiro). A correção monetária incide da data em que a obrigação se tornou exigível, passando a sofrer os efeitos da correção do valor da moeda.

4.4. A respeito dos juros de mora, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Depois de alguma controvérsia, e embora existam precedentes em sentido contrário, a Turma converge no sentido de que em casos como o dos autos, a responsabilidade é contratual, correndo os juros da citação" (REsp n. 143.664, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, RSTJ 139/258).

4.5. A indenização pelo dano moral foi arbitrada em quantia equivalente a 100 (cem) salários mínimos. O quantum não foi impugnado pelos apelantes.

Impõe-se registrar que o valor da indenização não pode ser fixado em salários mínimos, pois importaria em admiti-lo, até o momento da liquidação da dívida, como índice de correção monetária, o que é vedado (CF, art. 7º, IV). Porém, o equívoco não conduz à nulidade da sentença: o quantum da condenação, considerando-se o valor do salário mínimo vigente na data em que foi prolatada, deverá ser convertido no correspondente ao da moeda corrente na data da liquidação do débito.

5. Compete ao juiz fixar o quantum da pensão. Não importa em julgamento extra petita se ele reconhecer que do valor devido seja descontada a quantia percebida pelo autor da "seguridade social".

6. Por todo o exposto, nego provimento ao recurso da ré e dou provimento parcial ao recurso do autor para: a) arbitrar o valor da pensão, até a data da aposentadoria por invalidez, em quantia correspondente a 40% (quarenta por cento) do rendimento do obreiro à época do acidente, deduzida a importância do auxílio-acidente que recebia da seguridade social; a partir de então, corresponderá à diferença entre a remuneração que estaria recebendo se em atividade e o valor da aposentadoria; b) fixar a data do evento como termo inicial da pensão, sendo devida até o dia em que o autor completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade; c) determinar que as prestações em atraso sejam corrigidas monetariamente, como também os valores do auxílio-acidente e da aposentadoria; d) que os juros de mora fluam a partir da citação.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, deram provimento parcial ao recurso do autor e negaram provimento ao da ré.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 13 de junho de 2000.

Carlos Prudêncio,
Presidente para o acórdão;
Newton Trisotto,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 01.011030-0, DE CUNHA PORÃ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Embargos à execução. Comissão de permanência. Pedido deduzido na execução que não a contempla. Discussão a respeito da ilegalidade da sua cobrança. Inadmissibilidade. Julgamento ultra petita. *Expurgo da sentença que se faz mister, em virtude de representar um* plus *em relação ao pedido.*

O pedido deduzido na petição inicial da execução é que determina os limites da lide, aos quais fica adstrito o juiz. Portanto, se o credor não inclui na formação do montante excutido a comissão de permanência, não há ensejo à discussão em torno da legalidade da respectiva cobrança, em virtude de não ter sido exigida.

Julga ultra petita *o provimento judicial que reputa potestativa a cláusula que a estipula, declarando-a indevida, cabendo ao tribunal adequá-lo aos limites do pedido.*

Cédula rural pignoratícia. Multa contratual. Redução para 2% em face da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Título de crédito rural. Legislação específica que disciplina a hipótese, estabelecendo inclusive percentual para a penalidade. Art. 71 do Decreto-Lei n. 167/67. Circunstância que afasta a incidência do diploma supra-aludido, impedindo a redução.

Consoante a jurisprudência predominante, o Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos títulos de crédito rural naquilo que não for disciplinado pela legislação específica (Decreto-Lei n. 167/67). O estabelecimento pelo édito de regência de multa para os casos de cobrança em processo contencioso ou não, fixando inclusive o respectivo percentual (art. 71), afasta a incidência daquele diploma, impedindo, como corolário, que se proceda à redução.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 01.011030-0, da comarca de Cunha Porã, em que é apelante o Banco do Brasil S.A. e apelado Alcido Fischer:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por maioria de votos, dar parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue pelo Dr. Juiz de Direito, que reputou procedente em parte o pedido deduzido nos embargos opostos por Alcido Fischer à execução que lhe move Banco do Brasil S.A. apelou, objetivando a sua reforma, à consideração de que devida a comissão de permanência em razão de haver sido pactuada, motivo pelo qual não poderia ter sido declarada ilegal a sua cobrança, a par de inadmissível a redução da multa contratual, ex vi do preceituado no art. 71 do Decreto-Lei n. 167/67.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

Não há ensejo à discussão acerca da legalidade da cobrança da comissão de permanência, visto que o pedido deduzido na petição inicial da execução é que estabelece os limites da lide, aos quais fica adstrito o juiz. Ora, se o credor não a incluiu na formação do montante excutido, dela não poderia ter se ocupado a sentença, exceto para proclamar a inadmissibilidade do respectivo questionamento, em virtude de não haver sido exigida.

Poder-se-á objetar, asseverando que o Magistrado estava obrigado a pronunciar-se sobre o ponto, em face de haver sido suscitado na peça vestibular dos embargos — ação que visa à desconstituição do título. Nada obstante considere o Código de Processo Civil o excesso de execução como causa petendi hábil à sua oposição — art. 741, V, combinado com o art. 743, I —, admitindo o expurgo do que eventualmente ultrapasse o valor do débito, dele só se poderia ocupar a sentença se, além de pactuado pelas partes, o encargo tivesse sido expressamente pedido na inicial da demanda executória.

Diante disso, como o credor não exigiu a comissão de permanência, tanto que não consta nem do extrato de conta vinculada (fl. 11), nem do demonstrativo atualizado do débito (fl. 12), era defeso ao Dr. Juiz a quo ordenar a respectiva exclusão, proferindo, quanto ao pormenor, julgamento ultra petita, incumbindo a esta Corte, como corolário, adequar o provimento judicial aos limites do pedido.

De outro vértice, procede a insurreição no que tange à majoração da multa contratual.

Com efeito, a jurisprudência predominante assentou o entendimento consoante o qual a Lei n. 8.078/90 — Código de Defesa do Consumidor — aplica-se aos títulos de crédito rural naquilo que não estiver disciplinado na legislação específica (Decreto-Lei n. 167/67), de modo que o estabelecimento pelo édito de regência de multa para os casos de cobrança em processo contencioso ou não, fixando inclusive o respectivo percetual (art. 71), afasta a incidência daquele diploma, impedindo que se proceda à redução.

Nesse passo, restabelece-se o pacto no que pertine à multa contratual, incidente à razão de 10% sobre o principal e acessórios postulados, a teor do preceituado no art. 71 do Decreto-Lei n. 167/67.

Ante o exposto, deu-se parcial provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 18 de setembro de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto parcialmente vencido;
Sérgio Paladino,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi:

Divergi do posicionamento da douta maioria e fiquei vencido no tocante à pretendida redução do percentual da multa contratual.

No que tange à incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos contratos bancários, esta posição tem sido apreciada e recebida positivamente pela doutrina e tribunais pátrios.

Isto porque a defesa do consumidor pelo Estado foi expressamente implantada no texto da Carta Magna de 1988, como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII) e princípio geral da atividade econômica (art. 170, inc. V), tendo como finalidade precípua assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A propósito, sobre o conceito de fornecedor, dispõe o art. 3º da Lei n. 8.078/90:

"Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

"§ 1º — Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

"§ 2º — Serviço é qualquer atividade, fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (grifei).

A atividade desenvolvida pela instituição financeira está tipificada na expressão "fornecedor" descrita pelo caput do art. 3º, uma vez que os bancos prestam serviços de natureza bancária, financeira e de crédito, previstos no § 2º do mesmo artigo. Assim, os contratos feitos com as instituições financeiras estão incluídos no conceito legal de serviço previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Carlos Henrique Abrão, atualizando a obra de seu pai, Nelson Abrão, Direito Bancário, 5ª ed., Saraiva, 1999, pág. 264, alerta para a necessidade da aplicação da legislação protetiva dos consumidores. Observa que "sendo o lucro o objetivo fundamental estrutural da instituição financeira, contratos existem dos quais as regras pendem para o lado econômico e sucessivamente se interpolam cálculos aritméticos e financeiros nocivos ao consumidor, que não tem outra fonte alternativa".

Mais adiante assevera que "o estabelecimento dessa condição chama a atenção no pressuposto de se compatibilizar um sistema de freios em harmonia com aquela tendência de absorção de direitos e garantias individuais, daí deflete válida a estimulação proveniente do Código de Defesa do Consumidor ao irradiar seus efeitos na atividade bancária".

Alberto do Amaral Júnior, também defensor da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços de natureza bancária, financeira e creditícia, ressalta a amplitude dos conceitos de consumidor e fornecedor utilizados pelo Código e, contraditando a oposição mais comum à incidência da Lei n. 8.078/90, preleciona:

"Igualmente, não é correto o entendimento segundo o qual o Código de Defesa do Consumidor não se aplicaria às instituições financeiras, porque 'não se concebe a possibilidade de ser usado o dinheiro ou o crédito pelo destinatário final, pois os valores monetários se destinam, pela sua própria natureza, à circulação' (Arnoldo Wald). Para o Código, consumidor não é apenas o adquirente, mas o mero usuário. A utilização do produto tem, aqui, sentido mais amplo que o da simples fruição, abrangendo a possibilidade de sua disposição. Desse modo, o consumidor que celebra um contrato de mútuo com a instituição bancária utiliza o produto recebido como meio de satisfazer as suas necessidades.

"Está, assim, plenamente caracterizada a existência de relação jurídica de consumo entre as instituições financeiras, bancárias e administradoras de cartões de crédito com os consumidores. Nessa relação, as instituições financeiras e as administradoras de cartões de crédito ocupam a posição de fornecedor" (Revista de Direito do Consumidor, vol. 19, pág. 154).

Esse entendimento também é compartilhado por outros membros deste egrégio Tribunal de Justiça, sendo oportuno destacar elucidativos precedentes: Ap. Cív. n. 96.007744-8, de São Miguel do Oeste, Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 24/3/99; AI n. 98.017994-7, de Mondaí, Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 25/2/99; e AI n. 98.017996-3, de Mondaí, Des. Eder Graf, j. em 20/4/99.

Ora, ante a incidência do CDC aos contratos bancários, é inarredável que o percentual da multa moratória não ultrapasse o patamar de 2% (dois por cento) do valor da prestação, ex vi do art. 52, § 1º, deste diploma legal.

Ademais, sua aplicabilidade às cédulas de crédito rural é imediata, eis que se trata de norma de ordem pública, de fim precipuamente social e específica a certas atividades humanas — relações de consumo. Não bastasse isto, há se observar o princípio basilar do Direito que pre coniza a derrogação da lei anterior pela posterior (lex posteriori derrogat priori).

Por esses motivos, entendo necessária a redução da multa pelo inadimplemento, para o percentual de 2% (dois por cento).

Silveira Lenzi.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.004526-9, DE TIMBÓ

Relator: Des. Volnei Carlin

Ação civil pública — Registro civil — Cobrança de emolumentos — Estado de pobreza — Conduta censurável — Princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, CRFB).

A dignidade é um valor moral, de importância ímpar, inerente à personalidade humana, que traz ínsito o respeito das demais pessoas, notadamente quando a atividade reclamada é exercida por servidor público, embora de competência delegada. Tem-se como evidente, ademais, que a preocupação do constituinte foi a de que o Estado, por seus agentes, proporcionasse condições para que todos tivessem o direito e a garantia de ter uma existência, no mínimo, digna.

Ação civl pública — Proteção da criança — Prioridade absoluta — Conduta preconceituosa e discriminatória — Registro civil — Assento e certidão de nascimento e atestado de óbito — Gratuidade do ato — Efetividade da cidadania — Conduta antijurídica e antiética da serventuária extrajudicial — Dicção dos arts. 1º, II, e 5º, LXXVI, CRFB e art. 30, LRP.

A eficiência da fixação de paradigmas mínimos de sobrevivência, como a possibilidade gratuita de obter assento e certidão de nascimento, constitui simples anseio de cidadania e observância mínima de preceitos legais. Ser cidadão, hoje, ultrapassa não só os limites dos direitos civis, políticos e sociais, abrangendo, também, as grandes dimensões discriminatórias e de exclusão.

Embora as tradições ético-morais encontrem-se extremamente abaladas na Administração Pública, as reflexões, o saber e o substratu *jurídico e de moralidade administrativa devem se impor, olvidando-se os lugares comuns e tornando-se mediações necessárias, fundamentais e eficazes nos domínios do direito, de sua prática e, especificamente, na conduta dos agentes do serviço público.*

Por se ocuparem os autos da defesa de direitos inerentes à criança, merecedora de prioridade absoluta (art. 227, CRFB), proibida é qualquer atitude a ela atentatória, não se podendo admitir inscrições preconceituosas nas certidões referentes ao nascimento e ao óbito das crianças pertencentes a famílias economicamente menos favorecidas.

Ação civil pública — Ministério Público — Aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Sobreleva ao Ministério Público velar pela boa aplicação das leis, quando condutas funcionais atentarem concretamente aos interesses públicos. Afinal, é ele órgão da lei por determinação constitucional (art. 127, CRFB).

O exame de constitucionalidade, in concreto*, somente deve ser feito quando imprescindível à solução da lide, razão pela qual as normas infraconstitucionais, enquanto não tidas como inconstitucionais ou revogadas, devem nortear os critérios judiciais que visem a equacionar a pugna trazida a juízo, priorizando os aspectos sociais, em vez dos benefícios pessoais caracterizadores de odioso privilégio.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.004526-9, da comarca de Timbó, em que é apelante Iris Germer Domning, sendo apelado o representante do Ministério Público:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Timbó, o representante do Ministério Público propôs ação civil pública contra Iris Germer Domning, titular do Cartório do Registro Civil daquela Comarca, alegando que esta vem, sistematicamente, recusando-se a fazer registro gratuito de nascimento de crianças pobres ou, quando faz por determinação judicial, constando a forma de registro e a condição de pobreza do registrado.

A liminar foi deferida às fls. 12/40. O feito foi processado e instruído.

Sentenciando, o Togado Monocrático julgou procedente o pedido inicial, condenando a demandada a lavrar gratuitamente os assentos e certidões de nascimento e óbito de menores em condição econômica desprivilegiada, sendo suficiente para a presunção relativa da pobreza a declaração do interessado, vedando-se qualquer expressão discriminatória (fls. 110/116). No mesmo ato, impôs o pagamento da multa cominada na liminar — 50% (cinqüenta por cento) do salário mínimo — para cada um dos três descumprimentos, bem como outra penalidade para o caso de inobservância da ordem judicial imposta pela sentença, com eficácia para o futuro.

Irresignada, apelou a vencida, alegando que jamais se negou a efetuar o registro de nascimento de crianças pobres. Aduz, ainda, que com o advento da Lei n. 9.534/97, que regulamentou a gratuidade dos registros, a sentença tornou-se obsoleta, pugnando pela análise da prescrição da sentença condenatória (fls. 120/125).

Contra-razões às fls. 128/132, requerendo a manutenção do decisum.

O representante do Ministério Público de Segundo Grau opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 148/152).

II — Voto

O ponto nevrálgico da presente ação civil pública é a proteção do direito ao registro de nascimento gratuito e sem discriminação inerente às crianças filhas de pais pobres, que vem sendo desrespeitado pela ré/apelante, titular do Cartório de Registro Civil da comarca de Timbó.

O manejo das "ações civis fundadas em interesses coletivos ou difusos" (art. 209, Lei n. 8.069/90) em relação à criança e ao adolescente foi expressamente previsto no Estatuto da Criança e Adolescente (Capítulo VII — Da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos). Tal estatuto protetivo também atribuiu legitimidade ativa ao Ministério Público para a defesa dos direitos referentes a menores (art. 201, V).

Da doutrina, extrai-se a seguinte lição:

"A Lei n. 8.069, de 13/7/1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e dá outras providências, também previu a utilização da ação civil pública para assegurar os direitos garantidos tanto pela Constituição Federal (art. 227) como pela legislação ordinária referente à matéria.

"A Constituição Federal considera 'dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde (...) além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação (...)' (art. 227).

"O Estatuto da Criança e do Adolescente define minuciosamente os direitos constitucionais (arts. 106 a 109) e as garantias processuais (arts. 110 e 111), dedicando um capítulo específico à proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos (arts. 208 a 224).

"(...)

"O texto legal esclarece que a relação que consta do art. 208 não exclui a proteção judicial de outros interesses difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela lei" (Meirelles, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, págs. 178/179).

Adentrando, agora, no busílis da quaestio em exame, a Carta Política de 1988, em seu Título II — Dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo I — Dos direitos e deveres individuais e coletivos, assim prescreve:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...

"LXXVI — são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

"o registro de nascimento;

"a certidão de óbito".

Colhe-se da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73):

"Art. 30. Não serão cobrados emolumentos pelo registro civil de nascimento e pelo assento de óbito, bem como pela primeira certidão respectiva.

"§ 1º Os reconhecidamente pobres estão isentos de pagamento de emolumentos pelas demais certidões extraídas pelo cartório de registro civil.

"§ 2º O estado de pobreza será comprovado por declaração do próprio interessado ou a rogo, tratando-se de analfabeto, neste caso, acompanhada da assinatura de 2 (duas) testemunhas".

O preceito fundamental é repetido pela legislação infraconstitucional, consoante a redação dos arts. 3º, 4º, 5º e 15, da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Traz-se à baila, por pertinente, trecho constante da Circular n. 45/96, da Corregedoria-Geral da Justiça:

"...pretende o ilustre Corregedor-Geral do Ministério Público providências necessárias para que os Oficiais de Registro Civil do Estado se abstenham de exigir dos que necessitam para lavrar os referidos assentos aquela exigência (exigibilidade do atestado de pobreza para fornecimento de assento de nascimento e atestado de óbito).

"(...)

"Com efeito, a pretensão do ilustre Corregedor-Geral do Ministério Público procede, porquanto a Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 5º, LXXVI, fixa as seguintes diretrizes:

"(...)

"Da mesma forma é a disposição do artigo 4º da Lei n. 1.060/50:

"(...)

"Dessarte, em princípio, a simples declaração firmada pelo interessado dizendo-se pobre nos termos da lei, é dotada de presunção iuris tantum de veracidade, sendo assim suficiente para a concessão da gratuidade no fornecimento de assento de nascimento e de óbito, bem como as respectivas certidões".

A prova constante dos autos, tanto documental (fls. 12/40), quanto oral (fls. 82/88), é suficiente para a demonstração de que a demandada agiu em desacordo com a lei, mantendo tal conduta mesmo depois da concessão de liminar (fls. 99/100 e 107).

Veja-se:

"...A depoente anota nas certidões de tais atos o valor das custas, também observando nas mesmas certidões quando o ato foi feito por determinação judicial" (depoimento pessoal da ré, fl. 82).

"...A depoente é Presidente do Conselho Tutelar do município de Timbó e tem conhecimento de que as certidões expedidas de assentos de nascimentos de crianças pobres têm constado, em vermelho, a observação de que o ato foi feito gratuitamente, no Cartório da ré; (...) isso acontece mesmo em tendo estas pessoas se declarado pobres perante a ora Ré" (depoimento testemunhal, fl. 84).

"...A depoente tem observado que nas certidões expedidas em razão destes registros, consta que os mesmos são feitos gratuitamente, tendo esta observação às vezes se

apresentado com grifo em vermelho" (depoimento testemunhal, fl. 85).

"...A depoente conheceu, várias vezes, os empecilhos postos pela ora ré diante de pessoas pobres para fazer o registro de nascimento de seus filhos, os quais eram feitos, em razão disto, mediante mandado judicial" (depoimento testemunhal, fl. 87).

Vale a pena transcrever a conclusão do Magistrado a quo quanto à prova colacionada, verbis:

"Sem qualquer dificuldade, verifica-se que a prova oral colhida está totalmente de acordo com o conteúdo dos documentos apresentados junto à inicial, apontando a conduta censurável da Requerida, que se porta como se 'dona', 'proprietária', fosse do ofício civil local, olvidando que detém a titularidade como concessão do Poder Público, devendo zelo à Constituição, e respeito ao Judiciário e à População" (fls. 114).

E tollitur quaestio, portanto.

Aliás, sobre a exigência indevida de quantia para a realização do registro civil, apontada na inicial (fl. 3, in fine), referenciada pelo depoimento pessoal da ré (fl. 82) e, implicitamente, inserida na sentença (fls. 112/113), descabe discussão, pois o fato já foi, expressamente, admitido pelo juízo criminal e tido como indevido, nos termos da Lei n. 9.534/97 (Ap. Crim. n. 99.017391-7, de Timbó, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. em 1º/11/1999).

Por outro lado, pretende a apelante, numa linguagem acaciana, que seja declarada obsoleta a sentença objurgada em face da edição da Lei n. 9.534/97, que deu nova redação ao art. 30 da Lei de Registros Públicos, bem como da prescrição da sentença condenatória (fl. 124).

A edição da indigitada norma de natureza eminentemente pública e de caráter cogente em nada prejudicou a decisão de primeiro grau; ao contrário, criou mais um fundamento substancial para sua manutenção, conforme se verifica no já citado artigo.

Sobre a almejada prescrição da sentença, deve ter havido confusão com aquela prevista no direito penal, haja vista, no âmbito do direito civil, como in hypothesis, referir-se à perda do direito à ação.

Eis excerto do parecer ministerial:

"O advento da citada lei não torna a sentença 'obsoleta' (o que é isso, afinal?!). mas serve-lhe, ao revés, como mais um arrimo legal a ampará-la. Ora, se o decisum atribuiu à recorrente uma obrigação de fazer, o diploma legal aludido, cujo teor coincide com o conteúdo da condenação, resta por legitimá-la, respaldá-la, muito embora a sentença tenha supedâneos nos seus próprios fundamentos.

"Descarte-se, outrossim, a alegação concernente à prescrição da sentença, ante a absoluta inconsistência do argumento. A prescrição é a perda do direito de ação face o decurso do tempo — e não me parece, neste processo, que haja qualquer lapso temporal que autorize o seu reconhecimento.

"Na verdade, a recorrente parece confundir a natureza da lide ora travada: toma-a como criminal quando na verdade sua natureza é civil, e o objeto

do processo correspondente é obrigação de fazer. A sentença prolatada, tendo embora eficácia condenatória, não imputa ao recorrente qualquer penalidade, salvo a multa (astreinte), que não é, em essência, pena, mas elemento voltado a compelir o condenado a cumprir o conteúdo do decisum" (Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros, Procurador de Justiça, fl. 150).

Quanto à multa estipulada no decisum (fl. 116), implica ônus compatível a quem incumbe suportá-la, sendo legal a retroatividade do débito derivado da astreinte (Lei n. 7.347/83, art. 12, § 2º), ao dia do descumprimento da obrigação, fator que, por si só, viabiliza o pagamento. Aliás, o vocábulo astreintes, de origem francesa, tem sido mantido nos outros idiomas e merece crescente aplicação (de Oliveira, Francisco Antônio. Astreintes — Essa grande desconhecida. Adv., Seleções Jurídicas, jan/2001, pág. 27).

Ora, sendo a referência à dignidade da pessoa humana um direito fundamental que repercute sobre todo o ordenamento jurídico (art. 1º, III, CRFB) e por se ocuparem os autos da defesa de direitos inerentes à criança, merecedora de prioridade absoluta (art. 227, CRFB), proibida é qualquer atitude a ela atentatória. Assim, não poderia a acionada fazer inscrições preconceituosas e discriminatórias nas certidões de nascimento das crianças pertencentes a famílias economicamente menos favorecidas.

Esclareça-se, ainda, que as normas infraconstitucionais é que devem, prioritariamente, orientar os valores a serem ponderados pelo decisum (RT 579/262), atendendo-se, in casu, mais os interesses sociais em detrimento dos benefícios discriminatórios pessoais, situação esta que configuraria verdadeiro e odioso privilégio.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente amplia a competência do Ministério Público para impor a vontade da lei, posição decorrente de origem constitucional (arts. 127 e 129, III, CRFB) e infraconstitucional (Lei n. 8.069/90, art. 201). Logo, as exigências do Ministério Público, aqui, são perfeitamente cabíveis para assegurar a realização plena do registro civil para todas as crianças, sendo, ainda, legítima a intervenção do Judiciário para dar efetividade ao sistema e finalidade social estabelecidos pelo referido Estatuto.

Por último, é de ser revisto o tradicional conceito de cidadania que, em tempos hodiernos, deve ser entendida como além dos limites dos direitos civis, políticos e sociais, alcançando, inclusive, as grandes dimensões discriminatórias e de exclusão; bem assim renovada a mentalidade no que concerne ao substrato dos princípios ético-morais, de observância obrigatória, que tanto dificultam as operações do serviço público, além da falta de realismo que dão ao próprio sistema jurídico.

Extrai-se da doutrina:

"...Que a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direitos dos seres humanos não é um dado. É um construído da conveniência coletiva, que requer o acesso ao espaço público. É este acesso ao espaço público que permite a construção de um mundo comum

através do processo de asserção dos direitos humanos.

"Neste sentido, a reflexão arendtiana em The Origins of Totalitarianism mostra a inadequação da tradição, pois os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como meio (o que já seria paradoxal, pois seria o artifício contingente da cidadania a condição necessária para assegurar um princípio universal), mas como princípio substantivo, vale dizer: o ser humano, privado de seu estatuto político, na medida em que é apenas um ser humano, perde as suas qualidades substanciais, ou seja, a possibilidade de ser tratado pelos outros como semelhante, num mundo compartilhado" (Lafer, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, pág. 22).

Os temas vinculados aos direitos do cidadão, enfim, contemporaneamente, à cidadania, vêm ganhando força, aparecendo em todos os discursos daqueles que detêm o poder, na mídia e, principalmente, nas camadas economicamente nada favorecidas e desprivilegiadas da população, materializando a própria Constituição (art. 5º, LXXVI) a preocupação relacionada ao assunto ao fixar um novo quadro de normas relativas aos seus direitos mínimos, a começar já pelo seu art. 1º, II, ao erigir a cidadania como um dos princípios fundamentais.

Em conclusão, existindo nos autos elementos suficientes de convicção sobre a conduta indevida da ré, a mantença do decisum é medida que se impõe, devendo a demandada suportar a multa cominada na liminar (por três descumprimentos — fls. 99/100 e 107), bem como aquela fixada na sentença para o caso de não observância da determinação judicial imposta.

III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, desprover o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 9 de agosto de 2001.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.013608-3, DA CAPITAL

Relator: Des. Luiz Cézar Medeiros

Administrativo — Contratos de empreitada — Ação de cobrança — Autarquia — Atraso no pagamento dos serviços — Incidência de correção monetária — Fixação de prazo para o adimplemento.

"A correção monetária, mera atualização do valor da moeda naufragada em tormentosa inflação, constitui justa solução para todas as relações jurídicas com o fim de resgatar a real expressão do poder aquisitivo original" (REsp n. 51.814/SP, Min. Milton Luiz Pereira). Por isso, demonstrada a prestação dos serviços pelo particular e o adimplemento com atraso pelo Poder Público, impõe-se a atualização monetária, independentemente de cláusula a prevendo.

Nos contratos em que não haja a estipulação de prazo para o pagamento, em atendimento ao estabelecido no art. 127 do Código Civil e considerando os trâmites burocráticos próprios da Administração Pública, atende ao princípio da razoabilidade a concessão de dez dias para a exigibilidade da prestação, e a constituição em mora.

Legitimidade do Estado para intervir no feito como terceiro interessado e para recorrer na qualidade de terceiro prejudicado — Exegese dos artigos 50 e 499 do CPC.

As autarquias, muito embora sejam reconhecidas como entes autônomos, estão sujeitas ao controle da entidade estatal a que pertencem. Por isso, credencia-se o Estado para intervir no feito na qualidade de litisconsorte facultativo e, conseqüentemente, para interpor recurso na condição de terceiro prejudicado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.013608-3, da comarca da Capital (Vara da Fazenda — 1º Cartório), em que são apelantes o Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina — DER/SC e o Estado de Santa Catarina, e apelada Terraplenagem e Transportes Azza Ltda.:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, afastadas as preliminares, dar provimento parcial ao recurso e à remessa para reformar a r. sentença e julgar parcialmente procedente o pedido para reconhecer o direito da autora à correção monetária referente aos valores pagos com atraso e para estabelecer nos contratos PJ-046/88, PJ-086/86, PJ-098/90, PJ-052/92, DL-003/92 e DL-007/92, como data do vencimento, o 10º (décimo) dia após a medição a que se referem os respectivos contratos; nos contratos PJ-086/92, PJ-010/93, PJ-085/93 e PJ-088/93, deverá ser observado o prazo previsto nas cláusulas respectivas, ou seja, 10 (dez) dias a contar da data em que foi protocolada a fatura; no contrato PJ-050/94, o prazo de 20 (vinte) dias da data de cada medição, nos moldes da cláusula vigésima quarta; no contrato PJ-135/94, deverá ser observada a cláusula terceira, que estabelece o prazo de 30 (trinta) dias a contar da data final de cada período de aferição. Como a empresa autora decaiu de parte do pedido, os honorários, fixados em 10% sobre o valor da condenação (artigo 20, § 4º, c/c § 3º), deverão

ser recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados na forma do artigo 21 do CPC. Custas proporcionais pela autora, isento o Estado de Santa Catarina.

I — Relatório

Terraplenagem e Transportes Azza Ltda. ajuizou ação ordinária de cobrança contra o Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina — DER/SC, relatando na petição inicial:

"1. A autora é empresa dedicada ao ramo da construção em geral, aí incluída a construção pesada, participando de obras públicas através das diversas modalidades de licitações.

"2. A autarquia ré, ente público que tem como sua incumbência a conservação e ampliação da malha viária estadual, por diversas vezes contratou os serviços da autora, vencedora de algumas das concorrências que este órgão realizou.

"3. Os serviços foram prestados com zelo pela autora, sempre de acordo com o pactuado nos contratos públicos de que fora vencedora. Entretanto, os pagamentos dos mesmos foram sempre efetuados com atraso, conforme está demonstrado nas planilhas em anexo".

A seguir, relaciona os contratos existentes entre ela e a parte ré, cujos pagamentos foram efetuados com atraso e que são objeto da demanda ora em análise (documentos anexos).

Com a ação aforada, pretende seja o réu condenado a pagar-lhe a correção monetária das prestações quitadas com atraso, sobre os contratos de obra pública que prestou, nos últimos 5 (cinco) anos — prazo prescricional, que deverão ser corrigidas monetariamente desde a data do vencimento da obrigação, isto é, o primeiro dia do mês seguinte à medição dos serviços executados até a data do efetivo pagamento, acrescidos de juros a partir da citação.

Apresentada a defesa, realizada a prova pericial e ouvido o representante do Parquet, o Dr. Volnei Ivo Carlin julgou procedente o pedido, registrando na parte dispositiva da sentença:

"Julgo procedente o pedido exordial, para condenar o DER/SC no pagamento à autora dos valores relativos à correção monetária por atraso no pagamento dos valores devidos em razão dos contratos PJ-046/88, PJ-086/86, PJ-098/90, PJ-052/92, DL-003/92, DL-007/92, PJ-086/92, PJ-010/93, PJ-085/93, PJ-088/93, PJ-050/94 e PJ-135/94, conforme apurado nas planilhas de fls. 491/63, resumidas na planilha de fl. 490, que totaliza até 30/4/92, já acrescidos juros de 6% ao ano a contar da citação até esta data, R$ 1.964.485,25 (um milhão, novecentos e sessenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e cinco reais e vinte e cinco centavos), corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de 6% a.a., a contar de 1º/5/97 (dia posterior ao termo final de atualização dos valores no laudo — fl. 490).

"Condeno, ainda, o réu no ônus da sucumbência, fixados honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação (artigo 20,§ 4º, CPC)".

O DER/SC interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese: a) falta de intimação do assistente técnico do réu sobre o conteúdo das plani-

lhas de fls. 491 a 563 que serviram de base para o deferimento do pedido, não tendo sido dado oportunidade à autarquia para impugnar o Laudo Técnico Pericial, importando em cerceamento de defesa; b) o assistente técnico indicado — Sr. Osmar Buss — não foi intimado ou informado da realização da perícia; c) a cobrança de correção monetária não foi prevista nos contratos e somente tornou-se possível com a promulgação da nova Constituição Estadual que contemplou essa cobrança (artigo 117 da CE); d) a petição inicial não encontra embasamento jurídico e contábil legal ao defender a cobrança a partir do primeiro dia do mês subseqüente ao da medição, isso porque as faturas das medições eram protocoladas no DER/SC em até 27 (vinte e sete) dias em atraso; e) as divergências de datas constituíram a principal razão das diferenças apuradas entre a perícia e as planilhas de ns. III, IV e V, que demonstram os cálculos do contrato n. PJ-046/88, nos mesmos moldes da perícia, porém levado em consideração o vencimento como sendo a partir do vigésimo primeiro dia após o mês da medição.

O Estado de Santa Catarina, na qualidade de assistente voluntário, também apelou da r. sentença, deduzindo em suas razões o que se resume: a) a apelada não instruiu a inicial com os documentos indispensáveis, embora estivessem em sua posse, o que acarreta total falta de provas sobre os aventados atrasos; b) a perícia designada foi inoportuna, pois se tratava de liquidação de sentença e não de caso especial que recomendasse a sua realização; c) o perito exorbitou a sua função, considerando datas prováveis de vencimento e de recebimento; d) a autarquia ré jamais foi interpelada, notificada ou sofreu protesto; e) os pagamentos após o decurso de alguns dias foram admitidos de forma tácita pela autora, tanto que continuou a licitar e a prestar serviços ao DER; e) era fisicamente e juridicamente impossível ao DER quitar as faturas no dia seguinte a sua emissão; f) as parcelas foram recebidas sem ressalvas, e somente reclamadas quando já passado, em alguns casos, o prazo prescricional; g) a condenação foi certa e determinada, quando do pedido, exigindo-se, pois, a fase de liquidação.

Por discordar da intervenção do Estado de Santa Catarina no processo, a empresa recorrida pugnou pelo desentranhamento da petição recursal de fls. 651 usque 662. Alternativamente, caso não atendido o pleito de afastamento do Estado da presente lide, pede abertura de vista para manifestar-se sobre o reclamo por ele interposto.

Contra-arrazoando o recurso do Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina — DER/SC (fls. 671/682), a recorrida propugna pelo desentranhamento dos documentos juntados às fls. 634/649 dos autos, uma vez que a impugnação ao laudo deveria ter sido feita no prazo concedido para tanto, restando, pois, precluso esse direito de manifestação. Pede também a condenação do DER/SC na litigância de má-fé, ante a violenta e literal afronta aos incisos I, II e IV do art. 17 do CPC, fixando-se a multa prevista no artigo 18 do mesmo estatuto.

Refutando um a um todos os argumentos expendidos na peça recursal, requer seja mantida integralmente a r. sentença.

O representante do Ministério Público de primeiro grau exarou parecer às fls. 684/685, sustentando o desprovimento do reclamo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em proficiente parecer da lavra do Dr. Áttila Antônio Rothsahl, ilustre Procurador de Justiça, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento da apelação.

II — Voto

1. Preliminar suscitada pela empresa recorrida, de impugnação da intervenção do Estado de Santa Catarina.

Tanto o Departamento de Estradas de Rodagem quanto o Estado de Santa Catarina, este na qualidade de assistente litisconsorcial, ofereceram conjuntamente a contestação. Na réplica a autora não impugnou a presença do Estado na lide e muito menos recorreu do despacho saneador que implicitamente o admitiu.

Isso, por si só, já seria o suficiente para afastar a argüição, justamente por tratar-se de matéria precluса.

De notar-se, porém, que a intervenção do Estado está amparada no artigo 50 do Código de Processo Civil – terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma das partes, poderá intervir no feito em qualquer grau de jurisdição.

Na esfera federal, igualmente, a Lei n. 9.469/97 admite expressamente a intervenção da União nas causas em que estiver presente autarquia, fundação, empresa pública e até a sociedade de economia mista.

Na declaração de voto vencido proferida pelo eminente Des. Francisco Oliveira Filho na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 5.119, da Capital, com muita judiciosidade foi consignado:

"O reclamo interposto pelo Estado de Santa Catarina, data venia, era de ser conhecido e acolhido, como terceiro prejudicado. A exegese do art. 499 do cânone processual não autoriza outra conclusão. E mais: em face do aparelho normativo estava dispensado de provar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

"Logo, o acesso ao controle jurisdicional absoluto permitia essa adequação. Admiti-lo apenas no tocante à pessoa jurídica de direito privado e ao cidadão, é negar tratamento isonômico, quando em favor do Poder Público há igualdade proporcional e não igualdade real.

"Finalmente, Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, RT, 13ª ed., n. II, pág. 280) ensina que as autarquias (e o Deter é autarquia estadual) 'são entes autônomos, mas não são autonomias'. Arremata, em seguida: 'O conceito de autarquia é meramente administrativo; o de autonomia é precipuamente político. Daí estarem as autarquias sujeitas ao controle da entidade estatal a que pertencem, enquanto as autonomias permanecem livres desse controle, e só adstritas à atuação política das entidades maiores a que se vinculam, como ocorre com os Municípios brasileiros

(autonomias), em relação aos Estados membros e à União'.

"Ora, se as autarquias, como é cediço, tanto na doutrina e jurisprudência, encontram-se sujeitas ao controle do ente que as criou, este pode interpor recurso como terceiro prejudicado. Os fundamentos, concessa venia, desafiam a obviedade".

Concordo inteiramente com os argumentos de S. Exa. e, somados às razões expendidas no início, utilizo-os como fundamento para indeferir o pedido de impugnação do recurso do Estado de Santa Catarina, conhecendo do reclamo.

2. Preliminares suscitadas pelo DER/SC — Departamento de Estradas de Rodagem.

O DER/SC suscitou ter ocorrido cerceamento de defesa em razão de três prejudiciais: a) falta de intimação do assistente técnico sobre a perícia realizada; b) as planilhas apresentadas pelo perito judicial foram elaboradas unilateralmente; c) não foi dado à autarquia oportunidade para impugnar o laudo técnico pericial.

É de ser ressaltado que o próprio recorrente concorda que, em alegações finais, por ocasião da audiência de instrução e julgamento mesmo tendo oportunidade para isso, deixou de impugnar o laudo, e muito menos argüiu qualquer nulidade. Limitou-se a justificar que se omitiu porque o processo era muito volumoso e complexo.

A justificativa é insubsistente. Quem vai para uma audiência de instrução e julgamento certamente sabe o que vai enfrentar. É obrigação do interessado ir preparado. O volume ou a complexidade dos autos não podem, por óbvio, servir de justificativa para afastar a preclusão.

Além do mais, conforme se infere do despacho de fl. 608 — "Digam as partes em 5 dias sobre o laudo apresentado" —, publicado no Diário da Justiça n. 9.733, de 28/5/97, ambas as partes foram intimadas sobre o resultado da prova experta. Nada alegaram. Induvidosa, por mais essa razão, a preclusão.

"Às partes é permitido impugnar laudos periciais em cinco (5) dias após a intimação (CPC, art. 185), direito atingível pela preclusão (CPC, art. 183), não cabendo alegação em sede recursal" (Apelação Cível n. 49.209, de Laguna, Des. Carlos Prudêncio).

Não se pode olvidar também que as novas disposições do artigo 433 do Código de Processo Civil dispensam a intimação dos assistentes técnicos:

"Art. 433. O perito apresentará o laudo em cartório, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos vinte dias antes da audiência de instrução e julgamento.

"Parágrafo único. Os assistentes técnicos oferecerão seus pareceres no prazo comum de dez dias após a apresentação do laudo, independentemente de intimação".

Neste Tribunal, a respeito, já se decidiu:

"Com o advento da Lei n. 8.455, de 24/8/92, o procedimento para a realização da prova pericial foi desburocratizado; o perito foi dispensado de termo de compromisso, não havendo mais a averiguação individual e conjunta para apresentação do laudo com

os assistentes técnicos; estes, de confiança da parte que os indicar e não sujeitos a impedimento ou suspeição, passaram a oferecer parecer no prazo de dez dias, após a apresentação do laudo independentemente de intimação. Cabe à parte que indicou assistente técnico, ou o respectivo advogado, comunicá-lo que chegou o momento da entrega do parecer, afastando-se um dos grandes motivos de procrastinações no andamento dos processos" (Apelação Cível n. 48.433, de Sombrio, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Vale repetir: a matéria sobre o cerceamento de defesa pelo não-acesso à prova pericial está irremediavelmente preclusa.

Mas, se não bastasse, o perito assistente indicado pelo DER/SC veio aos autos (fl. 164) requerer arbitramento de honorários em 40% do percebido pelo expert do Juízo, requerimento esse apresentado nove meses após a juntada do laudo aos autos. Afirmou o requerente que, embora funcionário do DER, fez constantes viagens de Chapecó a Florianópolis para acompanhar a perícia.

Por isso a apelada requer a aplicação de pena pela litigância de má-fé.

De ser afastada pois, totalmente, a alegativa de cerceamento de defesa argüida pelo DER/SC.

Afasto também, neste tópico, a condenação da autarquia como litigante de má-fé, por entender que o recorrente referiu em sua peça sobre a intimação formal do assistente. E, sobre isso, mais evidencia-se a ocorrência de equívocos, do que atos de deslealdade processual.

3. Preliminar suscitada no recurso do Estado de Santa Catarina.

O Estado de Santa Catarina aduziu em sua peça recursal que a autora não juntou os documentos necessários com a inicial, afrontando, assim, o disposto no art. 283 do Estatuto Processual Civil.

As alegações da inicial seriam, como de fato foram, demonstradas por provas a ser produzidas no decorrer da instrução.

Demais disso, essa questão foi suscitada na contestação e o despacho saneador considerou o processo em ordem. Como já dito anteriormente, não foi interposto qualquer reclamo atacando a citada decisão interlocutória.

Desse modo, afasto também esta proemial.

4. Mérito — Recurso do DER/SC — Departamento de Estradas de Rodagem.

Em suas razões recursais o DER/SC centra seu inconformismo nos seguintes pontos:

a) falta de previsão nos contratos para a incidência de correção monetária;

b) falta de embasamento jurídico e legal para estabelecer a cobrança a partir do primeiro dia do mês subseqüente à medição, até porque as faturas eram protocoladas até com vinte e sete dias de atraso;

c) sustenta o recorrente que as divergências entre os seus cálculos e o apurado pela perícia ocorrem porque a incidência da correção monetária deve dar-se a partir do 21º dia após o mês de medição.

Basicamente, o DER insurge-se contra os cálculos do contrato PJ-46/88 que sozinho totalizou R$ 1.290.627,91 (um milhão, duzentos e noventa mil, seiscentos e vinte e sete reais e noventa e um centavos).

É entendimento já pacificado, inclusive nas mais altas cortes do país, ser desnecessária a previsão contratual expressa autorizando a incidência de correção monetária em caso de atraso no adimplemento da obrigação pecuniária, pois, "não constituindo um plus mas mera atualização da moeda aviltada pela inflação, a correção monetária se impõe como imperativo econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa" (REsp n. 4.874, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

E ainda do Superior Tribunal de Justiça:

"A demora no pagamento do preço ajustado constitui ilícito contratual que deve ser reparado, utilizando-se os índices de correção monetária, desde o termo inicial da mora" (RSTJ 38/93).

"A correção monetária, mera atualização do valor da moeda naufragada em tormentosa inflação, constitui justa solução para todas as relações jurídicas com o fim de resgatar a real expressão do poder aquisitivo original" (REsp n. 51.814/SP, Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 21/8/95, pág. 25.353).

Neste Tribunal também não é diferente:

"Uma vez demonstrada a prestação dos serviços pelo particular e o adimplemento com atraso por parte da municipalidade, inarredável a incidência da correção monetária respectiva, cuja finalidade é a de manter no tempo o valor real da moeda, corroída pela espiral inflacionária, possibilitando o seu funcionamento com medida de valor e evitando o enriquecimento indevido do ente público" (Apelação Cível n. 96.003601-6, Des. Eder Graf).

"'Não constituindo um plus mas mera atualização da moeda aviltada pela inflação, a correção monetária se impõe como imperativo econômico, jurídico e ético para coibir o enriquecimento sem causa' (STJ, RT 673/178).

"Provado que houve atraso no pagamento das mercadorias adquiridas pelo Estado, ao fornecedor é lícito reclamar, através de ação ordinária, o valor correspondente à correção monetária" (Apelação Cível n. 99.002619-1, Des. Newton Trisotto).

O apelante reclama também da falta de embasamento legal para o estabelecimento do primeiro dia útil do mês subseqüente à medição como marco inicial para a incidência da correção monetária.

Neste aspecto, conforme se verá mais adiante, assiste parcial razão ao DER/SC e ao Estado de Santa Catarina, pois o único respaldo jurídico de que se valeram a perícia e a r. sentença é o precedente traduzido no acórdão da Apelação Cível n. 35.608, da Capital, de 2/4/91, em que foi relator o eminente Des. Eduardo Luz. Mesmo critério, muito embora em situação fática um pouco distinta da tratada nos presentes autos, foi adotado na Apelação Cível n. 99.017978-8, da Capital, relatada pelo eminente Des. Newton Trisotto.

Na verdade, se fosse adotado o procedimento usual no cumprimento dos contratos, ou seja, a exigibilidade do pagamento se daria na data do vencimento, a solução seria simples. Mesmo não constasse nas faturas a data do vencimento, a exigibilidade ocorreria a partir da apresentação.

Mas a questão posta nos presentes autos é bastante diferente. A exigibilidade do pagamento, em muitos dos contratos descritos na inicial, fica condicionada à medição dos serviços realizados. Ante a inexistência de prazo ajustado, pelo menos é o que ocorre em alguns contratos, após a medição, a partir de quando ocorreria a mora, de modo a possibilitar a devida correção dos valores inadimplidos?

As faturas das medições eram, como alegado pelo DER, protocoladas com até 27 dias de atraso. Porém, não se pode desconsiderar, quem autorizava a emissão dessas faturas era o próprio DER, isso, naturalmente, para os contratos sem prazo. Assim, em princípio, o prazo de vencimento ficava inteiramente ao arbítrio da autarquia.

Deve, por outro lado, ser considerado também que se falta respaldo legal, como é vero, para o estabelecimento do primeiro dia útil após a medição, a proposta do DER de fixar o vigésimo primeiro dia como marco inicial para a incidência da correção monetária, além de padecer do mesmo pecado, soa como despropositadamente desarrazoada.

As outras questões levantadas pelo DER/SC fazem parte também do recurso interposto pelo Estado de Santa Catarina, e delas se cuidará nos tópicos seguintes.

5. Mérito — Recurso do Estado de Santa Catarina.

5.1 Insurge-se o Estado de Santa Catarina, repisando o que já deduzira como prefacial, que a autora não juntou aos autos as provas das datas dos respectivos pagamentos. Sem isso não há prova do alegado atraso. Quem procedeu à juntada foi o próprio perito e, por considerar como procedimento irregular, pede o desentranhamento dos documentos.

Despicienda a alegativa do apelante. Quem forneceu os documentos foi o próprio DER/SC atendendo solicitação do expert. Não há nos autos qualquer consideração pelas partes no sentido de infirmar o contido nos relatórios carreados ao processo, dando conta das datas dos efetivos pagamentos.

Na verdade, a perícia, muito embora tenha incorrido em equívocos em outros pontos, no que tange à apuração do interregno de prazo entre as medições e os pagamentos, e a data efetiva destes, constituiu prova cabal e incensurável.

5.2 Bate forte o recorrente na prova experta, principalmente nos critérios utilizados na elaboração dos cálculos constantes das planilhas que fazem parte do relatório final do perito nomeado pelo Juízo.

Primeiro, é de se concordar com o Estado de Santa Catarina sobre a desnecessidade de perícia para verificar se houve ou não atraso no pagamento. Bastava o MM. Juiz, e não o próprio perito, estabelecer a data em que os pagamentos seriam exigíveis.

Feito isso é que os cálculos poderiam ser processados.

O perito, emitindo um juízo de valor reservado unicamente ao Juiz do processo, considerou, com base na Apelação Cível n. 35.608, como data de vencimento, o primeiro dia útil do mês subseqüente à medição. Isso para os contratos que não fixavam prazo para o pagamento.

Com efeito, o expert não poderia ter decidido sobre a data em que deveria incidir a correção monetária. Isso constituía o objeto da ação e, como dito, o Juiz é quem deveria tê-lo feito, passando à perícia, se fosse o caso, a elaboração dos cálculos.

Para os outros contratos, a perícia considerou como vencimento da obrigação a mesma data utilizada pelo DER/SC para o pagamento da correção monetária, ou seja, o vigésimo dia após a data final do período de medição, desconsiderando totalmente que as avenças estabeleciam expressamente dez dias a contar da data do protocolo das faturas.

Novamente incorreu em equívoco o perito, pois não poderia ele decidir sobre outra data para a incidência da correção monetária que não fosse o estabelecido no contrato. Faltou lógica na sua conclusão; quando não há data expressa para o pagamento, não tem validade o critério estabelecido pelo DER para pagar após 20 dias da medição — o perito, nesses casos, fixou o primeiro dia útil. Quando, porém, há data expressa, o critério do DER, por ser mais benéfico do que o prazo contratualmente ajustado, passa a ser válido.

5.3 Em resumo, considerando que a r. sentença objurgada tomou como base a Planilha II (fl. 400) e, analisando cada um dos contratos de per si, impõe-se a procedência parcial do reclamo do Estado de Santa Catarina, com as seguintes observações:

5.3.1 No contrato PJ-050/94, deverá ser observada como marco inicial para efeito dos cálculos de incidência da correção monetária a mesma data prevista na cláusula vigésima quarta do contrato: 20 dias da data de cada medição. Qualquer pagamento efetuado fora do prazo pactuado contratualmente estará sujeito a atualização monetária de seu valor.

5.3.2 No contrato PJ-135/94, deverá ser observado, para o mesmo fim, o previsto na cláusula terceira, que estabelece o prazo de 30 dias a contar da data final de cada período de aferição.

5.3.3 Os contratos PJ-086/92, PJ-010/93, PJ-085/93 e PJ-088/93 têm, todos eles, cláusula expressa estabelecendo o prazo para pagamento de 10 dias a partir do protocolo da fatura. Evidente, como já frisado anteriormente, que o perito, e por conseguinte a r. sentença, não poderia ter fixado prazo distinto, sob a insubsistente justificativa de que esse era o critério utilizado pelo DER para pagar a correção monetária em outros contratos. Repita-se: o prazo a ser respeitado é aquele ajustado pelas partes quando da assinatura dos contratos. Os pagamentos feitos fora do prazo estipulado é que estarão sujeitos à correção.

5.3.4 Por derradeiro, os contratos PJ-046/88, PJ-086/86, PJ-098/90, PJ-052/92, DL-003/92 e DL-007/92

não trazem cláusulas prevendo prazo para pagamento, o que leva à suposição de serem exigíveis tão logo sejam efetuados os serviços e apresentadas as respectivas faturas.

Foi para estes contratos que o perito judicial, a seu alvedrio, tomou como base os termos da Apelação Cível n. 35.608, e fixou o dia 1º do mês subseqüente ao da medição como a data do pagamento e, portanto, da incidência da correção monetária. Desse modo, a prevalecerem os termos da decisão em exame, caso a medição fosse realizada, por exemplo, no dia 28, o DER/SC estaria obrigado ao pagamento já no dia 1º. Isso, ressalta-se, constitui uma imposição que destoa completamente dos trâmites administrativos e burocráticos incontornavelmente aplicáveis à espécie.

Nos termos do art. 127 do Código Civil, "os atos entre vivos, sem prazo, são exeqüíveis, desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso, ou depender de tempo".

Ensina o mestre J. M. de Carvalho Santos que a expressão desde logo, "que equivale a imediatamente, em geral empregada em outras legislações, deve ser entendida em termos hábeis".

E mais à frente, invocando as lições de Carvalho de Mendonça e Clóvis Bevilaqua, obtempera:

"É o que nos ensina Carvalho de Mendonça, nesta passagem:

'É preciso atender precipuamente à natureza da prestação, como sempre praticaram os romanos.

'Ainda no processo moderno, é de natureza da intimação para pagar conceder-se um prazo, inda que calculado em horas, para ser realizado o pagamento.

'Circunstâncias outras podem surgir que a doutrina não pode prever, mas que os fatos variados da prática podem impor, em que se torne indispensável um prazo para a prestação' (Obrig., vol. 1, n. 252).

"Não é outra a lição de Clóvis, quando doutrina: 'A regra estabelecida no começo do artigo seria de rigor excessivo, se não fosse atenuada pela exceção posta em seguida, onde aparecem os prazos tácitos, oriundos da natureza do negócio ou das circunstâncias' (ob. cit., pág. 412)".

E complementa:

"Suponhamos agora que não haja acordo quanto ao tempo que é preciso, na hipótese formulada, para que o objeto seja entregue em outra cidade. Como solucionar a dúvida? A fixação do prazo, em tais casos, deverá ser feita pelo juiz, a requerimento do devedor, se o credor que tiver direito de o fazer a isso se recusar (Carvalho de Mendonça, obr. e loc. cits.)" (Código Civil Brasileiro Interpretado. 10ª ed., São Paulo: Livraria Freitas Bastos, págs. 110/111).

No caso dos autos, em algumas situações, o DER/SC postergava o pagamento por mais de 20 dias. No entanto, o próprio perito em seu relatório reconheceu que a autarquia, em muitos pagamentos, utilizou o critério de 10 dias após a medição para o efeito de corrigir o débito monetariamente.

O Estado de Santa Catarina igualmente pondera que as entidades públicas, no caso de título com vencimento à vista ou contra a apresentação,

necessitariam de um prazo mínimo de dez dias para as conferências, aprovação, elaboração de empenho e efetuar o correspondente pagamento.

Tenho como medida calcada no princípio da razoabilidade a concessão de 10 dias, a contar da medição, para o pagamento dos contratos, como os ora tratados, em que não haja prazo expresso estipulado. A correção monetária, então, deverá incidir sobre os débitos pagos posteriormente a essa data.

A solução que ora se indica, além de razoável e resguardar, da forma mais justa possível, os interesses de ambas as partes, tem paralelo no Decreto n. 94.684, de 24 de julho e 1987, que regulamenta o reajuste de preços nos contratos da Administração Federal Direta e Indireta, e dá outras providências. Dispõe o art. 10 da citada norma:

"Art. 10. Serão observados os seguintes prazos:

"I — de até 10(dez) dias úteis, contados da data da realização do fornecimento, da execução das obras, da prestação dos serviços ou do encerramento de cada etapa de execução do contrato, para medição, verificação, classificação ou conferência;

"II — de até 10 (dez) dias úteis, contados da data da apresentação dos documentos de cobrança, para pagamento".

Muito embora o decreto em comento tenha aplicação somente na esfera da Administração Federal, os seus termos dão força, mesmo que analogicamente, ao entendimento da necessidade da concessão do prazo mínimo de 10 dias para a exigência dos pagamentos e a conseqüente incidência de correção monetária se adimplidos além do lapso ora indicado.

5.4 Outros tópicos do recurso do Estado de Santa Catarina

No tocante à quitação sem ressalvas, inaplicável o disposto no art. 944 do Código Civil, como pretendido pelo recorrente. A norma em referência diz respeito aos juros e não à correção monetária. Esta, como já visto anteriormente, não representa um ganho sobre o capital, mas tão-só a simples atualização do poder aquisitivo da moeda.

O Estado de Santa Catarina invoca também a regra do art. 960 do Código Civil, sustentando que inexistindo prazo estipulado, para a constituição em mora o credor deveria ter oficiado, interpelado, notificado ou protestado o DER/SC. Esquece, porém, que além dos contratos com datas determinadas, o protocolo das faturas na repartição se prestava ao fim por ele reclamado.

Sobre a aplicação da correção monetária a partir da data estabelecida para o vencimento da obrigação, e não somente após o ajuizamento da ação, como muito bem acentuou o ilustre Procurador de Justiça que oficiou no feito, "não resta dúvida que com o descumprimento do pacto por parte do DER, ocorreu o denominado ilícito contratual e, por isso, a correção monetária incide a partir do efetivo prejuízo, consoante a Súmula 43 do Superior Tribunal de Justiça, litteris: 'Incide correção monetária sobre

dívida por ato ilícito a partir do efetivo prejuízo'".

A respeito, registrou o Superior Tribunal de Justiça:

"Correção monetária. Ilícito contratual. Contrato de obras e serviços públicos. Atraso no pagamento.

"1. A demora no pagamento do preço avençado constitui ilícito contratual, sendo devida a correção monetária desde o vencimento da obrigação. Precedente.

"2. Recurso especial conhecido e provido" (REsp n. 16.986, rel. Min. Pádua Ribeiro — DJU de 8/11/93, pág. 23.544).

Por derradeiro, a fixação dos honorários em 10% sobre o valor da condenação obedece ao preceituado no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, e amolda-se ao posicionamento jurisprudencial já sedimentado neste Tribunal e, em especial, nesta Câmara.

6. Conclusão do voto

Ante o exposto, afasto as preliminares suscitadas em ambos os recursos, bem assim a condenação por litigância de má-fé pretendida pela parte apelada, e dou provimento parcial ao recurso do Estado de Santa Catarina e à remessa, para reformar a r. sentença e julgar parcialmente procedente o pedido para reconhecer o direito da autora à correção monetária referente aos valores pagos com atraso, e para estabelecer nos contratos PJ-046/88, PJ-086/86, PJ-098/90, PJ-052/92, DL-003/92 e DL-007/92, como data do vencimento, o 10º (décimo) dia após a medição a que se referem os respectivos contratos; nos contratos PJ-086/92, PJ-010/93, PJ-085/93 e PJ-088/93, deverá ser observado o prazo previsto nas cláusulas respectivas, ou seja, 10 (dez) dias a contar da data em que foi protocolada a fatura; no contrato PJ-050/94, o prazo de 20 (vinte) dias da data de cada medição, nos moldes da cláusula vigésima quarta; no contrato PJ-135/94, deverá ser observada a cláusula terceira, que estabelece o prazo de 30 (trinta) dias a contar da data final de cada período de aferição. Como a empresa autora decaiu de parte do pedido, os honorários, fixados em 10% sobre o valor da condenação (artigo 20, § 4º, c/c § 3º), deverão ser recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados na forma do artigo 21 do CPC. Custas proporcionais pela autora, isento o Estado de Santa Catarina na forma da LC n. 156/97, com as alterações da LC n. 161/97.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, por votação unânime, afastadas as preliminares, deram provimento parcial ao recurso e à remessa para reformar a r. sentença e julgar parcialmente procedente o pedido para reconhecer o direito da autora à correção monetária referente aos valores pagos com atraso e para estabelecer nos contratos PJ-046/88, PJ-086/86, PJ-098/90, PJ-052/92, DL-003/92 e DL-007/92, como data do vencimento, o 10º (décimo) dia após a medição a que se referem os respectivos contratos; nos contratos PJ-086/92, PJ-010/93, PJ-085/93 e PJ-088/93, deverá ser observado o prazo previsto nas cláusulas respectivas, ou seja, 10 (dez) dias a contar da data em que foi

protocolada a fatura; no contrato PJ-050/94, o prazo de 20 (vinte) dias da data de cada medição, nos moldes da cláusula vigésima quarta; no contrato PJ-135/94, deverá ser observada a cláusula terceira, que estabelece o prazo de 30 (trinta) dias a contar da data final de cada período de aferição. Como a empresa autora decaiu de parte do pedido, os honorários, fixados em 10% sobre o valor da condenação (artigo 20, § 4º, c/c § 3º), deverão ser recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados na forma do artigo 21 do CPC. Custas proporcionais pela autora, isento o Estado de Santa Catarina.

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

Florianópolis, 17 de novembro de 2000.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.004862-4, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Vanderlei Romer

Responsabilidade civil. Erro médico. Conduta culposa não comprovada. Procedimento médico adequado. Improcedência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.004862-4, da comarca da Criciúma (3ª Vara), em que é apelante Ilma Maria Filho, sendo apelado Levi Grandi:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Ilma Maria Filho deflagrou ação de indenização por erro médico c/c danos morais contra Eros Alfredo Jahn e Levi Grandi.

Expôs a exordial que em 3/7/97, o marido da autora — João Fortulino Filho — foi submetido a uma intervenção cirúrgica a fim de amputar a perna esquerda. Ocorre que após a operação, constatou a requerente a extirpação da perna direita, que se encontrava perfeitamente sã. Diante de tal fato pediu a instauração do competente inquérito policial na 1ª Delegacia de Polícia da comarca de Criciúma. Noticiou, ainda, que o varão veio a falecer em setembro do mesmo ano.

Dizendo que é indiscutível a conduta negligente dos réus, tendo o primeiro encaminhado o varão para o último, cirurgião, pugnou pela procedência do pedido inaugural para condená-los "ao pagamento de 2 (dois)

salários mínimos mensais a título de dano emergente enquanto durar a vida da autora e 10 (dez) salários mínimos para cobrir as despesas com funeral e luto da família; a formação de um fundo para garantia da dívida, nos termos do art. 602, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil; a condenação dos réus ao pagamento de reparação a título de danos morais, no valor de 10.800 (dez mil e oitocentos) salários mínimos, levando-se em consideração a condição social, a condição econômica dos réus e o dano sofrido pela autora...".

Ambos os réus apresentaram contestação.

Eros Alfredo Jahn se disse, em preliminar, parte ilegítima para figurar na lide, porquanto em momento algum participou da malfadada cirurgia, tendo apenas encaminhado o de cujus para o especialista da área da enfermidade detectada.

No mérito, gizou que a perícia constatou que não houve erro na amputação do membro direito, porquanto ela apresentava indícios de insuficiência vascular pela úlcera de estase no coto.

Por seu turno, Levi Grandi aduziu que o diagnóstico foi feito na própria residência do de cujus, tendo verificado que a perna direita estava inviável do joelho para baixo, sendo imperiosa sua amputação.

E mais, que tanto a autora como sua filha a autorizaram expressamente, sendo indiscutível a leviandade da acusação. Informou, outrossim, que o promotor atuante no Juizado Especial Criminal da comarca de Criciúma, para onde foi o inquérito encaminhado, requereu seu arquivamento, pedido este acatado pelo Magistrado.

No mais, defendeu a correção do procedimento médico adotado, demonstrado, aliás, segundo afirma, exaustivamente no transcorrer do mencionado inquérito. Sustentou que a acusação constante da inicial de que teria deixado o paciente ao abandono após o pós-operatório, vindo este a falecer, é absurda. Disse que apesar do atendimento ter sido feito pelo SUS, não se furtou a visitá-lo em sua residência por duas vezes, encerrando-se a relação médico-paciente por iniciativa da própria família que obstou seu acesso ao paciente.

Negou, pois, veementemente a ocorrência de erro médico, asseverando que a operação foi um sucesso; e que não pode responder por eventual fatalidade posterior que não decorreu de sua culpa.

Impugnou, de outra banda, as verbas postuladas, expondo que a indenização por dano emergente é de todo descabida, porquanto vítima do suposto erro foi seu marido. Em tese, poderia pleitear uma indenização na qualidade de dependente.

Apresentada a impugnação, o MM. Juiz designou data para a realização da audiência de conciliação e saneamento, no qual restou determinada a exclusão do réu Eros Alfredo Jahn do feito, decisão esta objeto de agravo retido.

Encerrada a instrução processual e oferecidas as alegações finais, o Julgador proferiu sentença para rejeitar in totum o pedido inaugural.

A tempo e modo recorreu a vencida.

Em preliminar, pugnou pelo conhecimento e apreciação do agravo retido. No tocante ao meritum causae, argumentou que é irrefutável a responsabilidade dos médicos que trataram de seu esposo. Disse que seu inconformismo reside no fato destes terem alertado para a gravidade da doença observada na perna esquerda do enfermo. Em momento algum cogitaram de qualquer problema grave no outro membro, tanto que os exames eram sempre realizados na perna remanescente. Asseverou que não foi feito qualquer exame anteriormente à cirurgia, tanto para certificar-se sobre eventual impossibilidade de se realizá-la, como para verificar se possível afastar a conduta extrema.

Expôs que as diligências necessárias não foram observadas a contento, levando ao falecimento. Alegou que a assertiva contida no bojo da decisão singular, segundo a qual os depoimentos prestados por Marlene Paulo de Almeida e Jorge José Cardoso não esclarecem com precisão o procedimento adotado, tampouco reúnem elementos que possam desconstituir a prova técnica, não pode prevalecer, eis que se tratam de pessoas humildes, leigas, incapazes de fornecer informações científicas, senão dizer como ocorreu o fato, ou seja, "como aconteciam as consultas e como se comportou o paciente após a amputação, os quais foram enfáticos ao afirmarem que a cirurgia nada resolveu". Assinalou, ainda, que a perna amputada não foi submetida a exame anatomopatológico, sendo simplesmente jogada fora. A perícia foi realizada apenas no coto, não obstante ter sido expressamente requerido o exame da perna toda, o que espancaria qualquer dúvida porventura existente. Reportou-se, por derradeiro, ao depoimento do Dr. Levi, que teria admitido o erro de "fazer a cirurgia com velocidade, para logo extirpar a dor, em vez de proceder previamente aos exames, e o Dr. José Aguivaldo de Macedo admitiu que após o evento passou a submeter qualquer material para patologia, reconhecendo que este é o procedimento adequado".

Houve resposta, alçando os autos, na seqüência, a esta Corte de Justiça.

É o necessário relatório.

II — Voto

De início, cumpre dizer que é patente a ilegitimidade passiva ad causam de Eros Alfredo Jahn. A fundamentação que embasa a decisão agravada é bastante pertinente, imerecendo reparos.

Ei-la:

"Pela narrativa da causa petendi, que declina erro médico à decisão equivocada de amputar a perna direita do paciente, quando os elementos lógicos indicavam a necessidade de amputação da perna esquerda, conclui-se de modo objetivo que o requerido Eros Alfredo Jahn, médico cardiologista, não enseja aos autores qualquer motivo para ser demandado. O fato de inicialmente ter tratado da vítima e posteriormente tê-la encaminhado a outro especialista, com conhecimento técnico específico no setor vascular, não autoriza sua submissão a processo judicial cujo fundamento é o erro decorrente da amputação. A decisão de realizar a amputação do membro não poderia jamais partir de médico

cuja especialidade é totalmente distinta. Pelos prontuários do Hospital São José não se constata qualquer participação do Cardiologista no ato cirúrgico e nem qualquer interferência na amputação (...) Não há, respeitosamente, como se encontrar uma relação de causalidade objetiva entre a amputação realizada pelo cirurgião vascular e a atuação clínica do cardiologista, que é totalmente independente. Por isso, não verifico motivo plausível para impor a referido médico o ônus e o desgaste de um processo judicial que é nitidamente inócuo em relação ao mesmo. Isto posto, excluo Eros Alfredo Jahn do pólo passivo da relação processual...".

Desprovido o agravo retido, há, agora, que se apreciar a argumentação recursal.

Cuida-se de demanda proposta para discussão acerca de responsabilidade decorrente do exercício da profissão do médico, profissão liberal portanto. Vem fundamentada na ocorrência de amputação de membro diverso daquele que efetivamente deveria ser extirpado, persistindo, assim, as dores que acometiam o paciente que, posteriormente, veio a falecer.

Leciona Fabrício Zamporgna Matielo que "A prática da medicina é incluída, modernamente, no rol daquelas que se prestam à incidência da Lei n. 8.078/90, porque os profissionais liberais em geral são realmente prestadores de serviços, independentemente da área de atuação escolhida (...). A aparente preferência rigorosa do legislador pelo consumidor em quaisquer situações sofre abalo considerável, em se tratando de relações como as que travam médicos e pacientes, em razão do conteúdo do § 4º da Lei n. 8.078/90. O caput estipula: 'O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos'. Entretanto, do § 4º emana a seguinte norma: 'A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa'. Restou confirmada, destarte, a teoria da responsabilidade subjetiva quando imputada ao médico conduta produtora de resultados danosos, com surgimento do dever de recompor os prejuízos causados unicamente se demonstrada a culpa na atuação que se apontou como causadora da lesão que se pretende ver indenizada" (in Responsabilidade Civil do Médico. Rio Grande do Sul, Sagra Luzzato, 1998, págs. 77/78, sem grifo no original).

E mais adiante, completa: "A real intenção do legislador, conforme se denota através de raciocínio singelo, foi atribuir ao médico, em todas as ocasiões, a condição de profissional liberal, a partir do que estará sujeito ao norteamento estatuído pelo Código de Defesa do Consumidor, no que cabível. E, portanto, toda imputação formulada terá de ser demonstrada, sob pena de não gerar a obrigação de indenizar. Contudo, consoante exposto anteriormente, ao julgador cumpre, em observância ao querer legal, atenuar as exigências na análise dos elementos carreados aos autos pelo lesado, de modo a valorar expressivamente todos os indícios produzidos. Essa abertura propiciada pela lei, seguida de perto pelo entendimento jurispru-

dencial e doutrinário, não pode funcionar como fonte de injustiças e fazer de fatores insignificantes motivo para considerar demonstrada a culpa; apenas deve-se dar às normas o devido elastério, levando em conta a posição enfraquecida que assume o paciente ante o médico e todas as peculiaridades da ocorrência danosa" (pág. 80).

Destarte, à luz do § 4º do art. 14 do Código do Consumidor, a imputação de responsabilidade ao médico exige a demonstração de sua culpa, aplicando-se, assim, as normas gerais processuais atinentes ao ônus da prova, ainda que mitigado seu rigorismo.

Bem por isso é que alguns julgados proclamam, mutatis mutandis, que cumpre "ao hospital a prova de que atuou com toda a diligência possível..." (decisão citada no apelo à fl. 195).

E tenho para mim, abstraída esta discussão e mesmo a possibilidade de inversão do ônus da prova nos termos do art. 6º, VII, do CDC, que a conduta médica foi correta, restando plenamente satisfeita a obrigação do profissional de tratar o doente com zelo e diligência.

Com efeito, a susposta culpabilidade restou eficientemente repelida ante o conjunto probatório. Não há a menor prova da ocorrência de erro grosseiro, negligência, imprudência ou mesmo imperícia.

Analisando-se as circunstâncias que envolveram o ato médico, verifica-se que o ora apelado fez o que lhe cabia fazer, amputar a perna direita do de cujus, que estava com trombose aguda, isquêmica, em situação grave e irreversível até o joelho. O facultativo que subscreveu o laudo do exame do corpo de delito juntado ao inquérito policial — Sérgio Haetel Alice — constatou a presença de indícios de "insuficiência vascular pela úlcera de estase no coto", na perna amputada. E mais: "Observou-se que há pulso na região poplitéia da perna esquerda, mostrando-se com isso que a mesma não deva ser amputada pelo menos no momento" (fl. 57).

Não bastasse a prova técnica, extremamente favorável ao réu, tem-se, ainda, a prova oral.

Vale transcrever excerto do depoimento prestado pelo referido expert:

"No caso dos autos, esteve na residência do paciente após o ato cirúrgico e constatou que o quadro geral daquela pessoa era debilitado, senil, com seqüelas neurológicas físicas e mentais, com incontinência urinária e fecal, com histórico de dois acidentes vasculares cerebrais. O paciente não se comunicava adequadamente enquanto o depoente ali esteve, limitando-se a esboçar um sorriso, de vez em quando. Não se queixava de dores e não chegou a gemer. A perna esquerda apresentava pulso sanguíneo em toda a sua extensão, com exceção do pé, que na altura do dedão apresentava uma lesão ulcerada seca (sem secreção) (...) Naquelas condições não era aconselhável a amputação porque não havia um quadro de dor intensa e nem algum outro indicativo específico para uma amputação da perna esquerda. Do ponto de vista médico, é praticamente impossível que aquela perna esquerda estivesse em situação crítica dias antes e depois houvesse uma regressão. No máximo, se houvesse queixa de fortes dores (o que não havia naquele momento) e um quadro de risco

para o paciente, poder-se-ia cogitar de retirada parcial do dedo, nada mais. No contato que teve com o paciente, a perna já amputada apresentava uma úlcera no coto (neste momento assinado pelo MM. Juiz na foto xerocopiada inferior de fl. 59), o que indicava ausência de circulação naquele setor..." (sem grifo no original).

Da mesma forma, o Dr. José Iguivaldo de Macedo, médico, ouvido à fl. 159, confirmou que o membro amputado apresentava "um quadro agudo de trombose arterial. A perna direita estava fria e cianótica, que denota um quadro de isquemia irreversível, com necessidade urgente de intervenção cirúrgica, pelo quadro doloroso intenso".

É fato que não foi realizado exame anatomopatológico. Sua ausência, todavia, inaltera o quadro fático delineado nos autos, mesmo porque o perito, pelo que se depreende da peça técnica e posterior depoimento, verificou, como dito acima, a presença de indícios de "insuficiência vascular pela úlcera de estase no coto" do membro extirpado.

Insta observar que apenas em grau de apelação, a recorrente menciona que "não foi feito qualquer exame anteriormente à amputação, nem mesmo no sentido de certificar-se sobre eventual impossibilidade de realizar-se a cirurgia, pois é cediço que é possível a existência de fatores clínicos que inviabilizariam a cirurgia, principalmente, em tratando-se de pessoa idosa, o que poderia provocar a morte do paciente no momento da operação cirúrgica".

Além, repito, de se tratar de argüição suscitada apenas nesta instância, anoto que o depoimento por último citado deixa evidente que o quadro mórbido apresentado pelo paciente era assaz preocupante, exigindo pronta intervenção cirúrgica. Também o experto registrou que "em certas oportunidades o quadro é tal, que dispensa qualquer outro exame, partindo-se diretamente para o ato cirúrgico, em face da urgência".

É da jurisprudência:

"Civil. Responsabilidade civil. Inexistência de erro médico. Amputação de dedos esmagados. 1. Nenhum ilícito há na amputação de dedos, esmagados por prensa, quando, à luz da prova, se tratava de conduta médica aplicável ao caso..." (TJRS, AC n. 5972292269, rel. Des. Araken de Assis).

"Indenização. Amputação de parte do membro inferior em procedimento inevitável, ante o estado infeccioso instalado em paciente com diabetes, cuja gravidade exigiu da médica denunciada da lide, atitude imediata, embora posto em dúvida pedido de autorização ao paciente ou familiar para intervenção de maiores proporções que a prevista" (TJRS, AC n. 598046613, rel. Des. Osvaldo Stefanello).

Em verdade, a situação apurada pela perícia coaduna-se à perfeição com aquela apontada no testemunho do réu, Dr. Levi Grandi, aqui transcrito in verbis:

"Jamais falou para a família que o caso seria de amputação da perna esquerda, porque esta ainda era viável e poderia ser tratada clinicamente. O paciente tinha uma ferida no dedão do

pé esquerdo, mas não apresentava sinais indicativos para amputação, tanto que ainda viveu durante uns dois ou três meses sem que a perna esquerda apresentasse indicação para cirurgia. Se o caso fosse de amputação da perna esquerda, esta apresentaria complicações graves imediatas e haveria óbito em torno de uma semana. A perna direita foi corretamente amputada, sem qualquer erro de procedimento. Umas 36 horas depois da amputação, uma acompanhante do paciente 'peitou' o depoente no Hospital afirmando que teria sido amputada a perna errada, ao que reagiu imediatamente dizendo para que não fizesse uma afirmação daquela, porque isso era muito grave. De pronto rebateu a acusação. Depois do ato cirúrgico esteve na casa do paciente umas duas ou três vezes, porque faz isso com freqüência e porque estava preocupado com aqueles comentários. Perguntou para a autora o que estava pretendendo com aquela atitude difamatória e ela, meio que chorando, disse 'são eles, eles ficaram (fez o gesto de que eles estavam malucos)', mas não se referiu a ninguém especificamente (...).' Seja qual for o resultado da ação, tem sua consciência tranqüila e repetiria todo o procedimento cirúrgico nos mesmos moldes. Confessa que teve um erro: o de operar o paciente com velocidade para logo estirpar a dor que ele sentia. Se seguisse o procedimento dos grandes hospitais, a família iria implorar para que fizesse a amputação" (fl. 53, sem grifo no original).

Visto o depoimento no seu todo, não se pode dar às últimas assertivas do recorrido o alcance que lhe pretende emprestar o apelo, qual seja, de que teria havido o reconhecimento de que o procedimento foi precipitado.

Basta uma simples leitura para se constatar a ironia de tal afirmação. Ora, no afã de minimizar o sofrimento de seu paciente, suprimível apenas por procedimento cirúrgico, agilizou-o sem mais delongas. No entanto, sua imediata atuação acabou, por vias transversas, por lhe trazer o dissabor de ter que enfrentar um processo judicial. Afirma que "Se seguisse o procedimento dos grandes hospitais, a família iria implorar para que fizesse a amputação", em clara alusão à precária situação dos doentes que se encontram nessas instituições, muitas vezes largados em macas ao total abandono.

De outra parte, os depoimentos prestados por Marlene Paulo de Almeida e Jorge José Cardoso foram adequadamente sopesados pelo Julgador. Como assevera a própria apelante, ambos podiam apenas "dizer o que de fato ocorreu, ou seja, como aconteciam as consultas e como se comportou o paciente após a amputação..." (fl. 194). Não tinham, contudo, a menor condição, com a permissa venia, de apontar o grau de enfermidade apresentado, tampouco qual a perna que deveria efetivamente ser extirpada, questões essenciais para o correto deslinde da quaestio juris.

A persistência do quadro doloroso se deve, certamente, às precárias condições do enfermo, tendo o Dr. Sérgio atestado quão delicada era a sua saúde, comprometida por diversos problemas, e não só pela moléstia que apresentava em seu membro inferior. De se dizer, ainda, que sua capa-

cidade de comunicação apresentava-se bastante comprometida, sendo impossível precisar que as dores provinham, efetivamente, da perna esquerda.

Finalmente, não se pode desprezar o fato de que a filha do falecido autorizou expressamente a amputação da perna direita, conforme documento de fl. 28, bem como a posição do digno Promotor de Justiça, que pugnou pelo arquivamento do inquérito policial, manifestação esta acatada pelo MM. Juiz.

Enfim, tenho como bastante clara a total ausência de elementos probatórios que evidenciem conduta culposa por parte do recorrido. Via de conseqüência, o pleito inicial estava mesmo fadado ao insucesso.

E nesse ponto, faço minhas as palavras do nobre Julgador, que ressalva com propriedade:

"Espancada a ausência de culpa do réu, que por si só já conduziria à improcedência do pedido, é importante ressaltar que o fato gerador da indenização pelos danos patrimoniais seria a morte do paciente e tal evento não foi atrelado ao procedimento cirúrgico em nenhum momento, ou seja, não se disse que a morte de João Fortulino aconteceu em decorrência da amputação e nem se tentou fazer prova em tal sentido.

"Qual, então, o motivo de pedir pensão mensal vitalícia e ressarcimento pelas despesas de funeral.

"(...).

"De toda forma, foi melhor produzir a prova, examinar o mérito e deixar claro que nenhuma responsabilidade pode ser carreada ao médico Levi Grandi e muito menos ao Dr. Eros Alfredo Jahn, que já fora excluído da lide como parte passiva ilegítima" (sem grifo no original).

Por derradeiro, anoto que no contexto atual, em que a sociedade em geral está cada vez mais exigente e consciente de seus direitos, é natural o incremento do número de demandas judiciais versando sobre a responsabilidade médica. Escreve Luzia Chaves Vieira, em artigo intitulado de "Responsabilidade Civil Médica" (Juris Síntese 19/99), que "a mídia tem favorecido este tipo de comportamento; os meios de comunicação têm divulgado erros, faltas e até crimes de médicos, de forma sensacionalista, criando um sentimento negativo, por parte da população, baseado na idéia de que existe uma 'máfia de branco', que só deseja enriquecer à margem de qualquer preocupação ética ou de respeito à lei", destacando que "o erro presumido é uma das acusações mais freqüentes", caso, certamente, dos autos.

Por essa forma, voto pelo desprovimento.

III — Decisão

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

Participou do julgamento, com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 25 de junho de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.010894-5, DE BLUMENAU

Relator: Des. Vanderlei Romer

Dano moral. Negligência do banco comprovada. Devolução de cheques sustados pelo cliente em razão de furto, por motivo diverso: insuficiência de fundos. Ofendido que se vê caracterizado como mau pagador. Ofensa à imagem evidente. Demonstração da repercussão patrimonial dispensável. Admissibilidade da reparabilidade da lesão apatrimonial pura. Precedentes.

"Para a indenização por dano moral, não é de exigir-se a repercussão, o reflexo patrimonial, com o que, a rigor, se repararia o dano econômico indireto. Dissídio jurisprudencial superado" (STJ – REsp n. 64.699-5/RO — 3ª T. — Rel. Min. Costa Leite — DJU 16/3/1998).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.010894-5, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que é apelante Banco Boavista S.A., sendo apelado Levi Sens:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Levi Sens deflagrou ação de indenização por dano moral contra o Banco Boavista S.A., expondo que em 5/6/97 sua esposa extraviou dois talonários de cheques. Disse que no dia imediatamente posterior dirigiu-se à agência local do réu informando o ocorrido e requerendo a sustação das cártulas de ns. 773863 a 773897.

Ocorre que no período compreendido entre 11/6/97 a 22/7/97, alguns dos referidos cheques foram depositados por terceiros e debitados em sua conta corrente, tendo a parte ex adversa efetuado seu regular pagamento, a despeito do ato sustatório.

Ressaltou que, a posteriori, ela estornou os lançamentos levados a débito, creditando os valores correspondentes em sua conta. Até então, gizou, não havia sofrido nenhum prejuízo, situação esta que veio a sofrer profunda modificação com a devolução equivocada do primeiro cheque,

de n. 719869, por insuficiência de fundos, o que não correspondia à realidade.

Acresceu que até o mês de junho de 1997, uma "saraivada de cheques seus" foram indevidamente devolvidos pelo mesmo motivo, sendo que em 20/6/97 o suplicado efetuou a devolução de título que não havia sido sustado, malgrado o tenha feito sob essa justificativa. E como se não bastasse, debitou o respectivo valor em sua conta corrente, como se efetivamente o tivesse pago. Daí a sua surpresa ao ser contatado pela empresa credora, que afirmava não ter recebido a importância, enquanto que para ele, de posse do demonstrativo de movimentação de sua conta corrente, tal teria ocorrido.

Narrou que dirimida a controvérsia por meio do envio da cópia, via fax, do malfadado cheque, dirigiu-se à agência bancária, onde recebeu tratamento assaz descortês. Acabou, contudo, por receber um documento de crédito a fim de saldar o débito.

Afirmando que sua imagem pública restou maculada, e frisando que o requerido, malgrado tenha-se comprometido a fornecer as devidas retratações aos credores dos cheques incorretamente devolvidos, não o fez. Pugnou pela procedência do pedido a fim de condenar a parte ex adversa a lhe pagar uma indenização, à guisa de danos morais, a ser arbitrada judicialmente.

Citado, o réu ofereceu contestação, argüindo, em preliminar, nulidade da citação, pois efetivada na pessoa de seu gerente, em flagrante ofensa ao disposto no art. 247 do CPC, e inépcia da inicial, porque não especificado o valor do quantum indenizatório postulado.

In meritis aventou que é o próprio autor o primeiro a reconhecer que todas as irregularidades apontadas foram devidamente sanadas, não se cogitando de prejuízo. Referiu no tocante ao cheque devolvido pelo motivo 28 — sustação — que o espaço destinado ao carimbo demonstrativo da devolução apresenta rasura, cabendo indagar se realmente foi devolvido por tal razão. Ponderou, também, que não há prova efetiva do dano, ou seja, inexiste comprovação in concreto de qualquer reflexo patrimonial ou moral como conseqüência imediata do fato. E mais, que é evidente a pretensão do contestado de se locupletar às suas custas.

Impugnados os termos da peça defensiva, o MM. Juiz a quo houve por bem julgar antecipadamente a lide para acolher o pedido inaugural, restando o vencido condenado a pagar quantia correspondente a 50 (cinqüenta) salários mínimos, acrescida de juros moratórios a contar da citação.

A tempo e modo recorreu o vencido, reeditando a argumentação anterior e acrescendo que o valor indenizatório é excessivo. Remetendo-se à Lei n. 5.250/67 e a julgados pátrios clamou pela reforma da sententia de maneira que o importe de ressarcimento não ultrapasse 20 (vinte) salários mínimos.

Intimado, o autor apresentou contra-razões.

Após, alçaram os autos a esta Casa de Justiça.

É, no essencial, o relatório.

II — Voto

Ante a manifesta procedência da actio, não há como se prover o apelo.

É facilmente aferível o nexo de causalidade entre a conduta da instituição bancária e o resultado danoso. A própria apelante reconhece seu equívoco ao efetuar a devolução de cheques por alínea incorreta. Busca, apenas, atenuar, ou mesmo se eximir de sua responsabilidade, ao frágil argumento de que "diligenciou no sentido de evitar pagamentos indevidos de cheques, promovendo todas as regularizações que se fizeram necessárias" (fl. 131).

Forçoso reconhecer que não houve o pagamento, o que ocorreu, isso sim, foi a devolução dos malfadados cheques, por ausência de fundos, quando o correto seria que o fossem pelo motivo 25 — sustação.

Obviamente que existe uma grande diferença entre ambos.

O primeiro pressupõe pura e simplesmente a emissão da ordem de pagamento sem que o devedor pudesse efetivamente satisfazê-la, levando o credor, ao menos num primeiro momento, a pôr em xeque a sua conduta. Estimula certamente os beneficiários à cobrança de pronto.

Inegável que a sustação também suscita tal espécie de dúvida, mas o juízo de valor negativo não nasce de pronto, havendo, a princípio, uma indagação do por quê da atitude de emitente do cheque.

Não bastasse o Banco ter assim agido, em conduta que enseja indiscutível lesividade apatrimonial, compensou título sem que o credor — Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Empresarial — recebesse o crédito, que somente veio a se consumar dez dias depois por ordem de pagamento.

Bem observa o Dr. Newton Janke, culto Sentenciante, que:

"A primeira coisa que precisa ser dita e ficar assentada, como incontroversa, é que o réu, em nenhum momento, questionou a devolução e o não pagamento de sete cheques emitidos pelo autor, embora sua conta corrente desfrutasse da necessária provisão de fundos.

"Outro ponto indiscutível é que não pode ser estabelecida qualquer relação ou vinculação entre o furto ou extravio dos dois talonários do requerente, ocorrido em 5/6/97, com a devolução e o não pagamento dos cheques nos meses de março e abril daquele ano. Como aquele fato ocorreu bem antes, não se compreende e não se pode encontrar qualquer justificativa plausível para o inusitado procedimento do requerido em deixar de fazer o pagamento de seis cheques emitidos pelo autor, sob a alegação de que não possuíam fundos.

"Inusitado também o que se sucedeu com o cheque acostado à fl. 42. O demonstrativo acostado à fl. 50 revela que o título foi compensado, mas, a despeito disso, o credor, Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Empresarial, não foi aquinhoado com o correspondente crédito, o que somente veio a acontecer dez dias depois, através da ordem estampada à fl. 43. Irrelevante, pois, saber qual o motivo invocado para devolver o título porque o que importa é que, a despeito da compensação, o seu valor não foi pago a quem de direito.

"Está claro, pois, que o réu praticou uma sucessão de trapalhadas que, embora não tenham trazido conseqüências patrimoniais danosas, acarretaram para o autor não só meros aborrecimentos, mas também maltrataram a imagem, a credibilidade e a auto-estima do requerente, contra quem jamais pesou qualquer tipo de restrição.

"É óbvio que todas aquelas pessoas que eram credoras dos cheques e que os receberam de volta do banco, no mínimo colocaram sob suspeita a honradez do autor. Por outras e cruas palavras, da noite para o dia ele passou a ser encarado como um 'picareta' ou 'estelionatário'.

"Evidentemente que quem, injustificadamente, dá ensejo a este tipo de acontecimento não pode escapar impune. Independentemente da existência de eventuais prejuízos materiais, a sua conduta culposa rende espaço à indenização por dano moral...".

Por essa forma, é evidente que a imagem do apelado restou atingida, na medida que se viu caracterizado como mau pagador ou mesmo incurso em ilícito penal.

Ademais, a circunstância de a instituição financeira ter regularizado posteriormente a situação em nada altera o presente quadro, como demonstra o escólio de Vilson Rodrigues Alves, estampado em Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Bancários (São Paulo, Bookseller, 1997, pág. 197), mutatis mutandis:

"Afirmar-se que o desfazimento posterior do incidente, com a retirada do nome da pessoa desse rol, aceitação do cheque e fornecimento de atestados de boa conduta ou que por eles possa valer é não considerar a dimensão íntima do ser humano.

"É mais, é desconsiderar que toda pessoa tem direito à incolumidade a priori de seus direitos, inclusive e notadamente os direitos de personalidade, pouco ou nada valendo remédios a posteriori, quando já instalado o mal evitável, não fosse a incúria, a negligência, o desrespeito, o menoscabo" (pág. 197).

Enfatize-se que é incogitável o afastamento da pretensão exordial pelo fato de não haver prova de reflexos na esfera patrimonial.

Doutrina e jurisprudência, hodiernamente, proclamam ser perfeitamente admissível a reparação pecuniária do sofrimento moral, mesmo na ausência de efeitos lesivos materiais.

Anota o já citado Vilson Rodrigues Alves:

"Na jurisprudência colhem-se precedentes em que se julgou pela inindenizabilidade do dano puramente moral.

"Acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e. g., manifestou que o dano moral, para ser indenizável, deve produzir reflexos no patrimônio de quem o tenha sofrido.

"Da mesma forma, acórdão do egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em que se afirmou não ser admissível que os sofrimentos morais dêem lugar a reparação pecuniária se deles não decorre qualquer dano material.

"Todavia, cumpre de plano afastar-se essa teoria, da só indenizabilidade do dano moral de efeitos lesivos patrimoniais, porque isso nada mais é do que, noutras palavras, afirmar-se a só

indenizabilidade do dano patrimonial, sem prejuízo de propugnar-se pela irreparabilidade de danos causados por condutas de moléstia à esfera jurídica do lesado" (ob. cit, pág. 123, sem grifo no original).

E mais adiante, destaca o festejado doutrinador:

"...a verdade é que, além de também não haver nenhuma regra jurídica que pré-exclua a reparabilidade do dano moral, na própria Constituição Federal de 1988 não se fez discrime quanto à indenizabilidade do dano moral puro, como se pode observar no art. 5º, incisos V e X" (in pág. 125).

E dos anais jurisprudenciais, cita-se:

"Dano moral — Ofensa à honra. Imprensa. Para a indenização por dano moral, não é de exigir-se a repercussão, o reflexo patrimonial, com o que, a rigor, se repararia o dano econômico indireto. Dissídio jurisprudencial superado" (STJ – REsp n. 64.699-5—RO — 3ª T. — Rel. Min. Costa Leite — DJU 16/3/1998).

"Indenização. Responsabilidade civil. Estabelecimento bancário. Dano moral. Ocorrência. Cheque indevidamente devolvido. Desnecessidade de comprovação do reflexo material. Recusa, ademais, em fornecer carta de retratação. Verba devida. Artigo 5º, inciso X, da Constituição da República. Recurso provido" (TJSP, ACV n. 113.554, rel. Des. José Osório).

Insurgiu-se o réu, também, contra o quantum fixado a título de indenização, ao argumento de que ele é desproporcional à extensão do dano.

É sabido que a quantificação da reparação de tal natureza é sempre tormentosa, dada a subjetividade que lhe é característica.

A boa doutrina vem estabelecendo certos parâmetros a serem observados quando do arbitramento.

Carlos Alberto Bittar consigna que "diante da esquematização atual da teoria em debate, são conferidos amplos poderes ao juiz para definição da forma e da extensão da reparação cabível, em consonância, aliás, com a própria natureza das funções 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 reparação devida no caso concreto" (Reparação civil por danos morais, RT, 1993, págs. 205/6).

Mais à frente, enfatiza 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).

Sobrepondo tais diretrizes à espécie, reputo razoável o valor indenizatório. Conquanto felizmente o autor não tenha sido inscrito nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, é irrefutável que sobre ele pesou injustamente a pecha de mau pagador por ato gritantemente negligente do recorrente que não apenas uma, mas várias vezes, incorreu em erro, quer porque lançou alínea incorreta nos cheques, quer porque debitou valor na conta corrente do cliente, sem, contudo, pagá-lo.

O reiteramento da conduta imprudente exige punição expressiva. Não pode ser de tal monta, todavia, que permita o enriquecimento ilícito do ofendido. Vale destacar, outrossim, que este último é representante comercial, profissão esta em que o bom nome reveste-se de significativa importância para a concretização dos negócios.

Bem por isso, repito, deve subsistir a importância determinada na sententia.

No entanto, por decisão do Supremo Tribunal Federal restou obstada a fixação da reparação do dano moral com vinculação ao salário mínimo, porquanto expressamente vedada pelo art. 7º, inc. IV, da Carta Política. Deve, pois, o valor ser convertido para a moeda corrente por ocasião do pagamento, considerado o salário mínimo vigente na data da decisão singular.

Nesses termos, fica desprovido o recurso.

III — Decisão

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

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 25 de junho de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.009207-0, DE JOAÇABA

Relator: Des. Vanderlei Romer

Direito processual civil e do consumidor. Julgamento antecipado. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Sentença ultra petita. *Redução aos limites do pedido. Petição inicial. Requisitos. Causa de pedir. Ausência. Inépcia. Reconhecimento posterior. Vício do produto. Veículo. "Quebra de motor". Simples substituição de peças. Depreciação do bem evidente. Substituição do veículo inarredável.*

I — Não há cerceamento de defesa pela não produção de prova inútil ao deslinde da controvérsia.

II — Não se anula a sentença ultra petita*; antes se a reduz aos limites do pedido.* Utile per inutile non vitiatur.

III — O CPC adotou a teoria da substanciação da causa de pedir, pela qual os fatos dão suporte ao pedido, pois eles constituem e deles emerge a relação jurídica da qual decorre a conclusão pretendida. A petição inicial deverá, então, declinar os fundamentos fáticos — a causa de pedir remota — e os fundamentos jurídicos — a causa de pedir próxima –aptos a abalizar o pedido formulado.

IV — É inepta a petição inicial quando ao pedido não precede a declinação da correspondente causa de pedir.

V — As causas condutoras do indeferimento da petição inicial, por constituírem matéria de ordem pública e infectarem a relação jurídica processual em toda sua extensão, não são acobertadas pelo manto da preclusão, pelo que a sua não constatação pelo juiz singular no momento próprio não impede o seu reconhecimento em oportunidade posterior.

VI — A teor do § 3º do art. 18 do CDC, ainda que o vício do produto seja sanado no prazo legal a tanto concedido, pode o consumidor fazer uso imediato das alternativas previstas nos incisos do § 1º deste dispositivo quando, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

VII — É evidente a desvalorização de veículo que, adquirido "zero quilômetro" e avariado com menos de um ano de uso, tem o seu motor reparado mediante substituição de peças.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.009207-0, da comarca de Joaçaba, em que é apelante Ford Brasil Ltda. e apelado Edemar Gruber:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação majoritária, rejeitar a preliminar de cerceamento de defesa e, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Edemar Gruber propôs "ação ordinária de substituição ou devolução do valor de produto c/c perdas e da-

nos" em face de Ford Brasil Ltda. afirmando que em 17/11/97 adquiriu o veículo Ford Escort SW GLX; que em 16/10/98 referido veículo apresentou problemas mecânicos, tendo sido rebocado até a revenda autorizada da cidade de Rio do Sul, onde se constatou a "quebra do motor"; que a oficina, cumprindo determinação da ré, limitou-se a reparar o propulsor avariado; que, inconformado com a evidente depreciação do veículo, solicitou à ré sua substituição, no que não obteve êxito. Entendendo viciado o produto adquirido, reclamou a condenação da ré "à substituição do veículo por outro da mesma espécie, por ofensa ao art. 18 do CDC" ou a restituição do preço pago, bem como ao pagamento de indenização pelo período em que ficou privado da utilização do veículo.

Citada, ofertou a ré contestação argüindo a inépcia da inicial quanto à indenização pretendida e requerendo a denunciação à lide da distribuidora responsável pela venda do veículo; na essência, alegou que o veículo do autor "não possui vício algum, pois as peças que apresentaram problemas foram substituídas por outras novas, originais de fábrica" (fl. 67) em prazo inferior ao previsto no § 1º do art. 18 do CDC, sendo infundados os temores de depreciação do bem e, da mesma forma, a indenização pleiteada por não haver "demonstração de prejuízo patrimonial concreto em decorrência do tempo em que o veículo esteve na concessionária para a feitura dos reparos" (fl. 72). Terminou por solicitar, "na remota eventualidade de procedência do pedido" (fl. 73), "seja a substituição feita por veículo do mesmo ano e modelo e com a quilometragem aproximada à do automóvel do autor (...) sob pena de enriquecimento injustificado" (fls. 73/74).

Malograda a tentativa conciliatória, o Juiz de Direito, compondo antecipadamente a controvérsia, após afastar a denunciação à lide reclamada, julgou procedentes os pedidos formulados para condenar a ré a substituir o veículo por outro da mesma espécie ou a restituir o valor pago — à escolha do autor —, ao pagamento de R$ 2.925,00 (dois mil, novecentos e vinte e cinco reais) referentes à indenização pelo tempo em que o autor ficou impossibilitado de utilizar o veículo e, ainda, à satisfação dos encargos sucumbenciais, tendo a sentença sido complementada com a repelência da preliminar de inépcia da inicial mediante o parcial acolhimento dos embargos de declaração opostos pela vencida.

Irresignada, a ré interpôs recurso de apelação buscando o reconhecimento da nulidade da sentença por cerceamento de defesa — pela antecipada composição da lide — e por alegado julgamento ultra petita — já que o autor pediu a devolução da quantia paga somente se impossível a substituição do veículo. Concluiu reprisando a primitiva argumentação e impugnando a fixação da verba advocatícia.

Houve contra-razões.

É o relatório.

II — Voto

O autor reclamou a substituição do veículo adquirido por entender que o reparo do motor terminou por lhe depreciar o valor. As declarações emitidas por comerciantes de veículos

acostadas às fls. 91/93 comprovam tal assertiva. Desnecessário, então, possuírem aqueles comerciantes conhecimento técnico sobre motores e, menos ainda, perícia a ser concretizada por experto habilitado em engenharia mecânica já que não se perquire acerca da eficiência do conserto efetuado; antes se alega que tal conserto, ainda que eficiente, desvalorizou o veículo do autor. E tal circunstância — a desvalorização ou não do veículo pelo reparo do motor —, convenhamos, deve ser esclarecida por comerciantes, não por engenheiros. Bem por isso, podia e devia o Juiz proceder ao julgamento antecipado da lide quer por ser cogente o preceito encampado no art. 330, quer por lhe impor o inciso II do art. 125 velar pela rápida solução do litígio, quer por lhe cometer o art. 130, todos do CPC, a incumbência de indeferir as diligências inúteis.

Da mesma forma, não houve cerceamento de defesa pelo fato de "a apelante não poder agravar de instrumento contra os atos que obstaram sua prova" (fl. 157). Ora, o ato que alegadamente "obstou" a produção das provas requeridas pela ré foi a sentença, e da sentença ela recorreu, pelo que confesso não conseguir vislumbrar agressão ao inciso LV do art. 5º da CF.

Por outro vértice, é efetivamente ultra petita a sentença proferida. De fato, tendo o autor formulado pedidos subsidiários alternativos, tencionando a restituição do valor pago se e somente se impossível a substituição do veículo, não podia o Juiz singular lhe conceder a faculdade de escolha entre as apontadas restituição e substituição. A sentença, concedendo mais do que havia sido reclamado, foi além do pedido veiculado e ofendeu o milenar princípio romano pelo qual sententia debet esse conformis libello, abraçado pelos arts. 128 e 460, caput, do CPC. Todavia, tal vício não possui o condão de anular a sentença, mas apenas o de a reduzir aos limites do pedido, com a poda da possibilidade de escolha outorgada, já que, consoante assinala Arruda Alvim, "em nome do princípio do aproveitamento ou da conservação, a sentença ultra petita deve ser cancelada apenas no que exceda ao pedido" (Manual de direito processual civil, vol. 2, 7ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pág. 661). Utile per inutile non vitiatur.

O CPC, ao exigir em seu art. 282, inciso III, indique a petição inicial "o fato e os fundamentos jurídicos do pedido", adotou a teoria da substanciação da causa de pedir — pela qual os fatos dão suporte ao pedido, pois eles constituem e deles emerge a relação jurídica da qual decorre a conclusão pretendida — em oposição à teoria da individuação da causa de pedir — pela qual a só afirmação de uma relação jurídica escoraria o pedido. A petição inicial deverá, então, declinar os fundamentos fáticos — a causa de pedir remota — e os fundamentos jurídicos — a causa de pedir próxima — aptos a abalizarem o pedido formulado. Em termos coloquiais, cumprirá ao autor indicar, na petição inicial, o porquê de seu pedido. E, na espécie, tal não foi alcançado porque o autor deixou de apontar quais os fundamentos fáticos e jurídicos do pedido de percebimento de "indenização pelo lapso temporal em que (...) ficou privado da utilização do veículo" (fl. 7). Ora, quem pede indenização o faz por ter experimentado um prejuízo, e de prejuízo,

no particular, não tratou a inicial, pelo que estava a merecer indeferimento a peça apresentada, quanto à indenização pretendida, por manifesta afronta ao inciso I do cabeço do art. 295 do CPC, combinado com o inciso I de seu parágrafo único. As causas condutoras do indeferimento da petição inicial, por constituírem matéria de ordem pública, e infectarem a relação jurídica processual em toda sua extensão, não são acobertadas pelo manto da preclusão, pelo que a sua não constatação pelo juiz singular no momento próprio não impede o seu reconhecimento em oportunidade posterior. Apenas, por não se poder indeferir algo que já foi deferido, a extinção do processo sem julgamento do mérito não deve ser concretizada com espeque no inciso I do art. 267 do CPC, mas em cânon diverso. Nesse sentido, aliás, é a conclusão n. 23 do VI ENTA, vazada nos seguintes termos: "a circunstância de não ter o juiz indeferido liminarmente a inicial não o impede de extinguir posteriormente o processo" (apud Theotonio Negrão, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, nota 5 ao art. 295, pág. 368). O inciso IV do art. 267 do CPC determina a extinção do processo quando verificada a ausência de pressupostos de sua constituição e desenvolvimento válido e regular, sendo estes divisados em subjetivos — relacionados com os sujeitos processuais — e objetivos — relacionados com a forma procedimental e com a inexistência de fatos impeditivos da regular constituição da relação jurídica processual. E a não declinação da causa de pedir, requisito intrínseco da petição inicial imposto pelo inciso III do art. 282 do CPC, consubstancia indubitavelmente um fato impeditivo nos moldes dos acima mencionados. Tenho como impositiva, então, a extinção do processo, no que pertine ao pedido de indenização.

Na essência, do conserto do motor do veículo do autor, adquirido "zero quilômetro" e avariado com menos de um ano de uso, aflora o seu direito de obter a substituição tencionada. Com efeito, consoante o preceituado no § 1º do art. 18 do CDC, não sanado o vício no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir "I — a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II — a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III — o abatimento proporcional do preço", complementando o seu § 3º poder o consumidor "fazer uso imediato das alternativas do § 1º (...) sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial". Ora, é evidente — evidência esta corroborada pelas declarações de fls. 91/93 — que o conserto do motor desvaloriza sobremaneira o veículo, pelo que podia o autor "fazer uso imediato das alternativas do § 1º" independentemente da sanação ou não do vício no prazo legal a tanto concedido. Em escólio que se amolda com perfeição à conjuntura dos autos, assim se pronuncia Zelmo Denari:

"A previsão de prazo legal de garantia não inibe que, por iniciativa do consumidor, sejam acionados os mecanismos disjuntivos de reparação previstos no § 1º do art. 18.

"Isto ocorrerá, nos termos do § 3º, sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer as qualidades essenciais do produto, bem como diminuir-lhe o valor. A título de ilustração, a substituição do motor de um veículo novo, no prazo de garantia, por vício de qualidade, não será tolerada pelo consumidor que poderá declinar da garantia e exigir, à sua escolha, a substituição integral do produto, a restituição da quantia paga ou o abatimento do preço" (Ada Pellegrini Grinover... [et al.], Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, pág. 171).

Finalmente, decotado do pronunciamento combatido o capítulo sobre o qual incidiam os honorários advocatícios, cumpre fixá-los sobre a parte remanescente porque, sendo verba acessória, resta afetada por modificação da sentença com repercussão na sucumbência. Considerando cuidar a hipótese de sentença condenatória, arcará a ré — por ter o autor decaído de parte mínima do pedido — com os honorários advocatícios que fixo, observando as diretrizes ditadas pelas alíneas a, b e c do § 3º do art. 20, em 10% (dez por cento) sobre o valor do veículo devido.

Em epítome, dou provimento parcial ao recurso para extinguir o processo sem julgamento de mérito no que pertine à indenização pretendida, retirar do autor a possibilidade de escolher entre a restituição do valor pago e a substituição do veículo e fixar a verba advocatícia conforme acima explicitado.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação majoritária, rejeitar a preliminar de cerceamento de defesa e, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Participaram do julgamento, com voto parcialmente vencido, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello e, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente;
Vanderlei Romer,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello

Dissenti da douta maioria por entender que ao julgar antecipadamente a lide, o nobre Magistrado monocrático cerceou o direito de defesa da apelante.

Isso porque, compulsando os autos, verifica-se que a apelante, Ford Brasil Ltda., em todas as oportunidades que teve de manifestar-se nos autos, antes da prolatação da sentença vergastada, proclamou pela produção da prova pericial, segundo se apanha de sua peça contestatória — fls. 59/75; requerimento de fl. 104; termo de audiência de fl. 111 e manifestação de fls. 118/120.

Ademais, a questão cinge-se em matéria eminentemente técnica que refoge às raias da simples aferição por comerciantes, demandando por isso, a realização da prova pericial, tantas vezes expressamente requerida pela apelante e, a final, ignorada pela ínclita sentença apelada e agora tam-

bém pela douta maioria deste egrégio órgão fracionário.

Entendo, ainda, a necessidade da realização da prova requerida, como homenagem ao princípio do contraditório e do devido processo legal, contidos no art. 5º, incisos LV e XXXV, da Constituição Federal.

A jurisprudência tem-se manifestado sobre o assunto:

"O indeferimento de perícia, oportuna e fundamentadamente requerida, que se revela essencial ao deslinde da controvérsia posta em juízo implica cerceamento de defesa. A perícia judicial somente pode ser dispensada, com base no artigo 427 do CPC, se não comprometer o contraditório, vale dizer, quando ambas as partes apresentam desde logo elementos de natureza técnica prestadios a que o juiz forme a sua convicção. É a exegese que se impõe, pois, fora daí, sequer haveria igualdade no tratamento das partes, que a lei processual manda observar" (RSTJ 73/382).

Isso posto, voto pelo acatamento da preliminar de cerceamento de defesa, com a conseqüente cassação da sentença, dando-se prosseguimento ao feito, com a realização da prova técnica, indispensável à elucidação da controvérsia.

Essas as razões do dissenso.

Florianópolis, 29 de junho de 2001.

Anselmo Cerello

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.000563-6, DE BLUMENAU

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Ação de reparação de danos morais — Lei de Imprensa — Inserção de classificados sem a devida averiguação da origem e veracidade de seu conteúdo tanto pela empresa arrecadadora das propostas quanto pela empresa jornalística que veiculou a notícia — Culpa caracterizada — Quantum *indenizatório acima do tarifado pela Lei de Imprensa — Derrogação, nesta parte, pela Constituição Federal — Sucumbência recíproca inexistente — Valor estimativo — Apelos desprovidos.*

— Restará consubstanciado o delito de injúria para os fins da Lei de Imprensa e, conseqüentemente, o dano moral a que a lei protege quando, por culpa da empresa jornalística, constata-se a inserção de matéria em jornal de grande circulação em que a ora requerente supostamente a teria solicitado nos classificados de notícia em que, por seu conteúdo, conclui tratar-se de mulher leviana e de fácil acesso a todos os tipos de prazeres.

— O dever legal de indenizar o dano moral independe da perquirição acerca do animus *do ofensor. A norma jurídica satisfaz-se com a simples ofensa ou causação, não cabendo indagar-se acerca da intenção do agente, análise, aliás, nem sempre necessária no próprio sistema de determinação de responsabilidade. Não se cura, portanto, de verificar se estava, ou não, na cogitação do agente a realização do reflexo lesivo produzido. Assim, sendo constatada a conduta lesiva, ou definida objetivamente a repercussão negativa na esfera do lesado, surge a obrigação de reparar o dano para o agente.*

— "A responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988, não se podendo admitir, no tema, a interpretação da lei conforme a Constituição" (REsp n. 153.512, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

— Na quantificação valorativa do dano moral há que se ater a um jogo de noções, considerando-se, de um lado, o caráter impositivo de uma reprimenda ao infrator e, de outro, uma compensação justa à vítima pelo dano suportado. Considera-se, ademais, superado o modo quantificativo estipulado pela Lei de Imprensa, já que o atual normativo constitucional não abarcou a indenização tarifada determinada pelo repressivo legal supra*. mencionado, não necessitando mais limitar-se aos valores por ela impostos.*

— "Acolhida a pretensão posta em Juízo pela parte autora, com a entrega da prestação jurisdicional objetivada, conquanto os valores deferidos não correspondam exatamente àqueles pleiteados, não há que se cogitar de sucumbência parcial capaz de autorizar a condenação recíproca e proporcional das custas e honorários; ainda mais quando se tem que, em se tratando de indenização por danos morais e por outros danos de caráter aleatório, o valor expresso na peça preludial assume a condição de meramente estimativo" (Apelação Cível n. 98.012584-7, de São José. rel. Des. Trindade dos Santos).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.000563-6, comarca da Blumenau (2ª Vara), em que são apelantes e apelados Maria Roseli de Andrade, Jornal de Santa Catarina S.A., e Loja Centro Anúncios e Publicações Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos interpostos.

Custas na forma da lei.

Maria Roseli de Andrade ingressou com ação de reparação de danos contra Jornal de Santa Catarina S.A., afirmando, em apertada síntese,

ter sofrido abalo moral em decorrência de anúncio veiculado em jornal de propriedade da ora requerida.

Salientou que em data de 29/1/95, na parte dos classificados, constou o seguinte anúncio: "Tenho 34 anos, procuro parceiro que goste de aventura para me acompanhar em jantares e todos os tipos de prazer. Contatos com Rose (0478) 25-1521 — Rio do Sul".

Afirmou trabalhar na mesma instituição bancária por mais de 14 anos, e, em que pese se chamar Maria, é conhecida por todos como Rose.

Apontou que começou a receber várias ligações indecorosas e, por meio de uma destas ligações é que veio a saber do anúncio veiculado nas folhas da ora requerida.

Afirmou a existência de inegável prejuízo e constrangimento que afetaram, inclusive, sua vida sentimental, já que é mulher solteira, salientando que não autorizou tal veiculação, sendo que, ao tentar descobrir o autor de tal anúncio, foi informada que se tratava de anúncio feito por telefone, sem qualquer indício de sua autoria.

Pugnou, por fim, pela indenização equivalente a 2.000 salários mínimos, ante a gravidade e a intensidade de culpa por parte da ora requerida, pugnando pelo julgamento procedente do feito.

Devidamente citado, o requerido apresentou contestação, oportunidade em que, preliminarmente, denunciou à lide o vendedor do anúncio, Loja Centro Anúncios e Publicações, já que foi esta empresa quem intermediou a venda do presente anúncio impugnado pela autora, bem como ilegitimidade passiva ad causam e impossibilidade jurídica de responsabilização civil da empresa ré por dano moral porventura sofrido pelo fato narrado.

No mérito, salientou a inexistência de dolo ou mesmo culpa, o que demonstra a inexistência de ato ilícito, salientando acerca da imprevisibilidade do resultado ora ocorrido, pugnando pelo julgamento improcedente do pleito.

Apresentada impugnação à contestação, oportunidade em que rechaçou a preliminar de denunciação à lide, já que inexistente qualquer contrato ou obrigação de um terceiro à indenizar a requerida, bem como, impugnou todas as demais preliminares e argumentos esposados na contestação.

Deferida a denunciação à lide, ante os termos do art. 50 da Lei n. 5.250/67, em que, devidamente citada, contestou o feito, assumindo a responsabilização pelo agenciamento da publicação do anúncio em discussão, isso por meio de telefonema dado por uma pessoa que se autodenominou Maria Roseli de Andrade, salientando que a rotina que, normalmente fazia acerca de averiguação de intenção das propostas, não foi observada, já que "deixou de confirmar o pedido, por entender, in casu, desnecessário".

Afirmou que o jornal não está obrigado a publicar tudo o que lhe é enviado, podendo vetar o que entender conveniente. Apontou que o responsável pela inserção da notícia no periódico é que deverá ser responsabilizado por esse ato, não o jornal ou a corretora.

Salientou que exacerbado o pedido de indenização, já que a nota foi inserida na parte menos lida do jornal,

os classificados, com público específico para “aventura amorosa”.

Informou, ainda, que a autora restou transferida da agência de Rio do Sul para a de Jaraguá do Sul, diminuindo seu “vasto campo de relações”, pugnando pelo julgamento improcedente do feito.

Ofertada impugnação à contestação da denunciada pela autora, sendo certificado o transcurso in albis do denunciado para dele se manifestar.

Sentenciando o feito, o douto Togado monocrático julgou procedente a ação, condenando o requerido a pagar à autora, a título de danos morais, a importância de cem salários mínimos, acrescida de juros moratórios desde a citação e de honorários advocatícios fixados em 20% sobre o mesmo quantum, bem como, em regresso, condenar o réu denunciado ao pagamento da quantia desembolsada pela denunciante.

Irresignada, Maria Roseli de Andrade ingressou com recurso de apelação, pretendendo, em síntese, a majoração da condenação imposta, postulando, após vasta fundamentação, pela aplicação de indenização no patamar de 2.000 salários mínimos.

Igualmente irresignado, Jornal de Santa Catarina S.A. apresentou apelação apontando, por certo, os mesmos argumentos esposados em sua contestação, postulando pelo julgamento improcedente do pleito e, caso não seja este o entendimento, a adequação ao delito de injúria, conforme apontado pela decisão a quo, condenando-o ao patamar de 50 salários mínimos.

Apelou, também, Loja Centro Anúncios Publicações Ltda., afirmando, primeiramente, condenação em sucumbência recíproca, já que o pedido foi formulado em patamar de 2.000 salários mínimos e ganhos, apenas, 100 salários mínimos.

Asseverou, igualmente, que não possui condições econômicas de arcar com o pagamento da indenização imposta, já que é firma de pequeno porte de parcos recursos financeiros, apontando, aliás, os mesmos fundamentos esposados em sua contestação.

Por fim, pleiteou a reforma da decisão a quo, para que impinja sucumbência recíproca, bem como redução da condenação imposta.

Apresentadas contra-razões aos recursos interpostos, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

É o relatório.

Tratam-se de três recursos de apelação interpostos, tanto pela requerente, requerido/denunciante e denunciada.

Pretende, em suma, a requerente, a majoração da indenização a ela deferida. Já o requerido/denunciante, pretende, preliminarmente, a decretação de impossibilidade jurídica do pedido, bem como, no mérito, a descaracterização de sua culpa, com a exclusão de condenação ou sua minoração para o patamar de 50 salários mínimos. A denunciada, a seu turno, pretende a minoração do quantum indenizatório, ou sua fixação em 50 salários mínimos.

Assim, passamos à análise dos recursos interpostos, de modo destacado e, por certo, por tema apresentado.

a) Da preliminar de impossibilidade jurídica do pedido

Primeiramente, cumpre analisarmos a preliminar suscitada por Jornal de Santa Catarina S.A., na qual afirma a impossibilidade jurídica do pedido por não se enquadrar o pedido de indenização no casos mencionados no art. 49 da Lei de Imprensa, sendo, assim, inexistente previsão legal para o pleito deduzido.

Entretanto, razão não lhe assiste!

Urge lembrarmos que com a vigência da Constituição Federal de 1988 tem-se decidido, em virtude do disposto no seu art. 5º, V ("é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"), e X, este ainda mais explícito ("são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"), que o direito à indenização passou a ser o mais amplo possível, não mais suportado, apenas, pelos modelos estanques e predeterminados pela Lei de Imprensa, passando a ser, a indenização por danos morais, a mais ampla possível.

Aliás, como bem apontou o douto Togado a quo em sua bem-lançada decisão:

"A possibilidade de reclamar a indenização por danos morais não se cinge às hipóteses contempladas em numerus clausus no inc. I do art. 49 da Lei de Imprensa. Essa disposição restritiva não tem como prevalecer em face do inc. V do art. 5º da Constituição Federal, principalmente quando ali se cogita da indenização por danos à imagem da pessoa. Com efeito, inúmeros exemplos poderiam ser trazidos à colação em que, a despeito de não configurar nenhum ilícito da lei específica, a divulgação ou informação produz lesão à imagem da pessoa" (fl. 115).

Como não poderia deixar de ser, aliás, este o posicionado adotado pela jurisprudência, senão vejamos:

"Responsabilidade civil. Imprensa (Publicação de notícia ofensiva). Ofensa à honra. Dano moral. Valor da indenização. Controle pelo STJ.

"1. Quem pratica pela imprensa abuso no seu exercício responde pelo prejuízo que causa. Violado direito, ou causado prejuízo, impõe-se sejam reparados os danos" (REsp n. 53.694, rel. Min. Nilson Naves).

"Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral.

"A notícia que importe em ultraje, menoscabo ou vilipêndio contra alguém, atingindo-lhe a honra e a respeitabilidade, divulgada por culpa da emissora, obriga-a ao ressarcimento dos danos morais, que conforme Minnozzi e Brebbia, existem in re ipsa" (Ap. Cív. n. 40.129, rel. Des. Eder Graf).

"Direito civil. Ofensa à dignidade decorrente de publicação em periódico. Honra subjetiva atingida. Dano moral caracterizado. Indenização devida pela empresa que explora o veículo de comunicação. 1) Atinge a dignidade e a honra subjetiva a matéria veiculada em periódico, que expõe alguém ao ridículo ou que lhe cria situação incômoda ou vexatória no círculo de seu convívio social ou profissional" (TJAP, ACV 037497, DJAP 26/1/98).

Assim, claro que não apenas os casos enumerados pelo art. 49 da Lei de Imprensa servem como subsídios para a condenação em danos morais. Qualquer dano causado pela Lei de Imprensa, vexatório, calunioso, injuriante, ultrajante etc., tem o condão de, por certo, abalar moral e psicologicamente a pessoa ofendida, mesmo que não lá enumerado.

Assim, nega-se provimento ao tópico em alinhamento, eis que o normativo que rege o pleito ora em destaque é, por certo, o alinhavado no artigo 5º, incisos V e X, de nossa Constituição Federal.

b) da caracterização da culpa e da injúria

Afirma o requerido/denunciante que não laborou com culpa ao veicular o anúncio nos classificados, já que não foi o responsável pela inserção de tal notícia, eis que diretamente transmitido ao sistema informatizado do apelante por preposto da denunciada, além de não ter como evitar o dano ocorrido.

Saliente-se que esta é a única a contestar, ainda, a caracterização de culpa, já que, textualmente, afirma que é responsável pela inserção da nota no "Jornal de Santa Catarina S.A.".

Diga-se, desde logo, que a responsabilidade, in casu, da empresa responsável pela transmissão é decorrência da própria lei de imprensa que no parágrafo segundo do artigo 49 aponta:

"Se a violação de direito ou o prejuízo ocorre mediante publicação ou transmissão em jornal, periódico, ou serviço de radiodifusão, ou de agência noticiosa, responde pela reparação do dano a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação (art. 50)".

Nesse desiderato, aliás, os ensinamentos de Darcy Arruda Miranda que assim apontam:

"Se a violação de direito ou o prejuízo ocorreu por qualquer das formas previstas nesta lei (jornal, periódico, serviço de radiodifusão e agência noticiosa), quem responde pela reparação do dano é a pessoa física ou jurídica que explore o meio de publicação ou divulgação (art. 50). Contra ela é que se moverá a ação civil" (in Comentários à Lei de Imprensa, 2ª ed., RT, SP, pág. 680).

E, mais à frente aponta:

"Na forma do art. 49, § 2º, in fine, quem responde civilmente pela reparação do dano (moral ou material) é a empresa, pessoa natural ou jurídica, que explora o meio de informação ou divulgação, através do qual o fato foi divulgado. Entretanto, ressarcindo o prejuízo causado, a empresa fica com o direito a uma ação regressiva contra o autor do escrito, transmissão ou notícia, ou do responsável por sua divulgação, para haver a quantia que foi obrigada a desembolsar, com a limitação prevista no art. 52" (fl. 683).

Ora, sendo a empresa a responsável pela divulgação da nota publicitária, claro que será responsável por notícia danosa nela veiculada, mas igualmente necessário que reste devidamente comprovada sua culpa na veiculação desta notícia.

In casu, evidente a presença de sua culpa!

A empresa denunciada, Loja Centro Anúncios e Publicações Ltda., conforme bem restou analisado pelo

Togado a quo, recebeu telefonema no qual pleiteava a inserção de nota no Jornal ora requerido, assim transcrito:

"Tenho 34 anos

"Procuro parceiro que goste de aventura para me acompanhar em jantares e todos os tipos de prazer. Contatos com Rose (0478) 25-1521 — Rio do Sul".

A par dessa solicitação de inserção, a denunciada deveria, por certo, e observadas as devidas cautelas, tentar confirmar a real procedência do pedido de publicação, até mesmo em função da peculiar nota que se pedia para inserir.

Não, esta não foi a conduta observada conforme apontado pela própria denunciada que assim afirma às fls. 100/101 de sua contestação, a qual transcrevemos:

"Diante dos detalhes daquela conversa mantida entre seu funcionário e a pessoa que dizia ser 'Maria Roseli', a litisdenunciada deixou de confirmar o pedido, por entender, in casu, desnecessário. E a funcionária que atendeu a solicitação conta com cinco anos de experiência na recepção de anúncios por telefone".

Conforme ela mesma informou, a responsabilidade acerca da averiguação de procedência do pedido de colocação dessa matéria no jornal incumbia-lhe.

Como não poderia deixar de ser, igual responsabilidade incumbe ao requerido/denunciante, não somente porque poderá vetar a veiculação de qualquer matéria que entenda de caráter difamatório, como também porque é meio de comunicação social que, dada sua finalidade pública, possui responsabilidade social pelas notícias por ele veiculadas.

Serve-nos, aliás, o seguinte trecho retirado da sentença a quo:

"O anúncio foi captado por telefone. Em tais circunstâncias, impunha-se que a empresa agenciante, por boa cautela, procurasse confirmar a real procedência do pedido de publicação, seja em face do conteúdo peculiar do anúncio, seja para evitar que o pagamento da veiculação fosse debitado a uma pessoa estranha. Trata-se de comezinha regra observada por quem realiza negócios por telefone (v.g. pizzarias, reservas de hotéis, consultas com médicos e dentistas etc.).

"O jornal-requerido, por sua vez, assim como revisa os textos produzidos em sua redação, tem a obrigação de também fazer um exame da natureza e dos tipos de anúncios que publica nas páginas comerciais, de modo que, em casos delicados, possa fazer uma checagem da procedência da encomenda e até recusar-se a fazer a veiculação. Na qualidade de emissor de mensagens de larga repercussão no meio social e, portanto, ungido de responsabilidade social, o órgão de imprensa não pode simplesmente, tal qual Pôncio Pilatos, lavar as mãos e repassar o ônus para os corretores de anúncios ou outros agenciadores publicitários" (fls. 116/117).

Inegável, dessa forma, a culpa do requerido/denunciante, do que subsome sua responsabilidade pelo pagamento da indenização pleiteada.

Aqui cabe salientarmos que, diferentemente do aduzido pela recorrente (requerida/denunciante), perfei-

tamente demonstrada a injúria a que foi submetida.

Conforme já apontado, o texto inserido na página dos classificados, dando notícia de que a ora requerente é mulher leviana e de fácil acesso, bem como possuidora de prazeres que, dada a carga embutida no anúncio, é típico de meretrizes, o que, por certo, acabaria com o seu bom nome e conceito, maxime por tratar-se de mulher solteira.

A injúria, nesse desiderato, caracteriza-se pela ofensa à dignidade ou decoro de alguém, termo este contemplado pelo inciso II do art. 51 da Lei de Imprensa utilizado, tipicamente, para descrever o delito de injúria.

Comentando acerca desse assunto, novamente nos serve a lição de Darcy Arruda Miranda que assim aduz:

"Se a publicação ou transmissão é ofensiva à dignidade ou decoro de alguém (injúria), a indenização será de cinco salários mínimos da região.

"Falando, somente, ou expressamente, em 'dignidade ou decoro', significa que o legislador só teve em vista, aqui, o crime de injúria" (ob. cit., pág. 685).

Igualmente as lições do mestre Damásio E. de Jesus, que, aliás, assim se manifesta:

"Injúria é a ofensa à dignidade ou o decoro de outrem. O CP, por intermediário da incriminação (art. 140), protege a honra subjetiva da pessoa que constitui o sentimento próprio a respeito dos atributos físicos, morais e intelectuais de cada um.

"Dignidade é o sentimento próprio a respeito dos atributos morais do cidadão. Decoro é o sentimento próprio a respeito dos atributos físicos e intelectuais da pessoa humana. Assim, a honra subjetiva pode ser dividida em honra-dignidade e honra-decoro. No primeiro caso, trata-se dos atributos morais; no segundo, dos dotes físicos e intelectuais. Se o sujeito chama a vítima de analfabeto, lhe está ofendendo a honra-decoro. Se a chama de cafajeste, ofende-lhe a honra-dignidade.

"Na injúria não há atribuição de fato, mas de qualidade negativa do sujeito passivo" (in Direito Penal, Parte Especial, Ed. Saraiva, 3ª ed., 1981, SP, pág. 243).

Inegável a conduta injuriosa, já que afetado restou o sentimento de dignidade da requerente. Seus atributos morais, seu bom nome e respeitabilidade restaram profanados ou, nas palavras do Togado monocrático, "a mensagem que dali se extrai é que a autora seria uma mulher leviana, disponível e predisposta a 'todos os tipos de prazer'. Traduzindo-se, para uma linguagem bem objetiva, equivale dizer que a requerente seria uma meretriz, acessível a toda sorte de convites" (fl. 115).

Ademais, saliente-se que o dever de indenizar o dano moral independe de se perquirir a respeito do animus do ofensor. A norma jurídica se satisfaz com a simples ofensa ou causação, não cabendo indagar-se acerca da intenção do agente, análise, aliás, nem sempre necessária no próprio sistema de determinação de responsabilidade.

Existem situações em que se prescinde dessa investigação, ou seja, aquelas em que se reconhece a objetividade da conduta lesiva como elemento bastante. Desse modo, nos casos em que se exige essa perquirição (responsabilização por atos ilícitos no regime codificado), tem-se que abrange apenas o fato produtor do dano e, não, o reflexo correspondente. Não se cura, portanto, de verificar se estava, ou não, na cogitação do agente a realização do reflexo lesivo produzido.

Ora, sendo constatada a conduta lesiva, ou definida objetivamente a repercussão negativa na esfera do lesado, surge a obrigação de reparar o dano para o agente.

O dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta que na reparação se demonstra.

Assim, em se tratando de divulgação de fatos tidos como delituosos, como, in casu, fatos estes envolvendo o ora requerido, a evidenciação quanto à efetiva ocorrência de conduta culposa por parte da empresa de comunicação requerida.

Nesse sentido já foi decidido:

"O dano moral, reparável pelo exercício da liberdade de informação, tem fundamento na violação de direito ou no prejuízo mediante dolo ou culpa" (RT 404/104).

"A reparação dos danos morais ocasionados por publicação de matéria ofensiva pela imprensa depende de comprovação da culpa, sendo irrelevante a existência ou não de reflexos patrimoniais. A fixação do quantum deve ser feita com base nos arts. 51 e 52 da Lei n. 5.250/67" (RT 618/69).

c) livre arbitramento da indenização — aplicação da norma constitucional

Alegam, tanto denunciante quanto denunciado que ao condená-los ao pagamento de indenização não se ateve ao arbitrado pela Lei de Imprensa, que determina um pagamento de, no máximo, 50 salários mínimos.

Efetivamente, se fizermos uma leitura seca da Lei de Imprensa, constataremos que o Togado condenou os ora apelantes em quantum superior ao apontado e tarifado por dita lei.

Entretanto, afirme-se, toda a jurisprudência pátria admite essa indenização em quantum superior ao apontado pela Lei de Imprensa.

Isso porque, segundo se tem assinalado, a vigente Constituição, ao prever indenização por dano moral por ofensa à honra, pôs fim à responsabilidade tarifada prevista na referida lei especial, que adotava sistema estanque de reparabilidade dos danos praticados pela imprensa.

A respeito do tema, novamente nos socorrem as lições de Arruda Miranda, ao apontar que:

"A Constituição Federal de 1988 acabou com as limitações de tempo e valor para as ações de reparação de danos materiais e morais, ao dispor, em seu art. 5º, X, que 'são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação'" (in Comentários à Lei de Imprensa, 3ª ed., RT, n. 713, pág. 733).

O dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito, recebendo da Constituição de 1988, na perspectiva do relator, um tratamento próprio que afasta a reparação dos estreitos limites da lei especial que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. De fato, não teria sentido pretender que a regra constitucional que protege amplamente os direitos subjetivos privados nascesse limitada pela lei especial anterior ou, ainda pior, que a regra constitucional autorizasse um tratamento discriminatório.

De todos os modos, entendo que com a disciplina constitucional de 1988 abre-se o caminho para melhor tratar essas situações que machucam pessoas honradas.

A limitação imposta pelo art. 52 da Lei de Imprensa, que restringe a responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação a dez vezes as importâncias fixadas no artigo 51, a meu juízo, não mais está presente.

Com o advento da Constituição de 1988 criou-se um sistema geral de indenização por dano moral decorrente da violação de direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao direito civil comum e não a qualquer lei especial. Isso quer dizer, concretamente, que não se postula mais a reparação pela violação dos direitos da personalidade, como direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação.

Neste sentido, aliás, o entendimento esposado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"A responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988, não se podendo admitir, no tema, a interpretação da lei conforme a Constituição" (REsp n. 153.512, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

"Imprensa. Dano moral. Limite. Legitimidade passiva. Tempestividade de embargos.

"— A jurisprudência do STJ afasta a limitação da indenização por dano moral prevista na Lei n. 5.250/67 e admite a responsabilidade passiva da empresa e do jornalista pelos ilícitos cometidos pela imprensa" (REsp n. 258799/RJ; DJ de 19/3/2001, pág. 116, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

"Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Imprensa. Notícia jornalística imputando leviana e inverídica a juíza federal. Fraude do INSS. Pálida retratação. Responsabilidade tarifada. Inaplicabilidade. Não-recepção pela Constituição de 1988. Dano moral. Quantum indenizatório. Controle pelo Superior Tribunal de Justiça. Precedente. Recurso parcialmente provido.

"I — A responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988" (REsp n. 295175/RJ, DJ de 2/4/2001, pág. 304, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

E, deste Sodalício:

"Lei de Imprensa. Quantum. Fixação que, após o advento da Carta Política de 1988, não está mais

adstrita ao limite imposto pelo art. 56 da Lei n. 5.250/67.

'Com o advento da Constituição de 1988, tem-se que o art. 56 da Lei n. 5.250/67 não foi por ela recepcionado, ante o disposto no seu art. 5º, que erigiu como princípio a igualdade de todos perante a lei, e no inciso X do mesmo dispositivo, que assegurou a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem das pessoas, conferindo direito à indenização pelo dano material ou moral 'decorrente de sua violação' (TJDF, Ap. Cív. n. 40.680, rel. Des. Vasquez Cruên) (Ap. Cív. n. 99.008336-5, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer).

Por fim, seria ilógico, por exemplo, que alguém ofendido por um meio de comunicação de grande repercussão tivesse o seu direito de reparação moral limitado aos valores do dispositivo legal mencionado, enquanto que outro, em que o fato se deu perante algumas pessoas apenas, pudesse, em tese, receber reparação maior.

Ora admitindo-se que a imposição tarifada não mais se encontra presente em nosso ordenamento jurídico, eis que não abarcada por nossa Constituição Federal, por certo, prejudicadas as alegações de excesso de condenação.

d) do quantum indenizatório

Relativamente ao quantum condenatório, é de se assinalar que a indenização, como se tem assinalado em diversas oportunidades, além do seu escopo reparatório, deve também contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato. Todavia, deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com notórios exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

Ademais, aponte-se que a jurisprudência tem utilizado, como parâmetro de indenização, ou base de sua fixação, as circunstâncias determinadas pelo art. 53 da Lei de Imprensa, que assim dispõe:

"No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o Juiz terá em conta notadamente:

"I — a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

"II — a intensidade do dolo ou grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada no abuso do exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

"III — a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido".

Essa norma convive com o sistema implantado pela Constituição da República, assim como tem sido interpretada pelos tribunais. É que, muito embora não mais esteja em vigor o limite para a reparação do dano moral,

os parâmetros enumerados na lei servem de útil orientação ao juiz para a prudente quantificação do valor indenizatório, decisão que deve ser adotada em matéria sempre movediça e indefinida, que não possui natureza sensível a considerar e avaliar, mas acarreta efeitos imateriais cujo valor, em termos concretos, é meramente estimativo.

Assim é que o Togado a quo, maestralmente, apontou e comentou cada um desses tópicos ao assim afirmar:

"No que tange ao arbitramento da indenização, é inegável que o sofrimento da autora foi intenso e que a ofensa, pelo teor do anúncio, revestiu-se de gravidade, atingindo severamente a dignidade e o decoro da requerente, contra cuja conduta pessoal e social não levantou nenhuma restrição.

"O anúncio em questão foi publicado numa edição dominical que, sabidamente, apresenta uma tiragem de exemplares maior do que nos demais dias da semana, circunstância que alargou a repercussão do fato, impondo-se notar que o Jornal de Santa Catarina possui forte penetração e circulação regional.

"O grau de culpa, notadamente do jornal, deve ser relevado, na medida em que não foi responsável pela captação do anúncio. O requerido integra poderoso grupo de comunicação social, o que leva a presumir validamente desfrutar de sólida situação econômica" (fl. 117).

A isso some-se o fato de que o autor não tentou, de qualquer forma, retratar-se ou desculpar-se pelo ato praticado.

Ademais, percebo que não consta, dos autos, qualquer comprovação da pouca capacidade econômica por parte do denunciado, que apenas argumentou que o quantum indenizatório deveria ser minorado, sem demonstrar qualquer comprovação de que, efetivamente, possua poucas condições econômicas para suportar a condenação ora mantida.

Nesse desiderato, lógico que as circunstâncias do art. 53 da Lei de Imprensa lhe são completamente desfavoráveis, sendo latente a manutenção da sentença a quo.

Percebe-se, igualmente, que embora não pague o sofrimento experimentado pela parte, compensa a dor e a humilhação sofrida. Com esses valores a requerente não irá enriquecer e, da mesma forma, poderão ser suportados com tranqüilidade pelos apelantes. Ainda terá função pedagógica no sentido de mostrar que a liberdade de opinião, hoje existente, anda de mãos dadas com a responsabilidade pelas publicações e opiniões desarrazoadas publicadas nos meios de comunicação.

e) ônus da sucumbência

Afirme-se, desde logo, que igualmente improcede o pleito do apelante/denunciado em ver aplicada a sucumbência recíproca (art. 21 do CPC) em virtude de a condenação ter sido consideravelmente inferior ao montante da verba indenizatória pleiteada.

Isso porque, em demandas de cunho indenizatório, quando a fixação do quantum debeatur depende de arbitramento judicial (art. 1.553 do CC) pela própria insuscetibilidade de quantificação monetária do bem jurídi-

co atingido, o valor pleiteado na inicial é meramente estimativo, não dando azo à sucumbência recíproca.

E, consoante já proclamou o colendo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

"Se o pedido do autor é satisfeito com a entrega da prestação jurisdicional, embora o valor pleiteado não seja aquele registrado na sentença, inexiste sucumbência parcial capaz de autorizar a condenação recíproca e proporcional das custas e honorários" (Ap. n. 1.220/86, rel. Des. Oto Luiz Sponholz, Paraná Judiciário 21/147).

Ou, como já acentuou o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"Sendo meramente estimativo o valor da indenização pedida na inicial, não ocorre a sucumbência parcial se a condenação fixada na sentença é inferior àquele montante" (REsp n. 21.696-9/SP, rel. Min. Cláudio Santos, DJU de 21/6/93, pág. 12.366).

No mesmo diapasão enfatizou este Sodalício:

"Se o valor da indenização por dano moral deve ser estabelecido por arbitramento e na sentença foi fixado em quantia inferior ao do pedido, não há se falar em sucumbência recíproca, salvo se na defesa o réu se limitou a questionar o quantum do pleito indenizatório" (Ap. Cív. n. 98.006002-8, de Blumenau, rel. Des. Newton Trisotto).

"Sucumbência recíproca. Inocorrência. Valor meramente estimativo. Liquidação do dano sujeita ao arbitramento judicial. Art. 1.553 do CC. Precedentes.

'Sendo meramente estimativo o valor da indenização pedida na inicial, não ocorre a sucumbência parcial se a condenação fixada na sentença é inferior àquele montante' (Min. Cláudio Santos).

"Recursos desprovidos" (Apelação Cível n. 98.011263-0, da Capital, rel. Des. Silveira Lenzi).

"Acolhida a pretensão posta em Juízo pela parte autora, com a entrega da prestação jurisdicional objetivada, conquanto os valores deferidos não correspondam exatamente àqueles pleiteados, não há que se cogitar de sucumbência parcial capaz de autorizar a condenação recíproca e proporcional das custas e honorários; ainda mais quando se tem que, em se tratando de indenização por danos morais e por outros danos de caráter aleatório, o valor expresso na peça preludial assume a condição de meramente estimativo" (Apelação Cível n. 98.012584-7, de São José, rel. Des. Trindade dos Santos).

Nesses termos, nego provimento aos recursos interpostos, mantendo-se incólume a bem-lançada decisão objurgada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 6 de agosto de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.012376-0, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Contrato de seguro — Pagamento do prêmio em prestações — Ocorrência do sinistro quando vencida a 5ª parcela, mas antes de expirado o prazo de 30 dias contratualmente previsto para o pagamento — Resolução unilateral do contrato — Inadmissibilidade — Obrigação de indenizar — Inteligência do art. 1.450 do CC e art. 4º, § 2º, do Dec. n. 61.589/67 — Recurso provido em parte.

1. Havendo previsão legal de que o segurado pagará juros de mora na hipótese de atraso no pagamento do prêmio, não se pode falar em cancelamento automático da apólice, sendo que a cláusula de cancelamento do contrato, a que aderiu a autora, não tem validade, pois posiciona o beneficiário em situação nitidamente inferior à seguradora, o que é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor.

2. Não seria razoável desconsiderar o valor já pago pelo segurado, equivalente a 57,14% do valor total do prêmio, liberando a seguradora da responsabilidade contratualmente assumida, sem a resolução do contrato.

3. Para que não ocorra enriquecimento indevido de qualquer das partes, a indenização a ser paga pela seguradora deve corresponder à importância prevista na apólice, procedendo-se ao desconto das parcelas não pagas do prêmio, devidamente corrigidas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.012376-0, da comarca da Chapecó (2ª Vara), em que é apelante Ene Armazéns Gerais Ltda., sendo apelada Companhia Paulista de Seguros:

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

Custas na forma da lei.

Ene Armazéns Gerais Ltda. ingressou com ação de indenização em face da Companhia Paulista de Seguros, alegando, em síntese, que contratou com a ré o seguro total de um caminhão Scania e de um semi-reboque Randon, conforme apólice emitida em 23/6/95, ficando acordado que o prêmio correspondente seria pago em 7 (sete) prestações mensais e consecutivas de R$ 772,25 (setecentos e setenta e dois reais e vinte e cinco centavos). A autora pagou regularmente as primeiras quatro prestações, porém, diante de problemas financeiros, não conseguiu quitar a quinta prestação no vencimento, dia 8/10/95, e, tentando fazê-lo em torno de dez dias após, foi impedida, posto que, segundo documento que contém as "Condições Ge-

rais do Seguro", o contrato não pago nas datas aprazadas estaria automaticamente cancelado.

No dia 26/10/95, o veículo segurado foi roubado e, notificada, a companhia seguradora negou-se a efetuar o pagamento do seguro, alegando que na data do sinistro a apólice não estaria quitada.

Argumentou, a autora, que o cancelamento automático do contrato pelo atraso no pagamento de uma prestação, não encontraria amparo legal, especialmente tratando-se de contrato de adesão, em que incidiria a disciplina do Código de Defesa do Consumidor e, também, em face do disposto no art. 1.450 do CC.

Alegou, também, que as quatro parcelas quitadas seriam suficientes a garantir o seguro por 208 dias, assim, no período do sinistro, haveria a cobertura. Requereu, então, fosse a ré condenada a indenizar a autora com o pagamento do valor médio de mercado do veículo segurado.

Com a inicial, vieram os documentos de fls.11/29.

Citada, a requerida apresentou contestação, argüindo que o sinistro ocorrera quando já cancelado o contrato de seguro, por falta de pagamento do prêmio. Assim, e segundo as regras legais que regulamentam a matéria, não teria a autora direito à indenização postulada.

A autora impugnou a contestação às fls.47/53, designando-se, em seguida, audiência de conciliação, na qual, não havendo acordo, as partes informaram que não teriam outras provas a produzir.

Proferiu-se, então, o julgamento antecipado da lide, tendo o MM. Juiz julgado improcedente o pedido.

Inconformada com a prestação jurisdicional ofertada, a autora apela postulando a reforma do decisum, aduzindo que teria procurado a ré para efetuar o pagamento da quinta prestação, após o vencimento, mas que esta recusara-se a receber, alegando que o contrato estaria rescindido de pleno direito, sendo que tal afirmação, feita já na inicial, não foi impugnada na contestação, presumindo-se verdadeira.

Assim, entende a apelante que, afastada a cláusula que prevê o cancelamento automático do contrato com o inadimplemento, o fato de a ré haver se recusado a receber a parcela em atraso ilidiria a sua mora. Requer, dessa forma, o provimento do recurso, suscitando novamente a necessidade de interpretar-se o contrato de modo mais favorável ao segurado, em obediência ao disposto no Código de Defesa do Consumidor.

Apresentadas as contra-razões (fls. 90/94), foram os autos remetidos a esta Superior Instância.

Às fls. 99/101, consta petição da apelante, juntando documento, do qual foi dado vista à apelada, que se manifestou às fls. 106/110. Nova petição da apelante às fls. 126/130.

É o relatório.

Trata-se de cobrança de indenização em virtude da ocorrência de sinistro coberto por contrato de seguro de automóvel realizado entre as partes.

A empresa seguradora negou-se a pagar a indenização sob a alegação de que o contrato fora auto-

maticamente cancelado em face da mora na quitação do prêmio.

A jurisprudência vem-se posicionando no sentido de repelir o cancelamento unilateral e automático da apólice, na hipótese de inadimplência do segurado no pagamento das parcelas do prêmio.

Dispõe o art. 1.450 do Código Civil:

"O segurado presume-se obrigado a pagar os juros legais do prêmio atrasado, independentemente de interpelação do segurador, se a apólice ou os estatutos não estabelecerem maior taxa".

Havendo, pois, previsão legal de que o segurado pagará juros de mora na hipótese de atraso no pagamento do prêmio, não se pode falar em resolução automática.

Este o entendimento do em. Des. Arnaldo Rizzardo:

"Possibilitando a norma (art. 1.450 do CC) o pagamento dos juros na hipótese de mora, não permite o cancelamento puro e simples da apólice. Simplesmente fica suspensa a eficácia do contrato enquanto não realizada a condição do pagamento. Uma vez efetivada com os encargos inerentes, é exigível a indenização, com efeito ex tunc" (AJURIS 64/78).

Ademais, a cláusula de cancelamento do contrato a que aderiu o autor não tem eficácia válida, até porque posiciona o beneficiário em situação nitidamente inferior à seguradora, o que é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor. Efetivamente, a prevalecer a mencionada cláusula, os interesses do segurador ficam amplamente protegidos e assegurados, o mesmo não ocorrendo em relação aos interesses da parte que contratou que, diante da mora, no caso inferior a 30 dias, recebe tratamento extremamente rigoroso, sendo sancionada com o cancelamento da apólice e ainda perdendo o valor das prestações já pagas.

Nesse sentido já se decidiu:

"Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução.

"A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio.

"Recurso conhecido e provido" (STJ, REsp n. 76.362/MT, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 1º/4/1996).

"Seguro. Falta de comunicação do evento. Irrelevância. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Mora. Admissão reiterada do pagamento tardio do prêmio. Superveniência de sinistro. Cancelamento do seguro em razão de mora verificada naquele mês. Atitude contraditória às anteriormente tomadas. Cobertura devida. Sentença aplaudida. Insurgência desacolhida.

(...)

"— O simples não-pagamento do prêmio no prazo estipulado contratualmente não é causa hábil à extinção da relação de seguro, ainda que prevista contratualmente essa hipótese. A resolução da celebração de seguro há que ser, sempre, promovida judicialmente, quando poderá, com a necessária precisão, ser avaliada a importância da impontualidade em relação ao ajuste" (Apelação Cível n. 97.002617-0, de Criciúma, rel. Des. Trindade dos Santos).

Dessa forma, não é razoável desconsiderar o valor já pago pelo segurado, equivalente a 57,14% do valor total do prêmio, liberando a seguradora da responsabilidade contratualmente assumida, sem a resolução do contrato.

Para que fosse possível a resolução do contrato, seria necessário, no mínimo, que se oportunizasse ao contratante o adimplemento da parcela vencida. Se devidamente notificado, ainda assim não o fizesse, então seria razoável admitir-se a resolução.

A respeito, colhe-se da jurisprudência:

"Apelação cível. Ação de indenização. Contrato de seguro. Prêmio parcelado. Última parcela paga com atraso. Cerceamento de defesa não configurado. Pedido alternativo da petição inicial. Não apreciado em primeira instância. Questão, anterior à sentença, ainda não decidida, submetida ao Tribunal. Possibilidade. Nulidade da sentença inexistente. Cancelamento da apólice. Impossibilidade. Cláusula nula de pleno direito. Ocorrência. Ausência de notificação, para constituir em mora o segurado. Indenização devida. Dedução do valor corrigido da parcela não paga. Recurso provido.

"1. Não configura cerceamento de defesa, o fato do juiz julgar antecipadamente a causa, ao entendimento que a controvérsia a dirimir emerge claramente dos autos, ante as provas produzidas, prescindindo de outras para demonstrá-la.

"2. 'Ficam também submetidas ao Tribunal as questões anteriores à sentença ainda não decididas'.

"3. Não é válido, sob alegação de falta de pagamento do prêmio de seguro, rescindir unilateralmente o pacto respectivo. A cláusula que admite o cancelamento da apólice por inadimplemento de parcelas é nula de pleno direito (art. 51, XI da Lei n. 8.078/90).

"4. É necessário notificar o segurado para constituí-lo em mora.

"5. A indenização é devida, descontando-se o valor da parcela do prêmio não paga (art. 1.450 do Código Civil).

"6. Recurso que merece provimento" (grifo nosso) (TAPR, AC n. 0129145-8, rel. Juiz Tufi Maron Filho, DJ 3/12/99).

Do corpo do acórdão:

"Consigne-se, ainda, que a análise deve ir mais além, pois seria exigível da apelada a notificação endereçada ao segurado, para só então constituí-lo em mora, o que não ocorreu. Assim vem entendendo este Tribunal de Alçada:

'Contrato de seguro de veículo — Prêmio parcelado — Última parcela paga a destempo devidamente atualizada — Recebimento pela corretora — Alegação de cancelamento auto-

mático da apólice em face do pactuado no contrato — Impossibilidade — Ausência de notificação — Portaria n. 23 da Susep — Obrigação de indenizar — Recurso conhecido mas improvido — Correção monetária e juros devidos ao desembolso do valor pelo segurado no reparo do veículo — Mora da seguradora — Obstáculos por ela criados na satisfação da obrigação contratual' (TAPR, Acórdão n. 3.984, da Sexta Câmara Cível, relator Juiz Hirose Zeni)".

No caso, constata-se que o sinistro ocorreu antes de expirar-se o prazo de tolerância de 30 dias, previsto na cláusula 5.2 das condições gerais do contrato, para pagamento do prêmio, sendo que, embora o segurado tenha procurado a empresa seguradora para efetuar o pagamento da 5ª parcela, esta não aceitou, por entender que o contrato estava rompido.

Ora, reconhecendo-se que cumpria à seguradora postular judicialmente a rescisão do contrato ou, pelo menos, notificar o segurado, para constituí-lo em mora e romper o vínculo, não se pode exigir do segurado a consignação em pagamento dos valores do prêmio para cumprimento do art. 1.092 do Código Civil, ante a possibilidade de compensação, eis que, antes de expirado o prazo de pagamento do prêmio, tornou-se o segurado credor da indenização, em face da ocorrência do sinistro.

Aplicável, na hipótese, o Dec. n. 61.589/67, art. 4º, § 2º, verbis:

"caso o prêmio tenha sido fracionado e, ocorrendo perda total, real ou construtiva, as prestações vinculadas serão exigíveis por ocasião do pagamento da indenização".

Portanto, in casu, a indenização deverá ser paga, descontando-se as prestações vinculadas (vencida e vincendas).

A jurisprudência vem adotando este entendimento:

"Apelação cível. Ação de cobrança. Contrato de seguro. Prêmio parcelado. Segunda parcela não paga. Recusa da seguradora em recebê-la com atraso. Violação ao artigo 1.450 do CC caracterizada. Cancelamento da apólice. Impossibilidade. Cláusula nula de pleno direito. Inteligência dos artigos 115 do CC e 51 do Código de Defesa do Consumidor. Indenização devida. Dedução do valor corrigido das parcelas não pagas (artigos 4º e 2º do Decreto n. 61.589/67). Violação do artigo 960 do CC. Matéria não apreciada em primeira instância. Recurso conhecido em parte e provido.

"1. Não é válido, sob alegação de falta de pagamento do prêmio de seguro, rescindir unilateralmente o pacto respectivo.

"2. A cláusula que admite o cancelamento da apólice por inadimplemento de parcelas é nula de pleno direito (arts. 51, XI, da Lei n. 8.078/90 e 115 do CC).

"3. A indenização é devida, descontando-se o valor das parcelas do prêmio não pagas (art. 1.450 do Código Civil).

"4. Matéria não aventada em primeira instância. Apreciação nesta instância superior implicara supressão de grau de jurisdição.

"5. Recurso conhecido em parte e que merece provimento" (TAPR, Ap. Cív. n. 0141677-9, rel. Juiz Tufi Maron Filho, DJ 4/8/00).

"É certo que deixou de efetuar o pagamento das duas últimas prestações, tal circunstância, contudo, não retira do segurado o seu direito à indenização, garantido que se encontra pelo instituto da compensação, já que seria inadmissível que, sendo credor de uma quantia, geralmente muito maior que o prêmio, fosse obrigado ao desembolso deste para resguardar o seu direito, como de resto lembrou o apelado ao trazer aos autos as lições de Pedro Alvim, até porque não se pode olvidar que a eventual mora do segurado sobreveio depois do sinistro quando já era credor da indenização" (JTACivSP 139/188).

"Contrato de seguro. Mora no pagamento do prêmio. Cancelamento do contrato de seguro. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

"É abusivo o cancelamento do contrato de seguro por falta de pagamento de prestações referentes ao prêmio. Estando o contratante em mora, aplicável é o art. 1.450 do Código Civil. Por se tratar de contrato de adesão, incidem as regras do Código de Defesa do Consumidor, que visa à igualdade e o equilíbrio contratual entre as partes. Não provimento do apelo (TJRS, Ap. Cív. n. 70000102111, rel. Des. Natônio Corrêa P. da Fontoura, j. 28/2/2001).

"Seguro. Indenização. Cobrança. Pagamento do prêmio a prestações mensais. Inadimplemento de prestação. Ocorrência do sinistro antes do adimplemento. Cobertura devida proporcionalmente ao valor percentual do prêmio pago pelo segu- rado. Razoabilidade e justiça na condenação da seguradora. Sentença confirmada" (TJRS, AC n. 598362028, rel. Des. Clarindo Favretto, j. 23/12/1998).

Esta eg. Corte decidiu no mesmo desiderato no julgamento da Apelação Cível n. 50.920, de Turvo, em que foi relator o eminente Des. Newton Trisotto, de cujo acórdão extrai-se:

"2. Conquanto na contestação a seguradora tenha argüido falta de pagamento do prêmio vencido até a data do seguro, posteriormente reconheceu que fora realizado;

"3. O não-pagamento das demais prestações, com a ressalva já feita anteriormente (item 1), não exonera a seguradora da obrigação de pagar a indenização.

"O Decreto n. 61.589, de 23/10/67, prevê a hipótese no artigo 4º, § 2º. Dispõe que 'Caso o prêmio tenha sido fracionado, e ocorrendo a perda total, real ou construtiva, as prestações vinculadas serão exigíveis por ocasião do pagamento da indenização'.

"Certo que o dispositivo legal contempla situação em que há perda total da coisa segurada. Porém, por analogia, deve aplicar-se a regra também quando a perda é apenas parcial.

"Não há razão de direito — ou de justiça, principalmente — que justifique a adoção de critérios diversos para hipóteses semelhantes.

"Não há porque exigir do segurado o pagamento do prêmio se a seguradora pode compensar o seu crédito com a indenização devida.

"Como bem observou o então Des. Cândido Rangel Dinamarco, '...as exigências legais hão de ser interpretadas por critérios presididos pela razoabilidade e não se pode perder de mente que a lei é feita com vistas a situações típicas que prevê, merecendo ser modelada, conforme o

caso, segundo as peculiaridades de casos atípicos' (RJTJESP 102/27).

"Caso que guarda similitude com o retratado nos autos já foi examinado pela Primeira Câmara Civil deste Sodalício, que assim decidiu:

'Seguro — Pacto incontroverso — Pagamento parcelado — Ocorrência do sinistro após o recolhimento da primeira prestação — Orientação da corretora para interromper o implemento dos demais valores — Compensação na oportunidade da indenização — Irrelevância, na espécie, do fato — Apelo improvido.

'Independentemente de quitação do total das parcelas, está em vigor o contrato de seguro facultativo, sendo inarredável à vista de sinistro o seu cumprimento. Não configura mora a orientação da corretora no sentido de suspensão do pagamento das prestações restantes, visando a posterior compensação, se no dia do evento a obrigação mensal estava satisfeita' (Ap. Cív. n. 49.876, Des. Francisco Oliveira Filho, DJSC n. 9.380 de 19/12/95, pág. 15)" (grifo nosso).

Igualmente já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Recurso especial. Contrato de seguro. Pagamento em prestações. Inadimplemento. Honorários de advogado. Correção monetária de juros.

"1. Na linha de precedentes desta Corte, ocorrendo o sinistro no prazo de pagamento do prêmio, não pode a seguradora escapar da cobertura contratada, ainda mais considerando que o contrato foi substancialmente cumprido e o acórdão determinou, sem impugnação dos interessados, que do valor a ser pago fosse deduzida a quantia relativa à última prestação, a única que faltou liquidar" (STJ, REsp n. 58.461/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 7/4/1997, pág. 11.113).

Finalmente, a circular da Susep acostada aos autos pela apelante, além de ser de interpretação duvidosa, é posterior ao contrato entabulado entre as partes e a ocorrência do sinistro, não tendo aplicação retroativa, pelo que impossível acolher sua pretensão de recebimento integral da indenização com fundamento na proporcionalidade do valor do prêmio pago em relação aos dias segurados.

Dessa forma, para que não ocorra enriquecimento indevido de qualquer das partes, a indenização deve ser paga, procedendo-se ao desconto das parcelas canceladas do prêmio, devidamente corrigidas.

No caso, a indenização a ser paga pela seguradora, em face de pedido expresso na inicial, deve corresponder ao valor de mercado do bem, à época do sinistro, considerando-se os valores indicados na inicial, já que os orçamentos trazidos pela autora não foram impugnados pela requerida.

Ante o exposto, dá-se provimento em parte ao recurso, condenando a seguradora a pagar a indenização correspondente ao valor de mercado do veículo segurado, indicado na inicial, descontando-se as parcelas do prêmio cujo pagamento não ocorreu, estas corrigidas monetariamente e com juros legais, se não estiver prevista no contrato maior taxa (art. 1.450 do CC).

A indenização deve ser acrescida de correção monetária a partir do sinistro e juros de 6% ao ano, a partir da citação.

Tendo em vista a ocorrência de sucumbência mínima por parte da autora, deve a requerida arcar com o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do patrono da

requerente, os quais fixa-se em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, na forma do art. 20, § 3º, c/c art. 21, parágrafo único, do CPC.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer.

Florianópolis, 13 de agosto de 2001.

Mazoni Ferreira,
Presidente com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.010485-0, DE RIO DO SUL

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Responsabilidade civil. Atraso de vôo. Pretensão da empresa aérea de aplicar a Convenção de Varsóvia. Pretensão afastada. Incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Dano material. Necessidade de comprovação. Afastamento da condenação.

Dano moral. Desnecessidade de prova. Valor estimado.

Recurso parcialmente provido.

Não se pode olvidar que o Código de Defesa do Consumidor estabelece normas de ordem pública e arrola direitos básicos do consumidor, dentre eles a efetiva reparação dos danos materiais e morais (art. 6º, VI). A lei atende a comando constitucional — artigo 5º, XXXII — que erige a defesa do consumidor à condição de direito fundamental. Note-se que a Constituição Federal, lei máxima do nosso ordenamento jurídico, em seu artigo 5º, § 2º, não propõe a supremacia de convenções ou tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, apenas não chama para si a exclusividade dos direitos e garantias fundamentais. No caso de transporte aéreo não se tem como negar a inserção das partes, o passageiro e a empresa aérea, no conceito legal de consumidor e de fornecedor.

A condenação em dano material exige comprovação dos prejuízos. O autor que não apresenta prova e não especifica o pedido a título de dano material não pode fazer jus à indenização, já que o artigo 286 do CPC exige pedido certo e determinado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.010485-0, da comarca de Rio do Sul (2ª Vara), em que é apelante Viação Aérea São Paulo, sendo apelado Walter Carlos Seyfferth:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, prover parcialmente o recurso.

Custas na forma da lei.

Walter Carlos Seyfferth propôs ação de indenização por perdas e danos em face de VASP — Viação Aérea São Paulo S.A. expondo que adquiriu por intermédio da agência de viagens Point Tur um pacote de oito dias com destino a Atenas, com saída marcada para o dia 29 de abril de 1998 às 23h20min, no valor de R$ 2.393,43. Relatou que o pacote de viagem compreendia o vôo de Navegantes para São Paulo e desta para Atenas, porém no dia do embarque os passageiros foram informados pelos funcionários da empresa ré de que haveria um atraso, e após esperarem por mais de 4 horas no aeroporto foram avisados de que o vôo havia sido transferido para o dia seguinte. Disse que permaneceram num hotel das 3 às 6 horas do dia 30/4/98 e retornaram ao aeroporto para sair no vôo das 8 horas, mas em virtude de um novo atraso acabaram por embarcar apenas às 11 horas do dia 30/4/98. Reclamou que em razão da espera sofreu desconforto e prejuízo, já que pagou por um pacote de 8 dias e permaneceu no destino durante 7, pois viajou para Atenas durante o dia 30 de abril e não durante a noite de 29/30 de abril. Postulou pela condenação da ré no pagamento do valor de R$ 4.000,00 a título de dano material e moral.

Em contestação, a empresa ré alegou que o atraso deveu-se a problemas de ordem técnica com a aeronave e que o prejuízo material cingiu-se a apenas um dia do pacote e o dano moral exige comprovação, não sendo crível que um homem comum sofra abalo moral em virtude de um dia de atraso.

A lide foi julgada antecipadamente.

Irresignada com a sentença do MM. Juiz a quo que julgou procedente o pedido formulado na inicial, a ré interpôs apelação aduzindo que a questão deveria ter sido analisada à luz da Convenção de Varsóvia e do Protocolo de Haia promulgados no Brasil respectivamente pelos Decretos ns. 20.704/31 e 56.463/65 e não pelo Código de Defesa do Consumidor, que é lei geral e posterior. Asseverou que a hipótese assemelha-se a motivo de força maior, fato que isenta de responsabilidade o transportador conforme a lei específica e não configura descumprimento contratual já que no próprio bilhete há previsão expressa da possibilidade de alteração no horário dos vôos. Frisou que o apelado não comprovou prejuízos concretos, nem demonstrou os danos morais. Postulou a reforma integral da sentença julgando-se improcedente o pedido ou, em não sendo o caso, a redução do quantum arbitrado a título de dano moral.

Nas contra-razões, o apelado entendeu aplicável o Código do Consumidor pois se trata de fato ocorrido em território brasileiro entre pessoas aqui domiciliadas e sediadas, relativo a falha na prestação de serviço por parte da empresa fornecedora. Disse

que seja qual for a causa do atraso (greve dos funcionários ou manutenção do avião) a empresa é culpada direta ou indiretamente pelo inadimplemento contratual. Requereu fosse mantida a sentença nos seus termos.

É o relatório.

A apelante pretende a aplicação da Convenção de Varsóvia, que exime o transportador de responsabilidade caso prove ter tomado todas as medidas necessárias para evitar o dano ou que não lhe foi possível tomá-las (artigo 20). Prevalece-se também de disposição contratual constante da contracapa do bilhete de passagem que permite ao transportador atrasar o vôo em havendo necessidade. Pretende afastar a incidência do Código do Consumidor, que estabelece a responsabilidade objetiva do prestador de serviços.

Extrai-se dos autos que a saída do vôo de São Paulo para Atenas estava marcada para às 23h20min do dia 29/4/98 (fl. 8) e o embarque efetivou-se apenas às 11 horas do dia 30. Foram praticamente 12 horas de atraso, tempo no qual o apelado permaneceu parte no próprio aeroporto e parte em hotel às expensas da empresa.

A questão relativa à legislação aplicável em caso de atraso de vôo não é pacífica.

A Convenção de Varsóvia, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 20.704/31 para regular matéria atinente ao transporte aéreo internacional, não pode ser considerada hierarquicamente superior às demais leis ordinárias e é anterior à Lei n. 8.078/90, que por sua vez também trata de matéria especial concernente às relações entre consumidor e fornecedor.

Conforme acórdão do Des. Pedro Manoel Abreu:

"O CDC, quando em conflito com a Convenção, sobre ela tem prevalência, tendo em vista ser lei hierarquicamente superior (editada nos termos do art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal), especial (regulando toda a relação de consumo) e posterior (editada em 11/9/1990 e com vigência em 13/03/1991, enquanto que a Convenção ingressou no ordenamento nacional em 24/11/1931)" (Apelação Cível n. 98008188-2, da 4ª Câmara Civil, julgada em 15/4/99).

Não se pode olvidar que o Código de Defesa do Consumidor estabelece normas de ordem pública (artigo 1º) e arrola direitos básicos do consumidor, dentre eles a efetiva reparação dos danos materiais e morais (artigo 6º, VI). A Lei atende a comando constitucional — artigo 5º, XXXII — que erige a defesa do consumidor à condição de direito fundamental.

Note-se que a Constituição Federal, lei máxima do nosso ordenamento jurídico, em seu artigo 5º, § 2º, não propõe a supremacia de convenções ou tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, apenas não chama para si a exclusividade dos direitos e garantias fundamentais.

Deve-se considerar ainda que à época da Convenção de Varsóvia, datada de 12/10/29, procurou-se proteger os interesses das empresas aéreas evitando-lhes grandes prejuízos com indenizações decorrentes de acidentes ocasionados por tecnologias e sistemas de segurança menos avançados. Hoje o avanço técnico tanto

das aeronaves como dos meios para detectar ou solucionar quaisquer falhas serve de base para afastar o protecionismo outrora concedido. Não existe mais motivo para se privilegiar o transportador aéreo em detrimento de outros prestadores de serviços cujas atividades são reguladas pela nova legislação de consumo.

Atentando-se ao caso concreto, a empresa apelante alega "motivos técnicos, visando a segurança do vôo" (fl. 44) como fato que lhe retiraria a responsabilidade pelos danos causados ao apelado. Ora, não se concebe que uma empresa aérea, especialmente do seu porte, não tenha um planejamento de controle sobre a manutenção de suas aeronaves de modo a respeitar os horários de saída dos vôos já previamente escalonados. Algum atraso é possível e até concebível, porém 12 horas de atraso e ainda sob a alegação de que "não havia previsão em relação ao momento em que estariam concluídos os serviços de manutenção" (fl. 44), ultrapassa o limite de tolerância de qualquer passageiro. Deve-se atentar também para o fato noticiado à fl. 10 quanto ao estado de greve em que se encontravam na época os empregados da empresa por motivo salarial, peculiaridade que certamente influiu nas condições normais de trabalho da equipe e refletiu no adiamento de vôos.

No caso de transporte aéreo não se tem como negar a inserção das partes, o passageiro e a empresa aérea, no conceito legal de consumidor e de fornecedor, respectivamente, nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei n. 8.078/90.

A Lei de Consumo incide especialmente quanto à reparação do dano moral, constitucionalmente assegurada pelo artigo 5º, V e X.

A propósito as seguintes decisões dos tribunais superiores:

"Civil. Transporte aéreo. Atraso de vôo internacional. Dano moral. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Precedente da turma. Orientação do Supremo Tribunal Federal. Agravo desprovido.

"I — Nos termos da orientação firmada em precedente da Turma, o 'dano moral decorrente de atraso em viagem internacional tem sua indenização calculada de acordo com o CDC' (REsp n. 235.678-SP, DJ 14/2/2000)" (AGA n. 209763/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 18/4/2000).

"Indenização. Dano moral. Extravio de mala em viagem aérea. Convenção de Varsóvia. Observação mitigada. Constituição Federal. Supremacia.

"O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República — incisos V e X do artigo 5º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil" (RE n. 172720-9/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 6/2/96).

Mesmo que se procedesse na hipótese dos autos à aplicação da Convenção de Varsóvia que impõe ao

transportador a responsabilidade subjetiva com presunção relativa de culpa, a empresa apelante não se eximiria da obrigação de indenizar. Nos termos dos artigos 19 e 20:

Artigo 19: "Responde o transportador pelo dano proveniente do atraso no transporte aéreo de viajantes, bagagens ou mercadorias".

Artigo 20: "O transportador não será responsável se provar que tomou, e tomaram os seus prepostos todas as medidas necessárias para que se não produzisse o dano, ou que lhes não foi possível tomá-las".

Assim, não sendo justificativa plausível a necessidade de manutenção técnica da aeronave no momento do embarque a ponto de atrasar o vôo por 12 horas, resta o dever da apelante de indenizar os danos causados ao apelado.

Na mesma linha de pensamento disposta à aplicação do Código do Consumidor, a cláusula contratual que permite ao transportador alterar os horários de vôo sem assumir qualquer responsabilidade relativa às conexões é abusiva pois permite que a empresa, unilateralmente e fundada em quaisquer motivos que reputar convenientes, altere horários de vôo, fato que repercute, como no presente caso, no direito da outra parte contratante (o passageiro) que adere ao contrato de viagem pelas condições que lhe são convenientes e muitas vezes necessárias.

Nos termos do artigo 51, I, da Lei n. 8.078/90, é nula de pleno direito a cláusula abusiva inserta nos contratos.

Quanto ao dano moral entende-se não haver necessidade de prova.

"Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Atraso de vôo internacional. Dano moral. Prova do prejuízo. Fixação do quantum indenizatório.

"Provados o fato e as circunstâncias pessoais do viajante, para o reconhecimento do dano extrapatrimonial não se exige a prova do desconforto, da dor ou da aflição, que são admitidos através de um juízo da experiência. Precedente da Quarta Turma" (REsp n. 234472/SP, rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 5/12/2000).

Realmente a dor moral não é mensurável por isso a indenização visa apenas a compensá-la. A fixação do valor deve levar em conta alguns critérios tais como o grau de culpa do lesante, a gravidade da lesão, a situação econômica do lesante e do lesado. A culpabilidade da empresa não deixa de ser grave pois teve uma atitude até de desrespeito com os passageiros ao não atender às programações de vôo a pretexto de realizar manutenção técnica, que era sua obrigação. Sua conduta sem dúvida ocasionou desagrado e angústia ao apelado, que se programou antecipadamente para a viagem, mas por fato devido exclusivamente à empresa foi obrigado a esperar 12 horas até o embarque. O lesado é advogado e certamente possui uma boa situação social e a lesante é uma das maiores empresas aéreas do país, tendo perfeitas condições de arcar com a indenização.

O autor/apelado na inicial postulou a condenação da ré ao pagamento global de R$ 4.000,00 a título de dano moral e material. Embora não tenha discernido o valor de cada um, o juiz entendeu fixá-lo para o dano moral em R$ 3.700,83, resultado que

obteve deduzindo da importância pleiteada o valor do prejuízo material — R$ 299,17 — referente à perda de um dia do pacote. Pelo fato de a aferição do dano moral ser puramente subjetiva, o juiz não está adstrito ao valor pedido na inicial, que se considera estimado pelo autor e o qual pode inclusive pedir seu arbitramento.

Diante dos fatos, embora não tenha o apelado determinado na exordial o valor pretendido a título de dano moral, foi este bem fixado na sentença.

Quanto à não comprovação do dano material, razão assiste à apelante. Não há nos autos prova de prejuízos, sendo que o apelado limita-se a alegar que perdeu um dia de viagem (fl. 4), sem nenhuma determinação de perdas ou de valores. Além disso, engloba em uma só quantia (R$ 4.000,00) — a título de dano moral e material — o pedido de condenação, sem especificar o fundamento para a reparação do dano material, em desatenção ao artigo 286 do Código de Processo Civil, que exige pedido certo e determinado.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso para o fim de manter a condenação da apelante no pagamento de indenização por dano moral no valor fixado na sentença (R$ 3.700,83) e de afastar a condenação em relação aos danos materiais.

Como o apelado decaiu em parte mínima do pedido, continuará a apelante respondendo inteiramente pelas custas e honorários, nos termos do artigo 21, parágrafo único, do CPC.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 6 de agosto de 2001.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.002586-3, DE CRICIÚMA

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Propriedade industrial — Marca — Ação em defesa do uso exclusivo — Marcas cujo único ponto de coincidência é o patronímico "Tasca" — Existência de outros elementos em sua estrutura capazes de evitar confusão entre elas — Violação da marca não caracterizada — Recurso desprovido.

Não há falar de violação ao direito de uso exclusivo de marca se não há possibilidade de confusão entre a marca posteriormente registrada e a que se diz violada.

A possibilidade de confusão deve ser apreciada pela impressão de conjunto deixada pelas marcas. Havendo diferenças notáveis entre elas, tanto no aspecto visual como no aspecto ortográfico, im-

possível cogitar de imitação ou reprodução.

Apelo adesivo — Verba advocatícia fixada em quantia irrisória — Aumento — Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.002586-3, da comarca de Criciúma, em que é apelante Adair Tasca, sendo apelado Humberto Tasca:

ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores da Quarta Câmara Civil, sem voto discrepante, negar provimento ao apelo e dar provimento ao recurso adesivo interposto.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Criciúma, Adair Tasca propôs ação de abstenção de uso de nome ou marca contra Humberto Tasca, objetivando garantir o direito de uso exclusivo do nome "Tasca", o qual ambos os litigantes utilizam na exploração de serviços gerais de auditoria contábil, contabilidade e despachante em geral.

Para tanto, alegou ser titular da marca "Adair Tasca" desde 9/9/86, data em que promoveu o registro de seu nome no INPI, com o fito de utilizá-lo no exercício da atividade de contador/despachante.

Contestando, o réu afirmou que o patronímico "Tasca" nem sequer poderia ter sido registrado pelo autor como marca no INPI, ex vi do disposto no art. 65, item 12, da Lei de Propriedade Industrial.

Assinalou que usa o seu nome civil completo para identificar seu escritório de despachante, nome esse que não se confunde com a marca registrada pelo autor no INPI.

Sustentou que as normas reguladoras das marcas e nomes comerciais não impedem que pessoas de um mesmo patronímico venham a valer-se deste para exercer atividades comerciais idênticas.

Arrematou requerendo a improcedência do pedido inaugural, para que o autor fosse condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Regularmente processado, o feito culminou com sentença da lavra do Dr. Rogério Mariano do Nascimento, que houve por bem julgar improcedente o pedido inaugural, condenando o autor a pagar as custas processuais e a verba advocatícia, esta fixada no importe de 20% sobre o valor atribuído à causa.

Inconformado, o autor apelou afirmando que obteve para si o direito de uso exclusivo do patronímico "Tasca" ao promover o registro da marca "Adair Tasca" no INPI.

Disse que seu registro no INPI deve prevalecer sobre o registro promovido pelo réu no mesmo órgão, em respeito ao princípio da anterioridade.

Por fim, requereu a reforma do decisum prolatado, para que o apelado seja condenado a abster-se de continuar a utilizar o nome "Tasca" em sua atividade de prestador de serviço de auditoria contábil, contabilidade e de despachante em geral.

Dentro do prazo legal, o apelado ofereceu suas contra-razões e interpôs recurso adesivo, objetivando o aumento da verba advocatícia fixada na sentença.

Rebatido o apelo adesivo, ascenderam os autos a esta superior instância.

II — Voto

Extrai-se dos autos, como fato incontroverso, que o apelante é o legítimo proprietário da marca "Adair Tasca", marca essa que utiliza na exploração de serviços de auditoria contábil, contabilidade e de despachante em geral desde 1971. Segundo consta do documento de fl. 8, tal marca foi registrada nos arquivos do INPI em 9 de setembro de 1986, alguns anos após o apelante já ter dado início às suas atividades.

Por outro lado, infere-se que o apelado obteve para si, em data de 26 de fevereiro de 1991 (fl. 214), o registro da marca "Humberto Tasca", a qual também utiliza para exercer a atividade de despachante. Consoante se depreende dos autos, o apelado ingressou neste ramo por volta de 1981, ano em que seu irmão Luiz Henrique Tasca veio a falecer, deixando-lhe um escritório de despacho para tomar conta.

Diante desse contexto, pretende o apelante impedir que seu sobrinho Humberto Tasca, ora apelado, utilize o sobrenome "Tasca" como marca de serviço, alegando que a anterioridade de registro confere-lhe o direito de uso exclusivo do aludido patronímico, ao menos para exercer a atividade de despachante. Sob a ótica do apelante, a existência de dois despachantes com o mesmo sobrenome confunde o consumidor, como também abre a possibilidade de o apelado enriquecer-se às custas da boa reputação construída por outro membro da família.

Como se vê, a controvérsia em foco situa-se no campo do direito marcário. Em síntese, busca o apelante o reconhecimento da violação de sua marca, alegando que o apelado a teria reproduzido parcialmente.

Por mais que o apelante tenha se esforçado para caracterizar a ofensa de sua marca, o bom senso, aliado aos elementos de convicção trazidos a lume, impede que sua pretensão seja agasalhada. In casu, não há cogitar de infração ao direito de exclusividade ao uso de marca pela singela razão de as marcas serem distintas, não havendo possibilidade de confusão entre elas. Enquanto o apelante identifica seus serviços valendo-se do nome "Adair Tasca", o apelado utiliza o nome "Humberto Tasca". Note-se que, embora ambas as marcas tenham em comum a presença do patronímico "Tasca" em sua estrutura, tal nome faz-se acompanhar de outros elementos aptos a distinguir os serviços dos litigantes. Ao deparar-se com o letreiro "Escritório de Despachante Humberto Tasca", o consumidor sabe que ali os serviços de despacho são executados por Humberto Tasca, e não por Adair Tasca. Como se isso não bastasse, as marcas possuem um design gráfico completamente distinto, o que ajuda a evitar confusões entre elas. Enquanto a marca registrada por Humberto Tasca possui um triângulo como sinal distintivo, a marca de Adair Tasca é acompanhada de desenho em que a letra "A" encontra-se envolta em um círculo.

Em se tratando de marca é sempre bom salientar que a possibilidade de confusão deve ser apreciada tendo-se em mente a impressão deixada pelo seu inteiro conjunto. Não se pode ficar preso a uma só palavra de sua estrutura, como pretende o apelante. Sobre este detalhe, Carvalho de Mendonça alerta:

"Dá-se imitação, proibida legalmente, todas as vezes que a função da marca existente é turbada, ou melhor, quando a nova marca, apreciada no seu conjunto, produz a impressão de outra" (Mendonça, J. X. Carvalho. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. 7ª ed., São Paulo, Livraria Freitas Bastos, 1963, vol. V, parte I, pág. 267).

Por outro lado, não se pode perder de vista que as marcas em destaque consistem nos nomes civis dos litigantes. Ao tratar dessas espécies de marca, o ilustre comercialista João da Gama Cerqueira adverte:

"(...) se a lei admitisse, como marca, o simples nome das pessoas, sem outro característico, criaria um monopólio injusto em favor de quem primeiro o adotasse para aquele fim, em prejuízo de seus homônimos, que se veriam impedidos de usar o próprio nome, para qualquer fim comercial, sob pena de incorrerem nas sanções legais. Por esse motivo, o uso do nome continua livre, protegendo-se apenas a forma especial de que se reveste. Conseqüentemente, qualquer pessoa que tenha direito ao uso do mesmo nome, civil ou comercial, pode usá-lo e registrá-lo como marca, desde que lhe dê forma característica diferente, de modo a evitar qualquer confusão com outras marcas constituídas pelo mesmo nome".

Mais adiante, o referido autor arremata:

"O que a lei protege, portanto, é a forma original, distintiva, de que o nome se reveste. Essa forma característica da marca é que não pode ser apropriada por terceiros com direito a igual nome. Estes, porém, podem adotar o mesmo nome, sob outra forma, desde que não estabeleçam confusão entre as marcas. Se tal acontecer, a marca não será válida, não por causa do nome empregado, mas porque a forma adotada imita ou reproduz a anteriormente registrada, ou não exclui a possibilidade de confusão. Sem dúvida, é difícil evitar de modo completo o risco de confusão entre nomes idênticos ou semelhantes, malgrado a forma diferente de que se revistam; mas o respeito ao direito ligado ao nome das pessoas impõe o princípio exposto. Se algum inconveniente ou prejuízo resulta deste princípio, a culpa cabe a quem escolheu mal a marca" (Tratado da Propriedade Industrial. 2ª ed., São Paulo, RT, 1982, vol. II, págs. 803/805).

Nessa perspectiva é de se entender que a marca pertencente ao apelante não foi violada. Na hipótese sub studio têm-se marcas que podem coexistir sem problema algum, pois, apreciadas em seu conjunto, diferenciam-se claramente uma da outra. Ademais, não seria razoável impedir o apelado de utilizar o seu próprio nome civil para identificar-se perante o público consumidor. Como bem destaca o mestre Washington de Barros Monteiro, "(...) um dos mais importantes atributos da pessoa natural, ao lado da capacidade civil, e do estado, é o no-

me. O homem recebe-o ao nascer e conserva-o até a morte. Um e outro se encontram eterna e indissoluvelmente ligados. Em todos os acontecimentos da vida individual, familiar e social, em todos os atos jurídicos, em todos os momentos, o homem tem de apresentar-se com o nome que lhe foi atribuído e com que foi registrado" (Curso de Direito Civil. 23ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1984, vol. I, pág. 86).

Por esses motivos, não merece prosperar o apelo interposto.

Destino diverso, entretanto, há que trilhar o recurso adesivo agitado pelo apelado, visando ao aumento da verba advocatícia. Infere-se do dispositivo da sentença que ps honorários de sucumbência foram fixados em 20% sobre o valor da causa. Procedendo aos cálculos pertinentes, verifica-se que este valor resulta em quantia irrisória, próxima de R$ 52,00. Sendo assim, há que se dar provimento ao apelo adesivo, para que a verba honorária reste fixada em R$ 1.500,00, observado o disposto no art. 20, § 4º, do CPC. Registre-se, apenas à guisa de esclarecimento, que na hipótese em foco não incidem os limites de 10% e 20% estipulados no art. 20, § 3ª, do CPC, por não se tratar de caso de condenação.

III — Decisão

Nos termos do voto proferido pela Relatora, a Câmara decidiu negar provimento ao apelo e dar provimento ao recurso adesivo interposto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos.

Florianópolis, 23 de agosto de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente com voto;
Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.012846-6, DA CAPITAL

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Direito comercial. Empresas que desempenham atividades comerciais afins. Colidência de nome fantasia ("Só Tênis") utilizado por ambas para identificar suas lojas. Proteção ao título de estabelecimento por intermédio dos registros efetuados na junta comercial ou no INPI. Precedente do STJ. Prevalência do registro mais antigo efetuado em nome de firma individual. Ineficácia do registro levado a efeito pela apelada. Direito de uso do nome de fantasia reconhecido à apelante. Sentença reformada. Recurso provido.

I — Na ausência de uma disciplina legal voltada para a proteção do título de estabelecimento, a jurisprudência tem sugerido que a salvaguarda deste ocorra com base nos registros efetuados na Junta Comercial ou no INPI. A firma individual ou sociedade que primeiro registrar determinada expressão como nome de fantasia poderá utilizá-la, com exclusividade, em todo o território nacional, como elemento identificador de seus pontos comerciais.

II — Havendo mais de um registro do mesmo nome de fantasia, prevalece o mais antigo, tendo em vista os critérios da originalidade e novidade.

III — O comerciante individual, detentor do registro mais antigo, pode transferir à sociedade, da qual porventura venha a fazer parte, o direito de uso exclusivo de determinado nome de fantasia, tornando-a a única legitimada para usá-lo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.012846-6, da comarca da Capital, em que é apelante Delmonego e Cia. Ltda., sendo apelada Só Tênis Comércio de Materiais Esportivos Ltda.:

ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores da Terceira Câmara Civil, por unanimidade de votos, conhecer do recurso interposto e dar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuida-se de ação de preceito cominatório, cumulada com perdas e danos, proposta por Só Tênis Comércio de Materiais Esportivos Ltda. contra Delmonego e Cia. Ltda.

Segundo narra a peça portal, a empresa autora iniciou suas atividades no ramo de venda de calçados e materiais esportivos por volta de 1983, instalando sua primeira loja na Rua Anita Garibaldi, n. 90, no centro de Florianópolis.

Desde sua abertura, a referida loja passou a utilizar a expressão "Só Tênis" em sua fachada, expressão esta, aliás, que também constava do nome comercial da empresa, registrado e arquivado na Jucesc — Junta Comercial do Estado de Santa Catarina — em 23/6/83.

Em data de 1º/8/95, a empresa ré, que atuava no mesmo ramo de comércio na comarca de Joinville, optou por abrir uma filial no centro da cidade de Florianópolis, utilizando a expressão "Só Tênis" para identificar seu ponto comercial.

Argumentando estar sendo vítima de ato de concorrência desleal, a autora, então, pleiteou que a ré fosse condenada a abster-se de fazer uso da expressão "Só Tênis" como título de seu estabelecimento, bem como o pagamento de indenização.

Requereu, ainda, a concessão de medida liminar, para que a empresa ré fosse impedida de continuar utili-

zando a expressão “Só Tênis” na fachada de seu estabelecimento.

Regularmente citada, a ré apresentou resposta, em forma de contestação, argüindo, preliminarmente, a ocorrência de prescrição.

No mérito, afirmou estar explorando a expressão “Só Tênis” há mais tempo que a autora, razão pela qual não pode ser proibida de utilizá-la.

Esclareceu que a expressão guerreada já vinha sendo utilizada pelo sócio majoritário da empresa desde 1978, quando ainda exercia o comércio de forma individual. Quando sua firma individual deixou de existir, dando lugar à Delmonego e Cia. Ltda., o direito do uso do nome “Só Tênis” passou automaticamente a pertencer à ré.

Sustentou que a expressão “Só Tênis” não pode ser de uso exclusivo da autora, haja vista tratar-se de um neologismo composto por palavras de uso comum.

Alegou ter registrado em seu nome, nos arquivos do INPI, a marca “Só Tênis”, registro esse que segundo a jurisprudência dominante prevaleceria sobre qualquer outro efetuado em Junta Comercial.

Após outras considerações, que por brevidade ficam fazendo parte integrante deste, pleiteou a improcedência do pedido inicial, para que a autora fosse condenada a arcar com as custas processuais e honorários advocatícios.

Negada a liminar pleiteada pela autora e impugnada a peça contestatória, foi prolatado despacho saneador que afastou a preliminar de prescrição e designou data para realização de audiência de conciliação.

Em audiência, malograda a tentativa de acordo, as partes declararam que não pretendiam produzir outras provas.

Sentenciando, o douto Magistrado a quo houve por bem julgar procedente, em parte, o pedido inaugural, determinando à ré que se abstivesse de usar a expressão “Só Tênis” como nome comercial de sua filial nesta cidade, sob pena de pagamento de multa diária, no valor de R$ 500,00. Em conseqüência, condenou a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.000,00, na forma do art. 20, § 4º, do CPC.

Inconformada com a prestação jurisdicional entregue, a empresa ré interpôs, a tempo e modo, recurso de apelação, reprisando in totum os argumentos lançados em primeira instância.

Acrescentou apenas algumas considerações acerca do arbitramento da verba honorária, sustentando que a sentença teria incorrido em equívoco ao deixar de reconhecer a ocorrência de sucumbência recíproca.

Rebatido o apelo, ascenderam os autos a esta superior instância.

II — Voto

Compulsando atentamente os autos percebi que todo o desenrolar da causa ficou marcado pelo baralhamento dos conceitos de marca, nome comercial e título de estabelecimento. Por isso creio seja de bom alvitre iniciar resgatando a real acepção de cada um desses termos, para após, então, mergulhar no exame do caso concreto, sem o temor de incorrer em equívocos conceituais.

À semelhança do que ocorre com qualquer pessoa, toda empresa, quando nasce, precisa receber um nome que a identifique como sujeito de direito e que sirva para diferenciá-la das demais já existentes. Este nome é conhecido no meio doutrinário como sendo o "nome empresarial", ou "nome comercial".

Para cumprir sua função de distinguir determinada empresa das demais, o nome empresarial goza de proteção legal, a qual se inicia com o arquivamento dos atos constitutivos da firma individual ou da sociedade perante a competente Junta Comercial. Segundo se infere do art. 34 da Lei n. 8.934/94, o nome empresarial obedecerá aos princípios da veracidade e da novidade, de modo que fica vedada a adoção de nome que veicule informação falsa sobre o empresário, ou de nome igual ou semelhante a outro já existente.

Embora ambos sejam elementos individualizadores da empresa, jamais se pode confundir marca com nome empresarial. Como bem destaca Fábio Ulhoa Coelho,

"o nome empresarial e a marca se reportam a diferentes objetos semânticos. O primeiro identifica o sujeito de direito (o empresário, pessoa física ou jurídica), enquanto a marca identifica, direta ou indiretamente, produtos ou serviços" (Curso de Direito Comercial. São Paulo, Saraiva, 1998, vol. 1, pág. 175).

Da mesma maneira que o nome comercial, a marca também é objeto de proteção legal. A Constituição de 1988, no título reservado aos direitos e garantias fundamentais, assegura o privilégio à propriedade das marcas (art. 5º, inciso XXIX), tendo em vista os interesses econômicos e sociais que ao redor delas giram. A Lei n. 9.279/96, por sua vez, garante no território nacional a propriedade da marca e seu uso exclusivo àquele que obtiver o registro perante o INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), observando as disposições legais.

Além do nome empresarial e da marca, não se pode olvidar da existência de um terceiro elemento distintivo da empresa: o título de estabelecimento.

Em síntese, o título de estabelecimento nada mais é que uma expressão formada por palavras, ou mesmo uma sigla, que serve para identificar o local onde o comerciante exerce sua atividade mercantil.

Como se vê, portanto, não há confundir nome comercial, marca e título de estabelecimento. Trata-se de figuras completamente distintas, criadas pela doutrina e instituídas pela lei para identificar, respectivamente, a personalidade do comerciante, seus produtos e mercadorias, e seu local de comércio.

Vale salientar que essas três figuras podem abrigar em sua estrutura aquilo que se convencionou chamar de nome de fantasia.

No que diz respeito ao nome de fantasia, vale conferir as lições proferidas por De Plácido e Silva:

"Assim se diz de toda denominação ou designação, adotada pelo comerciante, para individualizar a sociedade que compuser, o estabelecimento de comércio ou suas mercadorias e produtos.

"Diz-se de fantasia por ser um nome imaginado e diferente do nome civil das pessoas físicas.

"Como nome comercial, destinado a personalizar a sociedade, o nome de fantasia somente se admite em certas espécies de sociedades: sociedades por cotas ou sociedades anônimas. Vulgarmente dizem-se denominações, para que se distingam dos nomes compostos pelos nomes dos sócios.

"Em regra, para ser tomado como nome comercial, o nome de fantasia deve referir-se a natureza do comércio ou indústria a ser explorado pela sociedade, a fim de que não se apresente uma burla ou uma mistificação.

"Quando, entanto, é escolhido como insígnia, para individualização do ponto ou do local, ou como nome do produto ou da mercadoria, o nome de fantasia não fica adstrito à realidade do comércio ou do produto" (in Vocabulário Jurídico, vols. III e IV, Ed. Universitária, Forense, 1ª ed., 1987, pág. 247).

Feitos esses esclarecimentos, torna-se fácil localizar o epicentro da controvérsia estampada nos autos. In casu, as partes digladiam-se para obter a exclusividade do uso de determinado título de estabelecimento. Esta é a única conclusão plausível a que se pode chegar, pois o nome comercial das contendoras é totalmente distinto. Enquanto a apelada adota como nome empresarial a denominação "Só Tênis Comércio de Materiais Esportivos Ltda.", a apelante responde pelo nome "Delmonego e Cia. Ltda.". Não se pode dizer, também, que o litígio esteja relacionado com uma marca criada pelas empresas, pois não há notícias nos autos de que utilizem a expressão "Só Tênis" para gravar mercadorias de seu fabrico ou para caracterizar serviços especiais por elas prestados. Por isso, é de se entender que a controvérsia circunscreve-se ao título de estabelecimento adotado pelas litigantes, o qual abriga em sua estrutura o mesmo nome de fantasia, qual seja, a expressão "Só Tênis".

Infelizmente, não há entre nós uma lei específica que regule a proteção dos títulos de estabelecimento. Durante muito tempo, mais precisamente entre 1934 e 1971, a legislação referente à propriedade industrial chegou a cuidar deste assunto, atribuindo ao DNPI — Departamento Nacional de Propriedade Industrial — o dever de organizar um registro protetivo de títulos de estabelecimento. Naquela época, toda a expressão que era registrada no referido órgão passava a gozar de proteção no âmbito do município em que o estabelecimento estivesse localizado. Em 1971, entretanto, tal sistema foi banido pela Lei n. 5.772, lei essa que instituiu um novo Código de Propriedade Industrial. Desde então, a proteção ao título de estabelecimento espera por uma regulamentação específica, apta a solucionar os casos de colidência que, não raramente, eclodem no meio empresarial.

Diante deste vacuum legis, a solução que a jurisprudência tem sugerido é a de tutelar o direito ao título de estabelecimento com base na anterioridade do registro da empresa na Junta Comercial, ou de sua marca, no INPI.

Nesse sentido:

"Direito comercial. Colidência de expressão ('pé quente') utilizada como título de estabelecimento por empresas da mesma área de atuação (revenda de loterias). Registro anterior na Junta Comercial de Santa Catarina. Prevalência sobre o registro de marca, posterior, no INPI. Novidade e originalidade como fatores determinantes. Arts. 59 e 64, da Lei n. 5.772/71. Recurso desacolhido.

"1. Tanto o registro realizado nas juntas comerciais (denominação social ou nome de fantasia), quanto o levado a efeito junto ao INPI (marca), conferem à empresa que os tenha obtido o direito de utilizar, com exclusividade, em todo o território nacional, a expressão que lhes constitui o objeto como título de estabelecimento, como sinal externo capaz de distingui-la, perante a generalidade das pessoas, de outras que operam no mesmo ramo de atividade.

"2. Havendo conflito entre referidos registros, prevalece o mais antigo, em respeito aos critérios da originalidade e novidade" (STJ — 4ª Turma — REsp n. 30.636-3/SC — rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — j. em 14/9/1993 — in RSTJ 53/220).

Do corpo do citado acórdão, colhem-se as seguintes lições:

"José Carlos Tinoco Soares, também mencionado no REsp n. 9.142—SP, admite, não obstante o disposto no art. 65, § 5º, da Lei n. 5.772/71, que a proteção ao título de estabelecimento se faça, junto ao INPI, por intermédio do registro de 'marca de serviço' (Tratado de Propriedade Industrial, vol. II, Ed. Resenha Tributária, SP, 1988, n. 662, pág. 994).

"Não encontro óbice a que a defesa do título de estabelecimento contra usurpações possa, de idêntico modo, ser assegurada pelo registro do contrato social na Junta Comercial, desde que dele conste como denominação ou nome de fantasia a expressão cujo uso exclusivo se pretenda resguardar.

"A empresa que insere em sua denominação, ou como nome de fantasia, expressão peculiar, manifestando, assim, inequívoco desejo de que sirva a identificá-la perante a generalidade das pessoas, passa, a partir do registro respectivo, a ter legitimidade para adotar referida expressão como sinal externo distintivo e característico e impedir que outra empresa que atue no mesmo ramo de comércio como tal a utilize.

(...)

"O que impende ressaltar, em essência, é que, da mesma forma como nos conflitos entre marca e nome comercial, prevalece o princípio da especificidade (art. 59 da Lei n. 5.772/71), também na solução de tais conflitos possuem relevo as exigências de originalidade e novidade a que alude o art. 64 do mesmo diploma, verbis:

'São registráveis como marca os nomes, palavras, denominações, monogramas, emblemas, símbolos, figuras e quaisquer outros sinais distintivos que não apresentem anterioridade ou colidência com registros já existentes (...)'".

In casu, portanto, há que se investigar os registros levados a efeito pelas empresas na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina e no INPI, a fim de verificar qual delas registrou an-

tes a expressão “Só Tênis”, manifestando de forma inequívoca a intenção de utilizá-la como elemento distintivo de seus negócios.

Segundo se infere dos documentos de fls. 162/164, a firma individual “João Félix Delmonego” obteve para si o registro da expressão “Só Tênis” em 1º/7/81, data em que arquivou na Junta Comercial uma “Alteração de Declaração de Firma Individual”, noticiando a abertura do primeiro estabelecimento comercial do Estado denominado “Só Tênis”.

A “Só Tênis Comércio de Materiais Esportivos Ltda.”, por sua vez, registrou seu contrato social na Junta Comercial em data de 22 de junho de 1983 (documentos de fls. 71/73).

Já a Delmonego e Cia. Ltda. levou a registro seu contrato social em data de 14 de setembro de 1983. Importante salientar que em seu ato constitutivo fica clara a sua intenção de utilizar a expressão “Só Tênis” como nome de fantasia. Frise-se, ainda, que, em 18 de maio de 1993, a mesma empresa registrou a expressão “Só Tênis” no INPI (fl. 170).

Sendo esta a ordem cronológica dos registros, pode-se afirmar que o direito de utilizar a expressão “Só Tênis”, como título de estabelecimento, pertence originalmente à firma individual de João Félix Delmonego. Sim, porque foi a primeira firma a fazer uso de tal expressão, tomando o cuidado, inclusive, de levá-la a registro na Junta Comercial. A respeito deste registro, vale frisar que a sentença incorreu em equívoco ao tachá-lo de ilegal. Em nossa legislação não há óbice que impeça um comerciante individual de registrar um nome de fantasia para identificar seu estabelecimento comercial ou seus produtos. O que não pode ocorrer é a inserção do elemento de fantasia na estrutura do nome comercial eleito pelo comerciante (Martins, Fran. Curso de Direito Comercial. 9ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, págs. 99/100). Segue-se daí que o registro levado a cabo pela referida firma nada tem de ilegal, e que as empresas litigantes só poderiam efetuar novamente o registro da mesma expressão mediante prévia autorização de João Félix Delmonego.

Acurado exame do conjunto probatório permite constatar que a Delmonego e Cia. Ltda. adquiriu para si o direito de uso da expressão “Só Tênis” no momento de sua constituição. Tal empresa pode ser identificada como sucessora da firma individual constituída por Félix Delmonego. Na qualidade de sócio fundador da referida empresa, João Félix Delmonego transferiu para esta não só o direito de usar o nome fantasia por ele criado, como também os estabelecimentos comerciais de sua propriedade, identificados pela expressão “Só Tênis”. A propósito, vale conferir os documentos de fls. 162/166 e 177/196.

Nesse contexto, é de se reconhecer a Delmonego e Cia. Ltda. como a verdadeira e única titular do direito de uso da expressão “Só Tênis” em o todo território nacional. Em conseqüência disso, a Só Tênis Comércio de Materiais Esportivos Ltda. não pode impedir que a Delmonego e Cia. Ltda. continue a utilizar o nome “Só Tênis” na fachada de sua loja recém-inaugurada em Florianópolis. Pouco importa que a apelada tenha levado a registro seu contrato social antes que a apelante. Não há emprestar importância alguma a este detalhe,

até porque, estando a expressão "Só Tênis" registrada em nome da firma individual de João Félix Delmonego, não poderia a apelada obter o registro da mesma expressão, com o idêntico propósito de utilizá-la como título de estabelecimento, a não ser, é lógico, que negociasse tal faculdade com o próprio João Félix Delmonego. Em outras palavras, o registro realizado pela apelada há que ser tido como totalmente ineficaz diante da anterioridade do registro levado a efeito por João Félix Delmonego.

Por essas razões, a sentença merece ser reformada, revertendo-se em favor da apelante a verba sucumbencial fixada em primeira instância.

III — Decisão

Nos termos do voto proferido pela Relatora, decidiu a Câmara conhecer do reclamo recursal e dar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 28 de agosto de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Relatora.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.014157-8, DE JOINVILLE

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Embargos à execução — Duplicatas teoricamente retidas em poder do devedor — Protestos tirados por falta de pagamento e aceite, com base em boletos bancários — Ausência de documentos comprobatórios da remessa das cártulas ao sacado — Irregularidades — Instrumentos de protesto imprestáveis para constituir título executivo — Processo extinto — Recurso provido.

I — "Admite-se o protesto por indicação de duplicata, com base em informações do boleto bancário, quando comprovados o envio daquela ao sacado e sua retenção por ele, mas não o protesto do próprio boleto, por não constituir título de crédito" (TJSC — Ap. Cív. n. 99.012334-0, de Balneário Camboriú — rel. Des. Pedro Manoel Abreu — j. em 19/10/2000).

II — Nos casos de retenção de duplicata, para que o instrumento de protesto tenha força executiva, há que ser obrigatoriamente extraído por falta de pagamento, de aceite e de devolução, não bastando que seja tirado somente pelos dois primeiros motivos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.014157-8, da comarca de Joinville (4ª Vara), em que figura como apelante Comercial Hidrobombas Ltda., sendo apelada Ariribá Mineração Ltda.:

ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Civil, sem voto discrepante, dar provimento ao recurso interposto, para extinguir o processo de execução.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Joinville, Ariribá Mineração Ltda. propôs ação de execução contra Comercial Hidrobombas Ltda., dizendo-se credora da importância de R$ 2.652,80, valor esse representado nos autos pelos instrumentos de protesto de seis duplicatas emitidas em desfavor da ré, devidamente acompanhados dos comprovantes de entrega das mercadorias.

Seguro o juízo, a execucional foi embargada, requerendo a embargante, preliminarmente, a extinção do processo, tendo em vista a ausência de título executivo hábil para instruí-lo.

Destacou que os instrumentos de protesto e os documentos comprobatórios de entrega de mercadorias exibidos pela exeqüente jamais poderiam suprir a ausência das duplicatas representantes da dívida.

Ainda em sede proemial, disse que os documentos juntados pela embargada para comprovar a entrega das mercadorias seriam imprestáveis para tal fim, eis que vários campos reservados para preenchimento de informações teriam sido deixados em branco.

No mérito, alegou nunca ter recebido qualquer espécie de mercadoria da embargada, afirmando desconhecer a assinatura lançada nos comprovantes de entrega exibidos nos autos da execucional.

Houve réplica por parte da embargada (fls. 19/21).

A audiência de conciliação designada restou infrutífera.

Sentenciando, o douto Magistrado a quo houve por bem julgar improcedentes os embargos do devedor opostos, condenando a embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da dívida.

Inconformada, a embargante lançou mão do competente recurso de apelação, objetivando a reforma do decisum, ao argumento de que não vieram aos autos os títulos executivos essenciais à propositura da demanda; que os protestos foram tirados de forma irregular, sem a prévia comprovação da remessa das duplicatas para aceite e com base apenas em boletos bancários; e que os documentos acostados para comprovar a entrega das mercadorias seriam imprestáveis para tanto.

Ofertadas as contra-razões de recurso, ascenderam os autos a esta superior instância.

II — Voto

Em se tratando de execução de crédito representado por duplicata, importante ter em mente que a modalidade do aceite praticada — ordinário, por comunicação ou por presunção —

é que definirá quais os requisitos necessários para a formação do título executivo.

Discorrendo sobre o assunto, Fábio Ulhoa Coelho esclarece:

"(...) se o aceite ocorrido foi o ordinário, ou seja, resultante da assinatura do comprador lançada no campo apropriado da duplicata, bastará o título de crédito para a constituição do título executivo. O seu protesto será necessário ou facultativo exclusivamente em função da categoria a que pertence o devedor — necessário contra o coobrigado, facultativo contra o devedor principal.

"Caso o aceite praticado tenha sido o por comunicação, o título executivo será a própria carta enviada pelo comprador ao devedor, em que se informa o aceite e a retenção da duplicata. Nos termos do art. 7º, § 2º, da LD, esta comunicação substitui a cártula no protesto e na execução. (...)

"Finalmente, em relação ao aceite por presunção, quando o comprador não assina a duplicata, retendo-a ou devolvendo-a, mas recebendo as mercadorias adquiridas, a constituição do título executivo depende da reunião dos seguintes elementos:

"a) protesto cambial — a duplicata deve ser protestada, seja com a exibição do título, seja por indicações. No primeiro caso, a cártula é elemento constitutivo do título executivo, devendo ser acompanhada do respectivo instrumento de protesto; no segundo caso, somente o instrumento de protesto será elemento do título executivo; e

"b) comprovante da entrega da mercadoria — a constituição do título executivo, na hipótese de aceite por presunção, compreende, obrigatoriamente, a prova escrita de recebimento da mercadoria pelo comprador" (Manual de Direito Comercial. 11ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1999, págs. 274/275).

Na hipótese dos autos, percebe-se que a apelada lançou mão da via executional alegando que teria sacado seis duplicatas em desfavor da apelante e que o aceite destas ter-se-ia dado por presunção.

Segundo a versão historiada pela apelada, os seis títulos de crédito foram remetidos à apelante, a qual houve por bem retê-los em seu poder, sem explicar por que estaria agindo dessa forma. Em função disso, o protesto das duplicatas foi feito por indicações (art. 13, §1º, da Lei n. 5.474/68), aperfeiçoando-se, assim, o aceite por presunção.

Bem, se teoricamente o aceite das cártulas sacadas contra a apelante deu-se por presunção, então, a constituição dos títulos executivos para instruir o processo em foco dependeria da reunião apenas de dois elementos: os instrumentos de protesto e os documentos comprobatórios da entrega das mercadorias. Importante frisar que, in casu, não seria necessário juntar as duplicatas retidas, ou mesmo as possíveis triplicatas extraídas para substituí-las, de modo que os portões da via executional fossem abertos. A propósito, analisando caso semelhante ao dos autos, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Execução. Duplicata não devolvida. Protesto por indicações.

"A execução de duplicata remetida para aceite e não devolvida faz-se com base no instrumento de protesto,

tirado por indicações, sendo desnecessária a extração de triplicata" (STJ — 3ª T. — REsp n. 121.066/PR — rel. Min. Eduardo Ribeiro — DJU de 24/4/2000).

Manuseando-se os autos do processo de execução, percebe-se que a apelada tomou o cuidado de promover a juntada dos seis instrumentos de protesto extraídos (fls. 20, 23, 26, 28, 31 e 34), bem como dos documentos comprobatórios da entrega das mercadorias (fls. 21, 24, 29, 32 e 35).

À primeira vista, portanto, poderia até se dizer que o processo de execução em questão teria sido regularmente instaurado, eis que instruído com títulos executivos extrajudiciais regularmente formados por meio da conjugação dos instrumentos de protesto e dos comprovantes de entrega das mercadorias. Exame mais aprofundado dos autos, entretanto, conduz a conclusão diversa.

Na espécie, observa-se que os seis protestos foram tirados sem que se comprovasse o envio das duplicatas para que a apelante firmasse ou não os aceites. Nota-se que o endossatário-mandatário (banco Bradesco) valeu-se apenas dos comprovantes de entrega de mercadoria e dos boletos bancários de fls. 19, 22, 25, 27, 30 e 33 para tirar os protestos. Aliás, analisando os instrumentos de protesto trazidos aos autos, verifica-se que não foram extraídos por indicações, mas sim com base nos mencionados boletos, como se estes fossem verdadeiros títulos de crédito equiparados às duplicatas. Tanto é verdade que em cinco dos seis instrumentos de protesto nem sequer consta a informação de que os dados das duplicatas estariam sendo obtidos por indicação. Consta, sim, que os protestos estariam sendo tirados mediante apresentação das próprias duplicatas, como se os boletos pudessem se equiparar a elas. Ora, é de conhecimento geral que isso jamais poderia ocorrer. Boletos bancários não são duplicatas, nem podem ser equiparados a estas. Colhe-se da jurisprudência:

"O denominado 'boleto bancário de cobrança', não guardando equiparação, por sua emissão atípica, à duplicata ou a qualquer outro título de crédito, não é documento cambial que viabilize o ajuizamento do processo de execução, ainda que acompanhado de notas fiscais de serviço e protesto, este, aliás, tirado de modo indevido" (TJSC — Ap. Cív. n. 96.005426-0, de Campos Novos — rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 14/5/98).

Ou ainda:

"Execução. Título extrajudicial. Boleto bancário de cobrança. Equiparação a título de crédito. Inadmissibilidade. Extinção do processo. Recurso provido.

"O boleto bancário de cobrança, mesmo que protestado irregularmente e acompanhado de notas fiscais, não se equiparando à duplicata ou a qualquer título de crédito, não é título executivo extrajudicial embasador de execução" (TJSC — Ap. Cív. n. 88.070717-1, de Pinhalzinho, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Como se tudo isso não bastasse, percebe-se que os protestos em foco foram extraídos apenas por "falta de pagamento e aceite". Ora, se as duplicatas foram realmente retidas em poder da apelante, os protestos deveriam ter sido tirados não só pelos dois

referidos motivos, mas também por falta de devolução, de modo que pudessem justificar a ausência das duplicatas e servir como título executivo.

Tecendo comentários a respeito da execução de duplicata retida indevidamente, o mestre Antônio Carlos Costa e Silva esclarece:

"Remetida a duplicata para o aceite, e não devolvida, há sempre uma expectativa de que, não obstante, o pagamento se possa realizar. 'O pagamento — escreve Paulo Lacerda — consiste na efetividade da prestação em dinheiro que a cambial exprime'. Se o sacado cumpre a ordem dada, a cambial extingue-se em paz. 'Se não paga — prossegue o grande mestre — a cambial falece, deixa de circular como título de crédito, mas agitando-se na sobrevida, tantas vezes longa e dolorosa, da sua liquidação'. A agitada sobrevida da duplicata principia, então, pelo protesto por falta de pagamento, ao que, no caso específico de retenção indevida, se deve acrescer o protesto à míngua de devolução e aceite.

(...)

"Acode-nos, pois, que somente se legitima, ativamente, para a execução da duplicata não aceita, não devolvida e não paga, quem extrair protesto pelas três faltas do sacado" (A Cobrança e o Procedimento Executivo da Duplicata. 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1986, págs. 88/89).

Diante desse cenário, não há negar que os instrumentos de protesto foram extraídos de forma irregular. Trata-se, portanto, de documentos despidos de força executiva, o que nos leva a concluir pela extinção da execucional detonada.

Em litígio similar, aliás, assim se pronunciou este Tribunal:

"Ação de execução. Pretensão pautada em comprovantes de entrega de mercadoria e protestos de duplicatas fundados em boletos bancários. Não apresentação de duplicata. Inexistência de prova de envio do título ao sacado para aceite e de não devolução no prazo legal. Impossibilidade de protesto por indicação. Ausência de título executivo hábil. Extinção do processo. Sentença mantida.

"Admite-se o protesto por indicação de duplicata, com base em informações do boleto bancário, quando comprovados o envio daquela ao sacado e sua retenção por ele, mas não o protesto do próprio boleto, por não constituir título de crédito.

(...)

"A prática vivenciada nas transações comerciais, com a crescente informalidade das negociações, não possui o condão de equiparar o 'bloqueto' bancário acompanhado de nota fiscal à duplicata, título de crédito munido de eficácia executiva, sob pena de se estar criando exceção indevida ao princípio da cartularidade"(Ap. Cív. n. 99.012334-0, de Balneário Camboriú — rel. Des. Pedro Manoel Abreu — j. em 19/10/2000).

Por esses motivos, o reclamo recursal deve ser acolhido, de modo que a execucional seja extinta e invertida em favor da apelante a verba honorária arbitrada na sentença.

III — Decisão

Nos termos do voto proferido pela Relatora, a Câmara decidiu dar provimento ao recurso interposto, pa-

ra extinguir o processo de execução detonado contra a apelada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos.

Florianópolis, 6 de setembro de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente com voto;
Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Relatora.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.004207-0, DE POMERODE

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Execução fiscal — Estado falimentar — Superveniência — Juros de mora — Inadmissibilidade em face da falência — Penhora no rosto dos autos da quebra — Reclamo parcialmente provido, com ressalva do relator.

"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 Decreto-Lei 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, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

"Se a decretação da falência é anterior à ordem de penhora, esta se faz no rosto dos autos da falência e não diretamente sobre determinado bem da Massa, continuando normalmente seu curso o executivo fiscal, até julgamento final" (Min. Djaci Falcão).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 01.004207-0, da comarca de Pomerode, em que é agravante o Estado de Santa Catarina, sendo agravada Massa Falida de Weege Indústria Alimentícia Ltda.:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso, para, em conseqüência, determinar se proceda à penhora no rosto dos autos da quebra.

Custas na forma da lei.

O Estado de Santa Catarina, por seu procurador, manejou agravo de instrumento combatendo ato interlocutório que nos autos de ação de execução fiscal que move em face de Massa Falida de Weege Indústria Alimentícia Ltda. ordenou, ante a falência do devedor, a amortização do saldo devedor com a exclusão da multa fiscal e dos juros de mora.

Sustentou que em executivo fiscal desencadeado em face de massa falida a penhora se processa no rosto dos autos da quebra e prosseguiu destacando que o digno Togado singular não poderia ter excluído os juros de mora, reconhecendo o acerto do decisum guerreado no tocante à multa fiscal.

Não houve resposta.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo, opinou pelo parcial provimento da irresignação.

É o breve relato.

Acerca da possibilidade de exclusão de ofício das verbas questionadas, o relator deste feito é vencido no órgão fracionário, acompanhando, entretanto, a douta maioria, com ressalva de tal matéria.

Quanto ao mais, o inconformismo colhe parcial provimento.

Não apenas a multa fiscal, mas também os juros de mora são verba intolerável em face da massa falida ex vi do art. 26 da Lei de Falências: "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 Decreto-Lei 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).

Veja-se ainda, na mesma toada: AI n. 99.015539-0, de Brusque, Des. Newton Trisotto; AI n. 99.015509-9, de Brusque, Des. Eder Graf; AI n. 99.015501-3, de Brusque, Des. Gaspar Rubik; e Ap. Cív. n. 99.000113-0, de Blumenau, Des. Pedro Manoel Abreu.

Quanto à penhora no rosto dos autos, razão assiste ao irresignado.

Cuida-se de singela averbação na primeira folha dos autos da quebra, objetivando reserva de importância à satisfação do crédito tributário, que goza de privilégio e não se sujeita à habilitação em concurso de credores, falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento, conforme se colhe dos preceptivos dos arts. 29 da Lei de Execuções Fiscais e 187 do CTN.

Assim, resulta franqueado à Fazenda o manejo do executivo fiscal, impondo-se a penhora no rosto dos autos da falência apenas quando decretada a quebra anteriormente à detonação da execucional, que se instauraria, portanto, já em face da massa ou se ul-

timada a penhora após o decreto falencial, como sucede nos autos.

Sobre o tema proclamou o Pretório Excelso: "Se a penhora é anterior à decretação da falência, continua o bem diretamente vinculado à administração do Juízo Federal até liquidação final. Se, porém, a decretação da falência é anterior à ordem de penhora, esta se faz no rosto dos autos da falência e não diretamente sobre determinado bem da Massa, continuando normalmente seu curso o executivo fiscal, até julgamento final" (RE n. 79.456, Min. Djaci Falcão, in RTJ 72/578).

E no mesmo vértice cristalizou esta Corte: "Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no Juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo de quebra, citando-se o síndico. Súmula 44 do extinto TFR" (AI n. 98.000073-4, de Blumenau, Des. Pedro Manoel Abreu).

Veja-se também: AI n. 98.000075-0, de Blumenau, Des. Newton Trisotto; AI n. 98.000072-6, de Blumenau, Des. Gaspar Rubik; AI n. 98.000074-2, de Blumenau, Des. Alcides Aguiar; e Ap. Cív. n. 45.178, de Sombrio, Des. Francisco Borges.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao agravo para, em conseqüência, determinar se proceda à penhora no rosto dos autos da quebra.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Cézar Medeiros e Torres Marques, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 23 de agosto de 2001.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO NS. 01.006858-3 E 01.007773-6, DE ABELARDO LUZ

Relator: Des. Francisco Oliveira Filho

Agravos de instrumento dirigidos a capítulo da sentença que deferiu antecipação de tutela determinando ao Estado o depósito de quantia tendente a custear despesas médicas indispensáveis à manutenção da vida da autora de ação de reparação de danos em acidente de veículo — Possibilidade de julgamento simultâneo dos recursos — Inexistência de óbice à concessão da tutela antecipada em sentença — Capítulo impugnável mediante agravo — Óbice da Lei n. 9.494/97 superado mediante a exegese aplicada pelo STF no julgamento do pleito liminar na ADIn n. 223 — Requisitos à concessão da tutela antecipatória preenchidos — Premência das intervenções médico-cirúrgicas demonstrada — Necessidade de

majoração do quantum *fixado no* decisum — *Provimento parcial do agravo da acidentada e desprovimento do reclamo do Estado.*

Havendo identidade de partes e de causa petendi, *não há óbice à reunião de agravos de instrumento para julgamento simultâneo, aplicando-se analogicamente, para tanto, os arts. 103 e seguintes do Cânone Instrumental.*

"Nenhum óbice legal há a que, em uma mesma peça, profira o juiz a sentença e defira a tutela antecipada, que poderia ter concedido antes, mas que não o fizera por qualquer razão, inclusive eventual produção de provas apenas em audiência, ou melhor e mais acurada análise da prova somente quando da oportunidade do julgamento antecipado. Não seria evidentemente jurídico e justo negar-se a tutela antecipada, quando presentes seus pressupostos.

"Em uma mesma peça, proferida a sentença e deferida a tutela antecipada, há independência entre as duas ordens de decisão: a interlocutória, de antecipação da tutela, e a sentença, resolvendo o mérito. O fato de os provimentos constarem de uma mesma peça não iguala suas respectivas naturezas nem os sujeita aos mesmos efeitos. Cada qual desafia instrumento específico de impugnação, com efeitos próprios. Assim, da interlocutória de antecipação de tutela, cabe agravo de instrumento, sem efeito suspensivo, que, se o caso, pode ser concedido pelo relator; da sentença cabe apelação" (TJDF, in *Revista Jurídica, n. 246, pág. 74).*

"As restrições legais ao poder cautelar do Juiz, dentre as quais sobreleva a vedação de liminares contra atos do Poder Público (art. 1º da Lei n. 8.437/92), consoante orientação do STF (RTJ 132/571), devem ser interpretadas mediante um controle de razoabilidade da proibição imposta, a ser efetuado em cada caso concreto, evitando-se o abuso das limitações e a conseqüente afronta à plenitude da jurisdição do Poder Judiciário" (AI n. 97.001945-9, da Capital, Des. Eder Graf).

"A exigência da irreversibilidade inserta no § 2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina" (2ª Turma, REsp n. 144.656-ES, Min. Adhemar Maciel).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 01.006858-3, da comarca de Abelardo Luz, em que é agravante Debora Andréa Roman Gantzel, sendo agravado o Estado de Santa Catarina, e n. 01.007773-6, em que é agravante o Estado de Santa Catarina e agravados Douglas Hermes Gantzel e outros:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo deduzido pelo Estado de Santa Catarina e dá-lo ao manejado por Debora Andréa Roman Gantzel para fixar o quantum deferido em tutela antecipada em R$ 90.000,00 (noventa mil reais), vencido parcialmente o Des. Newton Trisotto neste último quanto à não-exigência de prévia caução.

Custas na forma da lei.

Debora Andréa Roman Gantzel, irresignada com o capítulo da sentença que, nos autos da Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais c/c Lucros Cessantes por Ato Ilícito n. 001.98.000702-0, movida por aquela, Douglas Hermes Gantzel, Diamantino Roman e Irma Luíza Roman em face do Estado de Santa Catarina, concedeu-lhe parcialmente tutela antecipatória com o fito de determinar ao réu o depósito de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais) em seu favor, interpôs agravo de instrumento almejando a majoração daquele montante ao patamar de R$ 275.000,00 (duzentos e setenta e cinco mil reais).

Relatou a agravante que, naquela ação, almejava-se a reparação de danos decorrentes de acidente de trânsito ocorrido em 25/1/1998, em que preposto do réu, embriagado, conduzindo veículo da propriedade deste último na contramão da direção, abalroou o automotor em que ela, juntamente com os demais autores da actio, se encontravam, causando-lhes severos danos físicos e seqüelas irreversíveis, além de ter sido ceifada a vida do feto que carregava em seu ventre, já no sexto mês de gestação.

Salientou que o montante, destinado a suprir despesas médicas imediatas, bem como a ressarcir os gastos já efetivados, não é suficiente, eis que está a padecer de insuficiência renal crônica, hipertensão arterial, bem como distúrbio de coagulação de origem indefinida. Destacou que seu quadro clínico é gravíssimo e que não possui renda suficiente para cobrir os gastos dos tratamentos indispensáveis a mantê-la viva.

Requereu a concessão de efeito ativo e, ao final, a procedência do pleito recursal.

Aquele foi negado em decisão da lavra do Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos (fls. 282 a 285).

Em resposta, o Estado de Santa Catarina argüiu, com base na Lei n. 9.494/97, o não cabimento da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública. Além disso, sustentou ter havido ofensa ao § 2º do art. 273 do Cânone Processual, eis que o provimento judicial deferido é irreversível. Pugnou, também, no sentido do reconhecimento do ferimento ao princípio do duplo grau de jurisdição em face da ausência da confirmação da decisão em segunda instância, haja vista a indispensabilidade do reexame necessário. Apontou, ainda, a necessidade de expedição de precatório para co-

brança de dívidas da Fazenda Pública.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira, manifestou-se no sentido do provimento parcial do reclamo para se fixar o valor a ser depositado em R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), quantum que entende adequado.

Do mesmo capítulo da sentença agravou o Estado de Santa Catarina, reiterando as assertivas trazidas à tona na resposta ao agravo interposto pela parte ex adversa. Pugnou a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do reclamo para se denegar a tutela antecipatória.

O eminente Des. Jaime Ramos negou o efeito colimado.

Em resposta, sustentou-se, prefacialmente, ter havido preclusão consumativa da faculdade de recorrer, pois pedido de desistência do procedimento recursal formulado pelo Estado de Santa Catarina teria sido homologado pelo relator desses autos. No mérito, foi combatida a tese apresentada na exordial desses autos.

O Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinou no sentido do desprovimento do reclamo.

É o relatório.

Primeiramente, é de se destacar que não há óbice ao julgamento conjunto e simultâneo de ambos os agravos de instrumento acima relatados. Verifica-se que tanto um quanto outro dirigem-se à mesma decisão interlocutória, expressa em um capítulo da sentença prolatada nos autos suso descritos. De um lado, pretende-se a majoração da verba fixada para depósito em decisão antecipatória de tutela; de outro, pretende-se a denegação do pedido antecipatório. Vê-se que os pleitos recursais, na realidade, são dois lados da mesma moeda. Não há dúvidas, dessarte, de que há conexão entre os reclamos, impondo-se a aplicação, ainda que analógica — já que, na espécie, está-se no âmbito recursal —, dos arts. 103 e seguintes do Cânone Processual. A propósito, mutatis mutandis, veja-se: "Havendo conexidade entre duas causas e com sentença única dirimindo-as, impõe-se a reunião dos recursos visando também a um só julgamento" (Apelações Cíveis ns. 98.010918-3 e 98.010854-3, de Criciúma, Des. Alcides Aguiar).

Malgrado a temática não tenha sido debatida nos autos, convém destacar, ab initio, que não há vedação à concessão de tutela antecipatória em sentença. Fernando César Zeni, abordando a quaestio, explica que, "deferida no bojo da sentença, a tutela antecipatória se constitui num capítulo desta, o que pode ser cumulado. Nada há de injurídico com tal conduta pelo magistrado, uma vez que estaria agindo dentro do que lhe permite o artigo 458, inciso III, do CPC, pois os capítulos da sentença são 'as questões preliminares que o juiz deva apreciar a fim de decidir sobre a admissibilidade da tutela jurisdicional, assim como as preliminares de mérito, as questões prejudiciais e cada um dos pedidos cumulados em simultaneus processus. Há, por isso, na sentença, tantas decisões distintas quantos forem os capítulos ali formalmente unidos e aglutinados num só ato processual (...). O valor do bem ou

interesse em contenda, nesse caso, pode dar origem, quantitativamente, a tantos capítulos quantas forem as variações numéricas que o fato possa suscitar'.

"Assim, quando o juiz for constituindo gradualmente as questões prejudiciais de mérito (condições da ação), ao chegar na análise do(s) pedido(s), pode e deve deferir a antecipação da tutela, antes de formalizar a coisa julgada, formando mais um capítulo da sentença, tão-somente" (Deferimento do Pedido de Tutela Antecipatória na Sentença. Novas Considerações. In Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais, vol. 4, São Paulo, RT, 2001, pág. 362).

É de se observar, ainda, o seguinte excerto de julgado da lavra do eminente Des. Alcides Aguiar:

"'Embora possa parecer um contra-senso antecipar a tutela na sentença que aprecia a lide, desvirtuando a própria finalidade daquele instituto, que é o de afastar os efeitos nefastos da morosidade processual, estimo viável a construção suso referida, possibilitando, de tal modo, contornar o sistema recursal vigente entre nós, que privilegia o efeito suspensivo.

'Não existe, ademais, nenhuma teratologia na concessão da tutela antecipada na sentença de mérito, também admitida por J. J. Calmon de Passos e Teori Albino Zavascki, este último observando a seguinte hipótese: 'E se a situação de perigo se configurar estando o processo pronto para receber sentença? Há duas soluções possíveis. Se não for o caso de reexame necessário, nem de apelação com efeito suspensivo, sentencia-se e executa-se provisoriamente a própria sentença. Se, no entanto, for caso de reexame necessário ou de apelação com efeito suspensivo, a antecipação da tutela — que nada mais significará senão autorização para execução provisória — será deferida na própria sentença (desde que, obviamente, estejam preenchidos os requisitos do art. 273 do CPC)'.

'Luiz Guilherme Marinoni, no mesmo sentido, preleciona que 'o juiz até poderá proferir a decisão interlocutória (tutela antecipatória) e a sentença em uma mesma peça (ato formalmente único)'.

'O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, examinando a mesma hipótese, assim decidiu:

'Antecipação de tutela — Concessão no bojo da sentença — Possibilidade — Efeitos — Recursos — Execução — Art. 273, §§ 3º e 5º, do CPC.

'Nenhum óbice legal há a que, em uma mesma peça, profira o juiz a sentença e defira a tutela antecipada, que poderia ter concedido antes, mas que não o fizera por qualquer razão, inclusive eventual produção de provas apenas em audiência, ou melhor e mais acurada análise da prova somente quando da oportunidade do julgamento antecipado. Não seria evidentemente jurídico e justo negar-se a tutela antecipada, quando presentes seus pressupostos.

'Em uma mesma peça, proferida a sentença e deferida a tutela antecipada, há independência entre as duas ordens de decisão: a interlocutória, de antecipação da tutela, e a sentença,

resolvendo o mérito. O fato de os provimentos constarem de uma mesma peça não iguala suas respectivas naturezas nem os sujeita aos mesmos efeitos. Cada qual desafia instrumento específico de impugnação, com efeitos próprios. Assim, da interlocutória de antecipação de tutela, cabe agravo de instrumento, sem efeito suspensivo, que, se o caso, pode ser concedido pelo relator; da sentença cabe apelação.

'Interposto recurso de apelação, corretamente recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo, mas não interposto recurso de agravo da decisão interlocutória, o efeito suspensivo daquela não empolga esta. A decisão de antecipação de tutela, como lhe é inerente, reclama imediata execução, nos termos do art. 273, §§ 3º e 5º, do CPC.

'Como os efeitos da apelação não podem abranger a decisão de antecipação de tutela, que desafiava, por sua específica natureza, agravo, não cabia aos ora agravantes agravar da decisão que recebeu, no duplo efeito, a apelação. O duplo efeito só envolve a sentença, não, repita-se, a decisão de antecipação de tutela' (AI n. 8.741/97, 3ª Turma, Revista Jurídica 246, pág. 74)'" (Apelações Cíveis ns. 98.010918-3 e 98.010854-3, de Criciúma).

Por conseguinte, de clareza solar que a tutela antecipada deferida em sentença desafia recurso próprio, qual seja, o agravo de instrumento. Acresça-se a isso que o princípio da fungibilidade recursal outrossim consiste em empecilho ao não conhecimento deste reclamo, pois se eventualmente se admite o mais não há cogitar de se proibir o menos. É que, não existindo vedação legal expressa e havendo controvérsia na doutrina acerca de qual o instrumento recursal mais adequado para impugnar determinada decisão judi- cial, não há se impor óbice ao conhecimento de recurso, quanto mais se o eleito é o agravo de instrumento, cujo prazo é inferior ao da apelação. Superada, portanto, a celeuma.

Alega o ente público irresignado ofensa ao duplo grau de jurisdição. No entanto, razão não lhe assiste, data venia. Luiz Guilherme Marinoni, apontando as lições tanto de Mauro Cappelletti quanto de Edoardo Ricci, bem recorda que "o duplo grau não pode ser considerado um princípio fundamental de justiça, já que ele não garante a qualidade e a efetividade da prestação jurisdicional — esse sim um direito garantido pelas Constituições modernas —, direito que, para ser efetivo, exige uma resposta jurisdicional em um prazo razoável, exigência difícil de ser atendida em um sistema em que estão presentes dois juízos repetitivos sobre o mérito.

"É importante esclarecer que nenhum outro ordenamento, nem na Itália nem em qualquer outro país — nem mesmo na França, onde a idéia do double degré de juridiction parece estar particularmente arraigada —, considera o duplo grau de jurisdição como uma garantia constitucional. Ao contrário, em quase todos os países existem mitigações do duplo grau, justamente para atender ao princípio fundamental de acesso à justiça.

"Embora o duplo grau possa ser considerado importante para uma maior segurança sobre a justiça da decisão, a verdade é que ele não é vital para o bom funcionamento da justi-

ça civil. Nos casos de matéria unicamente de fato, ou pelo menos em algumas hipóteses de matéria exclusivamente de fato, o duplo grau deve ser dispensado em nome do direito de acesso à justiça ou, mais precisamente, em nome de uma maior qualidade e tempestividade da prestação jurisdicional. (...)

"Se a demora beneficia o réu que não tem razão e gera o descrédito do Poder Judiciário, é necessário, inclusive para a própria estabilidade do poder, a racionalização do uso do duplo grau" (Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, 3ª ed., São Paulo, RT, 1999, págs. 218 e 219).

Com efeito, a antecipação dos efeitos de fato da tutela jurisdicional reclamada, em se tratando da Fazenda Pública, em princípio imporia o aguardo do reexame necessário, que é condição de eficácia do pronunciamento jurisdicional. Veja-se, porém, ad argumentandum tantum, que, ao contrário do que sustentam alguns autores de renome — um dos quais inclusive restou mencionado —, o reexame necessário não obsta a eficácia da prestação jurisdicional positiva, que, desde logo, pode ser executada, ainda que provisoriamente.

Ainda, sustenta o Estado de Santa Catarina, no recurso que interpôs e na resposta à súplica deduzida pela parte ex adversa, afronta à Lei n. 9.494/97, haja vista a vedação legal à concessão de tutela antecipatória contra a Fazenda Pública.

No entanto, data venia, razão não lhe assiste. Afinal, há jurisprudência iterativa admitindo a concessão daquela modalidade de tutela de urgência em hipóteses que tais, em que se impõe uma interpretação mais razoável, que coadune com as garantias constitucionais e com as exigências particulares de cada caso, sob pena de se impedir o pleno exercício da jurisdictio pelo Poder Judiciário. Não é outra a exegese que se subsome do seguinte aresto, que, a exemplo de muitos outros, têm admitido a concessão de tutela de urgência em face da Fazenda Pública em hipóteses excepcionais, em que se sobreleva o direito à vida humana:

"Agravo de instrumento — Antecipação de tutela — Fazenda Pública — Admissibilidade — Excepcionalidade — Portador de HIV — Medicamento imprescindível à manutenção da vida — Concessão devida — Recurso provido.

'Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo — uma vez configurado esse dilema — que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida (Min. Celso de Mello, despacho Petição n. 1.246-1/SC)' (AI n. 96.010901-3, da Capital, Des. Francisco Borges).

'As restrições legais ao poder cautelar do Juiz, dentre as quais sobreleva a vedação de liminares contra atos do Poder Público (art. 1º da Lei n. 8.437/92), consoante orientação do STF (RTJ 132/571), devem ser interpretadas mediante um controle de razoabilidade da proibição imposta, a

ser efetuado em cada caso concreto, evitando-se o abuso das limitações e a conseqüente afronta à plenitude da jurisdição do Poder Judiciário' (AI n. 97.001945-9, da Capital, Des. Eder Graf)" (AI n. 00.001854-6, da Capital, Des. Alcides Aguiar).

Aliás, o Excelso Pretório, em voto que o Min. Paulo Brossard proferiu no julgamento do pedido liminar formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 223, de que era o relator originalmente, dirigida à Medida Provisória n. 173, de 18/3/90, que antecedeu a Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, que, por sua vez, teve suas vedações ampliadas à tutela antecipada pela Lei n. 9.494, de 10/9/97, assim se pronunciou: "Estabelecer, sumariamente, que em tais ou quais situações, o cidadão não poderia obter o benefício supremo da lei com a celeridade, de ordinário, possível, importaria, de fato, em reconhecer que é ilusória, porque tardia, a proteção judicial, e a tábua de direitos individuais se transformaria em mero adorno, como essas flores artificiais, que servem para todas as estações e quaisquer solenidades".

E, mais adiante, enfatiza o ilustre Ministro: "Quer me parecer que, aceitar como constitucional a proibição da concessão de liminar em mandado de segurança ou de medida cautelar para defesa de direito individual constitucionalmente assegurado, importaria em tratar a cláusula final do inciso XXXV do art. 5º da Constituição".

No mesmo julgamento, colhe-se do voto do Min. Celso de Mello: "A supressão da possibilidade de tutela, imediata e eficaz, dos direitos das pessoas afeta, gravemente, uma das dimensões em que se projeta a atividade jurisdicional, estimula o arbítrio do Estado e elimina um poderoso instrumento de proteção, individual e coletiva, das liberdades públicas" (RTJ n. 132, págs. 571 a 607).

E mesmo o eminente Min. Sepúlveda Pertence, que, naquele julgamento, acabou designado relator, haja vista ter prevalecido o seu voto, no sentido do indeferimento do pleito deduzido in limine litis, em detrimento dos dois votos anteriores, consignou:

"O que vejo, aqui, embora entendendo não ser de bom aviso, naquela medida de discricionariedade que há na grave decisão a tomar, da suspensão cautelar, em tese, é que a simbiose institucional a que me referi, dos dois sistemas de controle da constitucionalidade da lei, permite não deixar ao desamparo ninguém que precise de medida liminar onde — segundo as premissas que tentei desenvolver e melhor do que eu desenvolveram os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello — a vedação da liminar, por que desarrazoada, por que incompatível com o art. 5º, XXXV, por que ofensiva ao âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostre inconstitucional.

"Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medi-

da em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva" (grifou-se; idem).

Ora, não obstante tenha o Supremo Tribunal Federal, naquele julgamento, tido por objeto a apreciação de medida provisória, e não das leis sob cujo manto pretende o Estado de Santa Catarina resguardar seus interesses (devendo ser repisado que essa medida provisória, na realidade, antecedeu aquelas), o fato é que se deixou aberta a possibilidade, sempre, do manejo do controle difuso, tendo por desiderato a declaração da inconstitucionalidade da norma que imponha óbice à concessão de medidas liminares — estas, aqui, tidas genericamente, como sinônimas de toda forma de tutela de urgência.

Na espécie, há de se sobrepujar os preceitos legais embasadores da pretensão estatal com o fito de se permitir à acidentada, de forma imediata, os medicamentos que se demonstram indispensáveis à manutenção de sua saúde.

Afinal, reza o art. 273 do Codex Processual:

"O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

"I — haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação".

Os requisitos à concessão da tutela de urgência estão todos preenchidos à abundância.

A prova inequívoca, que é da verossimilhança das alegações da autora da actio, traduz-se nos diversos depoimentos e demais provas colhidas ao longo da instrução do processo, a cujo respeito teceu o digno Magistrado a quo extensas considerações (fls. 228 a 236). Todos os elementos probatórios são fortes indícios de que Jair Lemes, preposto do Estado de Santa Catarina que conduzia o veículo que se chocou frontalmente com aquele em que se encontrava a acidentada ora agravante, no momento do acidente, estava embriagado, dirigindo em alta velocidade e na contramão de direção da pista em que ocorreu o sinistro. Vejam-se, ainda, as chocantes fotografias da acidentada antes, logo após o acidente e depois de alguns dias em recuperação (fls. 40 a 44). Não fosse isso o suficiente, não se pode olvidar que a acidentada, em razão do sinistro automobilístico, perdeu o nascituro, consoante atesta a Certidão de Natimorto (fl. 48).

Portanto, resta, apenas, apreciar a questão sobre se há evidências ou, ao menos, fundado receio de que danos irreparáveis estarão a ocorrer acaso não se conceda a tutela antecipatória.

Afirma a agravante que padece de insuficiência renal crônica, hipertensão severa de difícil controle e distúrbio de coagulação de origem não definida (fl. 5), moléstias que exigiriam intenso e custoso tratamento. Alega, também, que não possui fontes financeiras donde buscar dinheiro para custeá-lo.

Ora, não fossem apenas as fotografias, que são fortes indícios de que a agravante necessita de urgente tratamento, há também os atestados médicos de fls. 49 a 56, dos quais tal-

vez o mais expressivo é o de fl. 53, que merece ser transcrito: "Não afastada a possibilidade de outros tempos cirúrgicos complementares devido às lesões múltiplas sofridas bem como limitações funcionais e estéticas por estas ocasionadas, estes atos cirúrgicos deverão acontecer nos próximos 18 meses".

Estreme de dúvidas, portanto, que os cuidados médicos de que a agravante necessita são prementes, donde decorre o fundado receio de que sua condição física venha a degenerar-se ainda mais.

Sobre o requisito do art. 273, § 2º, veja-se o precedente advindo do egrégio Superior Tribunal de Justiça: "A exigência da irreversibilidade inserta no § 2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina" (2ª Turma, REsp n. 144.656-ES, Min. Adhemar Maciel).

Observe-se, enfim, o seguinte julgado:

"Antecipação de tutela. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais decorrentes de acidente de trânsito. Requisitos presentes. Verossimilhança e risco de dano comprovados. Manutenção da decisão que determinou a antecipação do pagamento de despesas médico-hospitalares e de pensão mensal. Agravo desprovido.

'A alta plausibilidade jurídica do pleito formulado na inicial, aliada à prova inequívoca dos fatos alegados e à inexistência de perigo de irreversibilidade da medida, emprestam à decisão antecipatória da tutela a legalidade necessária à sua manutenção, se do contrário possa resultar dano irreparável ou de difícil reparação àqueles que a postulam' (AI n. 96.011640-0, de Biguaçu, Des. Cláudio Barreto Dutra, j. em 5/5/98)" (AI n. 99.020110-4, de Canoinhas, Des. Gaspar Rubik).

Finalmente, o único ponto que falta ser apreciado é o concernente ao pleito de majoração do quantum fixado na sentença, qual seja, R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), que deveria ser depositado de imediato pelo Estado de Santa Catarina à ora agravante.

De sua parte, o ente público irresignado pugnou por sua redução, sustentando inexistir prova da indispensabilidade das despesas. Por outro lado, argüindo a insuficiência do montante, quer a agravante seja aquele fixado no patamar de R$ 275.000,00 (duzentos e setenta e cinco mil reais), dos quais R$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais) seriam destinados a ressarci-la dos gastos já efetivados e R$ 105.000,00 (cento e cinco mil reais) referentes a despesas urgentes e já orçadas.

Ora, data venia, é de se afastar, de plano, o pedido da agravante no que toca aos gastos já havidos. É que ela ainda terá a oportunidade de obter a respectiva indenização quando da execução definitiva da sentença. Dessarte, o requisito da urgência não está caracterizado, no que toca aos R$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais) já despendidos.

Quanto aos gastos ainda não efetivados, merece nota que tão-somente os procedimentos cirúrgicos destinados a "corrigir os defeitos ósseos faciais, tecidos moles e intrabucais, de-

correntes de seqüelas de acidente automobilístico" (fls. 142 e 143), já restaram estimados em R$ 49.220,00 (quarenta e nove mil e duzentos e vinte reais), alcançando o valor estipulado na sentença. Assim, a decisão antecipatória, a priori, estaria adequada.

Porém, esses não são os únicos gastos dos quais há, nos autos, prova. Há, ainda — talvez os de maior relevância —, os atinentes a procedimento cirúrgico de transplante renal, orçado em R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

Por conseguinte, o montante fixado mostra-se, desde logo, insuficiente, donde decorre a necessidade de majorá-lo, ao menos, ao patamar de R$ 90.000,00 (noventa mil reais), verba que, a despeito de não se contar com parâmetros mais precisos, deve ser suficiente para cobrir as despesas imediatas da agravante.

O seguinte precedente retrata situação bastante símile à examinada in casu: "Ação de indenização — Pedido de tutela antecipada pretendendo custear as despesas médicas decorrentes do acidente e as futuras necessárias à recuperação do agravado — Ausência de prova inequívoca do direito em relação às despesas vindouras — Requisito essencial ao deferimento do pedido (art. 273 do CPC) — Manutenção da antecipação da tutela quanto às despesas comprovadas — Recurso provido em parte" (AI n. 00.004829-1, de Itajaí, Des. Cláudio Barreto Dutra).

Ante o exposto, à unanimidade, nega-se provimento ao agravo de- duzido pelo Estado de Santa Catarina e dá-se ao manejado por Debora Andréa Roman Gantzel para fixar o quantum deferido em tutela antecipada em R$ 90.000,00 (noventa mil reais), vencido parcialmente o Des. Newton Trisotto neste último quanto à não-exigência de prévia caução.

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

Florianópolis, 20 de setembro de 2001.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente e Relator.

Declaração de voto do Desembargador Newton Trisotto

Dispõe o § 3º do art. 273 do Código de Processo Civil:

"A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588".

O referido artigo trata da execução provisória da sentença, e o inc. II prescreve: "não abrange (a execução provisória) os atos que importem alienação do domínio, nem permite, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro" (promovi o destaque).

In casu, o deferimento da antecipação da tutela importa, a toda evidência, em "levantamento de depósito em dinheiro". Destarte, não pode ser executada a decisão sem a prévia prestação de caução.

Sobre o tema, anota Teori Albino Zavascki:

"Em grande número de hipóteses enquadráveis no caput do art. 273, em que se enseja antecipação dos efeitos executivos da tutela, haverá, em alguma medida, certo risco à reversibilidade, especialmente à reversibilidade específica e in natura. Desse modo, a vedação constante do § 2º deve ser relativizada, sob pena de eliminar-se, quase por inteiro, o próprio instituto da antecipação. Sempre que houver um confronto entre o risco de dano irreparável ao direito do autor e o risco de irreversibilidade da medida antecipatória, deverá o juiz formular a devida ponderação entre os bens jurídicos em confronto, para o que levará especial consideração a relevância dos fundamentos que a cada um deles dá suporte, fazendo prevalecer a posição com maior chance de vir a ser, ao final do processo, consagrada vencedora. Assim, nos casos em que o direito afirmado pelo autor seja de manifesta verossimilhança e que seja igualmente claro o risco de seu dano iminente, não teria sentido algum sacrificá-lo em nome de uma possível, mas improvável, situação de irreversibilidade. Em contrapartida, porém, é perfeitamente viável que se imponha ao autor, beneficiado com a antecipação, a prestação de caução que assegure, pelo menos, eventual indenização por danos.

"O que sustentamos, em outras palavras, é que o preceito normativo que decorre do inciso I do art. 588 do Código de Processo Civil acaba sendo de aplicação imperiosa por força do próprio sistema. Com efeito, em se tratando, como de fato, de execução sempre provisória, sujeita a ser modificada ou tornada sem efeito a qualquer tempo, cabe ao juiz preservar meios eficientes ao retorno ao status quo ante, inclusive, se for o caso, exigindo caução idônea com tal finalidade. A exigência de caução, que aliás está prevista também no inciso II, tem, ademais, sustento na aplicação analógica do art. 804 do Código de Processo Civil e, sobretudo, na inafastabilidade do princípio de salvaguarda do núcleo essencial do direito à segurança jurídica do demandado. A provisoriedade da execução deve ser considerada como garantia do executado, garantia essa que não pode ser apenas formal, mas real. Ou seja: é indispensável preservar as condições que propiciem retorno ao estado anterior, e a exigência de caução, quando necessária a tal finalidade, independe de autorização expressa na lei.

"É inegável, outrossim, que a execução da medida antecipatória 'corre por conta e risco do credor'. Isso constitui verdadeiro princípio, aplicável em qualquer execução (CPC, art. 574) e de modo especial — e aqui impõe-se a analogia — na execução provisória das sentenças condenatórias (CPC, art. 588, I) e das medidas cautelares (CPC, 811). A circunstância de não ter sido referido, no § 3º, do art. 273, como 'aplicável no que couber', o inciso I do art. 588 (CPC) obviamente não teve o desiderato de infirmar o princípio, ou de proibir a sua aplicação, ou de excluí-la. É que não teria sentido algum — porque afrontoso a todo o sistema de direito — carregar-se à conta do réu a final vitorioso os danos decorrentes de anterior execução de provimento jurisdicional fundado em juízo de mera verossimilhança (sem cognição exauriente, portanto) e antecipado a pedi-

do expresso da parte contrária" (Antecipação da Tutela, Saraiva, 1999, 2ª ed., págs. 88/9).

Infere-se desse comentário que a caução pode ser necessária em qualquer hipótese de execução provisória da decisão que defere a antecipação da tutela, servindo "como garantia do executado, garantia essa que não pode ser apenas formal, mas real. Ou seja: é indispensável preservar as condições que propiciem retorno ao estado anterior, e a exigência de caução, quando necessária a tal finalidade, independe de autorização expressa na lei".

Concordo que a caução poderá ser dispensada em casos excepcionais. Porém, neste sub judice inexiste prova de que os agravados não dispõem de bens para ofertar à caução ou de que não têm condições de prestar caução fidejussória. Há apenas a referência feita pelo advogado deles na sessão de julgamento do recurso. Data venia, não me parece suficiente.

Pelas razões expostas, divergi parcialmente da douta maioria.

Desembargador Newton Trisotto

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.007884-1, DE IBIRAMA

Relator: Des. Gaspar Rubik

Agravo de instrumento — Decisão omissa sobre argüição de revelia e expressa sobre suspensão de processo — Pedido para que a instância recursal imponha ao juízo recorrido o pronunciamento da contumácia — Inadmissibilidade — Omissão a ser suprida livremente, em homenagem ao princípio processual da persuasão racional — Elementos instrumentais, ademais, inseguros para a decretação — Suspensão do processo ordenada com base no art. 265, inc. IV, letra a, *primeira parte, do CPC — Prejudicialidade externa — Condição da ação — Suscitação de ilegitimação para a causa em processo anterior, capaz, em tese, de influenciar a decisão de mérito do posterior, suspenso — Cabimento da medida — Doutrina aplicável — Suspensão nunca excedente a um ano — Recurso desprovido.*

No ataque recursal a decisões omissivas, poderá, a instância ad quem, *em limitadas hipóteses, se elementos seguros lhe forem fornecidos, suprir a omissão, desde que não incorra em vedada supressão de um grau de jurisdição. Em havendo esse risco, poderá, no provimento à irresignação, determinar o suprimento, porém sem impor qualquer decisão, pena de afrontar o princípio processual da persuasão racional ou do livre convencimento do juiz.*

A prejudicialidade externa de que cuida o art. 265, inc. IV, letra a, *do CPC, há de ser sempre do processo anterior como autorizativa de suspensão do posterior, e, atinente à sua primeira parte, não necessariamente precisa referir-se ao mérito, o podendo ser em relação às condições da ação, precipuamente de legitimação ativa ou passiva para a causa, desde que com carga potencial para influenciar no mérito do posterior.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.007884-1, da comarca de Ibirama, em que são agravantes Amadeus da Luz Simões e outros, sendo agravada Manoel Marchetti Indústria e Comércio Ltda.:

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

Custas de lei.

Amadeus da Luz Simões e sua mulher Laura Aparecida de Oliveira Simões, Hercílio Luz Simões e seu filho Marcílio Drosghic Simões, Hercílio Pedro da Luz Simões e sua mulher Alzira Barboza Simões, Manoel Luz Simões e sua mulher Emília Dias Luz Simões, Paulo Guimarães da Luz Simões e sua mulher Suzane Rosalina Von Dobschutz Simões, Fátima Simões Alves e seu marido Durval Alves Júnior, Arthur José Cicone da Luz Simões, Lúcia Helena Simões Duarte e seu marido Manoel Dias Duarte Neto, Lígia Maria Cicone da Luz Simões Lima e seu marido Wilson Roberto de Lima, Cláudio Tadeu Cicone da Luz Simões e sua mulher Viviane Laurem Negrelli Simões, Léa Cristina Simões Duarte e seu marido Antônio Moreira Duarte Filho agravaram de instrumento da decisão proferida pelo Dr. Juiz de Direito da comarca de Ibirama nos autos da ação declaratória de relação de domínio que promovem em face de Manoel Marchetti S.A., transformada para Industria e Comércio Ltda., porque S. Exa., sem pronunciar-se sobre a argüição de revelia da empresa ré, conheceu da contestação por esta intempestivamente apresentada, bem como dos documentos de que se fez acompanhar, e determinou, em conseqüência, com fulcro no art. 265, inc. IV, letra a, 1ª parte, do CPC, a suspensão do curso do processo até o trânsito em julgado da sentença proferida na ação expropriatória (Autos n. 86.0013668-7) promovida pelo Incra perante a 3ª Vara Federal desta Capital contra a mesma demandada, na qual foram citados e intervieram como litisconsortes, em cujo decisório seu prolator mandou ficasse depositada em conta vinculada ao Juízo a quantia indenizatória respectiva, até que em ação própria seja solucionada a questão acerca do domínio da área expropriada disputada por uma e outros.

Argumentam, em apertadíssima síntese, que o Magistrado a quo, ao determinar a suspensão alicerçado em documento trazido com a contestação intempestiva, sem primeiramente decidir sobre a revelia, argüida e cumpridamente demonstrada na

réplica àquela peça, não só contrariou o disposto nos arts. 319 a 322 e 125, inc. I, do CPC, como negou, consoante precedentes jurisprudenciais e doutrinários que transcrevem, os efeitos próprios daquele instituto processual.

Sustentam, outrossim, que pelo cotejo da inicial da ação, em que proferido o decisum atacado, com as razões da apelação interposta pela agravada contra a sentença expropriatória, por cópia juntada à referida contestação, facilmente se conclui que a coisa julgada, ventilada ligeiramente nesse apelo ao ser argüida a sua (deles, agravantes) ilegitimidade passiva ad causam, não ocorreu, já que foi articulada sob o fundamento de que o imóvel expropriado possuía duas matrículas, respectivamente de ns. 5.165 e 7.416, ao passo que a sentença apelada refere que a perícia sustentou que as duas matrículas sobre a mesma área são as de ns. 5.165 e 7.106, nesta última em que o Dr. Juiz mandou efetuar posteriormente o registro que havia sido procedido indevidamente, contrariamente a sua ordem, na matrícula n. 7.416, então aberta e que veio de ser anulada.

Buscam, ainda e por fim, a reforma do interlocutório que verberam, ao fundamento de que a prejudicialidade pela identidade da matéria de mérito entre duas ações, de que cuida a disposição com base na qual o Togado determinou a suspensão, inocorre na espécie e não poderia, muito menos, ser reconhecida como sendo da ação expropriatória em relação à declaratória, senão que o contrário, posto que o objeto da última — disputa sobre a titularidade do domínio — jamais pode ser mérito da primeira.

O pedido para que, em liminar, com efeito suspensivo ao agravo, se determinasse ao prolator do interlocutório o acolhimento da argüição de revelia, com aplicação dos efeitos correspondentes, foi indeferido.

Intimada, a agravada apresentou contraminuta, alegando, em resumo, ser manifesta a temeridade da ação declaratória proposta pelos agravantes, porque das conclusões da perícia realizada na ação expropriatória se extrai que eles nada possuem na região, como também que lhe pertence a área expropriada e que é seu o direito à indenização pela expropriação. Aduziu, ainda, que a certeza de sua titularidade sobre a área é traduzida pela anterioridade da sua escritura sob Matrícula n. 5.165. Aplaudiu, por isso, o decisório fustigado, argumentando correta a suspensão por ele determinada, porque a questão acerca da legitimidade dos agravantes, que suscitou na apelação recebida em ambos efeitos, em sendo acolhida pelo TRF, importará no reconhecimento de quem deve receber o valor indenizatório, tornando inócua a demanda declaratória. Ao arremate, depois de sustentar, apoiada em certidão cartorária que anexou, a tempestividade da contestação ofertada à referida ação e, conseqüentemente, a inocorrência da revelia, esclareceu que essa questão já teria sido enfrentada e decidida pelo Juízo Monocrático.

É, em suma, o relatório.

A douta decisão vergastada, a despeito dos fortes e valiosos argumentos com que o experiente profissional busca, com brilho e argúcia, de-

monstrá-la desacertada, resiste, ainda, assim, ao ataque instrumental que lhe é desferido, não sendo passível de mais severa crítica sequer por ter sido omissa acerca da ocorrência ou não da revelia da agravada.

A esse respeito, aliás questão primeira a ser enfrentada, cumpre anotar, já que a agravada não comprovou que o digno Juízo a quo sobre ela se pronunciou posteriormente, como o deu a entender na contraminuta apresentada, que dois são os enfoques sob os quais se há de analisá-la. O primeiro, assim como posto na petição recursal, pelo qual buscaram os recorrentes a determinação deste órgão recursal ao Juízo a quo para suprir a omissão em que incorreu, de modo a não haver supressão de um grau de jurisdição, praticamente já foi exaurido pela decisão denegatória da liminar, quando assertivou que a pretensão tal qual formulada, para que se "determine ao Magistrado que acolha a argüição de revelia do réu e determine o desentranhamento da contestação e respectivos documentos e com ela juntados, com exceção da procuração (...)", "é absolutamente inviável, porque quando muito poder-se-ia determinar que S. Exa. examinasse a questão, mas jamais que o fizesse dessa ou daquela forma, porque isto representaria, logicamente, interferência indevida na liberdade e no poder de decisão do Magistrado" (sic fl. 187), possível de afrontar — acrescenta-se — o princípio processual da persuasão racional, também conhecido como do livre convencimento do juiz, que foi consolidado com a Revolução Francesa. Por sinal, seria temerário, de certo modo, exarar semelhante determinação apenas com base na documentação com que instruído um recurso, principalmente quando incompleta tenha sido essa instrução, com omissão de algum fato relevante apto a impedir, por si só, o reconhecimento da contumácia e que, pela sua tamanha obviedade, possa ter feito com que o Magistrado até mesmo tenha se abstido de um pronunciamento a respeito.

Mesmo admitindo-se que o pedido tenha sido interpretado erroneamente, o que, se houve, foi decorrência, naturalmente, de ter sido mal expressado na sua formulação, e que não tenha sido essa, na verdade, a intenção dos recorrentes, mas sim a de que apenas fosse determinado que o julgador examinasse livremente a questão, ou, então, que este Órgão Julgador o fizesse, suprindo o ato omissivo, e este é o segundo enfoque pelo qual se há de o apreciar, ainda assim não lhes poderia bafejar melhor sorte à vista do conteúdo dos autos, essencialmente do documento de fl. 249 que a eles foi trazido com a contraminuta. Com efeito, pois até se poderia presumir que se a matéria realmente foi decidida após a protocolização deste agravo, como o informa a agravada (fl. 198, letra i), certamente houve rejeição à argüição, com o decidido conformando-se os agravantes. Entretanto, se não o foi, este órgão julgador também não teria, momentaneamente, como a acolher, mas sim que repelir, porque à vista dele não se pode ter como absolutamente certo o reconhecimento do instituto, com a conseqüente aplicação dos seus efeitos. Deveras, pois não obstante corretas e ponderáveis todas as assertivas dos recorrentes, notadamente quanto a ser, em princípio, serôdia a contestação apresenta-

da pela agravada somente em 12 de fevereiro de 1999, por ter sido ela citada em 21 de dezembro anterior e não poder se beneficiar, quer da Res. n. 37/98 da augusta Presidência desta Casa, porque suspendeu esta os prazos judiciais de 23 a 31 daquele mês apenas no segundo grau, quer da Res. n. 36/98 da mesma autoridade, porque esta determinou a suspensão do expediente forense no primeiro grau exclusivamente nos dias 24 e 31, também de dezembro, ainda assim dúvida persiste, em face da certidão passada pela Distribuidora Judicial da comarca de Ibirama (doc. de fl. juntado com a contraminuta), se de alguma forma não foram estendidos os efeitos da resolução por primeiro mencionada também ao Juízo de primeiro grau. E diante dessa dúvida, que leva até a presumir que na época poderia ter a servidora informado aos patronos da agravada que os prazos estavam suspensos, e que por tal razão poderiam eles ter deixado de se preocupar em protocolizar a contestação anteriormente, não tem este órgão, à mingua de melhores elementos, como pronunciar a contumácia.

Daí por que o inconformismo não merece agasalho no particular, seja pela razão pela qual se lhe negou a liminar pleiteada; seja por não haver certeza de que não tenha, ainda, sido apreciado; seja, finalmente, por não ter este grau, diante da situação amostrada, condições de se pronunciar com supressão daquele, ao qual, se não o fez, competirá fazê-lo, suprindo sua omissão.

Mas também não procede ele relativamente ao pano de fundo, que cinge-se mais propriamente a um aspecto eminentemente técnico-processual, por estar centrado no argumento de que inocorre na espécie a prejudicialidade pela identidade da matéria de mérito entre as duas ações — expropriatória e declaratória —, a que se refere o art. 265, IV, letra a, primeira parte, do digesto processual, e que, a admitir-se ocorrente, não poderia ter sido reconhecida como sendo do primeiro processo em relação ao segundo, mas sim o contrário.

Ictu occuli percebe-se quão equivocada, data venia, esta última colocação recursal, de que a demanda declaratória é que seria prejudicial da expropriatória, por quanto decorre com clareza meridiana da exegese do dispositivo em questão que a posterior jamais pode ser prejudicial da anterior, e sim esta daquela, ou, de outro modo, a segunda tem sua suspensão ditada pela primeira.

Oportuna, a propósito, a lição do acatado mestre E. D. Moniz Aragão, verbis:

"A suspensão do processo por força do disposto na letra a se restringe às questões prejudiciais externas, que já estejam propostas. O texto delimita muito bem a hipótese, não deixando margem à dúvida" (Comentários ao CPC, Forense, 1ª ed., II vol., pág. 399).

A melhor e abundante jurisprudência, de forma ainda mais enfática e clara, não destoa:

"A suspensão do processo por força do disposto na letra a do n. IV do art. 265 do CPC restringe-se às questões prejudiciais externas que já estavam propostas, pois o citado dispositivo fala em 'outro processo pendente', obviamente referindo-se a processo já em curso quando surge aquele que deverá ser suspenso"

(TJSP e TACivSP, in RT 611/84, 613/127 e JTACivSP 101/144; idem TJBA, Bahia Forense 26/76; apud Código de Processo Civil anotado, A. de Paula, vol. 1º, 6ª ed., RT, 1994, págs. 1.041/1.043, ns. 16, 24 e 31).

Não precisamente exata, igualmente, a assertiva de que a prejudicialidade se dá pela identidade da matéria de mérito entre as duas ações, ainda mais na hipótese vertente, em que o diligente prolator do decisum determinou a suspensão forte na primeira parte da letra a do dispositivo em questão, que assim não o exige, sendo por demais taxativo em que a suspensão, obviamente do processo posterior, como antes visto, se dá quando a sentença a ser nele prolatada — esta, sim, de mérito — depender do julgamento de outra causa que, evidentemente, não necessita ser de mérito, não obstante talvez a mais das vezes o seja, até porque a segunda parte da disposição em comento é que, de certa forma, assim o exige, ao usar as expressões "depender da declaração de existência ou inexistência da relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente".

Sobre o assunto, por seu turno, também de modo a espancar eventuais dúvidas que possam existir, o emérito Ernane Fidélis dos Santos assim pontifica:

"A lei fala em sentença de mérito (art. 265, IV), mas o juiz pode determinar a suspensão quando a prejudicialidade se referir também às condições da ação, mormente nos casos de legitimação para a causa. Determinada pessoa requer reconhecimento de servidão a favor de seu prédio. Um terceiro, porém, está, em outro processo, a reivindicar o imóvel, argüindo a condição de ser seu verdadeiro dono. Deve o juiz suspender o processo onde se discute a servidão, porque, logrando êxito o terceiro, que propôs a ação, não sendo proprietário, é parte ilegítima para pleitear o reconhecimento de tal direito real" (Manual de Direito Processual Civil, vol. I, 4ª ed., Saraiva, 1996, pág. 308, n. 409).

A jurisprudência, embora não tão explicitamente ou sem a mesma clareza, não leva a outro sentir:

"...Processo. Suspensão. Sentença de mérito dependente do julgamento de outra causa. Por menor que seja a influência que possa ter o julgamento de outra causa na sentença de mérito, deve o processo ser suspenso pelo prazo máximo de um ano, nos termos do § 5º, do art. 265, do CPC, para que se evite, o quanto mais, decisões conflitantes" (Ac. un. da 1ª Câm. Civ. do TJPR, in PJ 6/76; JC 52/307).

Ora, exatamente esta é a hipótese de que dão notícia os presentes autos, haja vista que a agravada, no apelo que interpôs da sentença prolatada na ação expropriatória proposta pelo Incra, sustentou a ilegitimidade passiva ad causam dos agravantes, e o fez, óbvia e principalmente, não só porque foi ela exclusivamente postada pelo autor no pólo passivo, em razão, como lá foi consignado, e dessome-se pelo relatório do decisum (fl. 93), de que o imóvel objeto da desapropriação lhe pertence, tendo sido registrado em 18/5/82, sob n. 3/5.165 do livro 2, anteriormente, como assevera, aos agravantes, mas também porque a prova pericial realizada naquela ação

confirma que a área objeto da desapropriação é exatamente aquela descrita na aludida matrícula.

É bem verdade que o douto Julgador federal, no mesmo relatório, refere que parte do imóvel objeto da desapropriação encontra-se matriculado também em nome dos agravantes, desde 1/3/84 e sob n. R-1/7.416 do livro 2, tendo igualmente a prova pericial assim o reconhecido, muito embora referindo-se ao R-1/7.106, em virtude do erro constatado com a abertura daquela matrícula anterior, que por sentença em ação anulatória foi mandado retificar.

E justamente por isso é que, apesar de, por um lado, tecer o Sentenciante daquela causa considerações acerca do domínio da área, mesmo porque determinara ele a realização da perícia, certamente dispendiosa, que não se limitou a estabelecer o valor indenizável, até porque provavelmente não foi este seu exclusivo escopo, por outro, em face dessa duplicidade de registro, preferiu remeter as partes à justiça comum, para nela discutirem a questão sobre quem é, efetivamente, o dono do imóvel expropriado, para tanto valendo-se de argumento incontestável, de que a ação expropriatória não é o campo adequado para a discussão de direitos de propriedade.

Em função disso, os recorrentes, que aplaudem aquele entendimento, se apressaram em mover a ação declaratória que veio de ser suspensa, no que não agiram condenavelmente, mas tão-só açodadamente, porque em tendo sido devolvida aquela matéria à instância federal ad quem, é de se indagar, atentando-se para o referido princípio da persuasão racional assegurado a esta, se alguém poderá afirmar categoricamente que não possa a agravada vir a colher sucesso na prefacial que argüiu, à vista não só dos elementos antes referidos e de tantos outros talvez não percebidos ou até eventualmente existentes naquele caderno processual e não trazidos por cópia para instrumentar este reclamo, como, por exemplo, e a título de ilustração, podem ser as escrituras públicas reportadas pela perícia e pelas quais se possa verificar, quiçá, a incoincidência das confrontações dos imóveis de uma e outros, de maneira a confortar a conclusão feita no r. aresto na Ap. Cív. n. 27.920 (fl. 173), de que "as terras vendidas pelo Padre Komenick, como procurador de Manoel Simões, cujas escrituras vieram a ser anuladas pelo Acórdão de fls. 57/61, não são as mesmas que os irmãos Simões venderam a Otto João Lira e a viúva deste escriturou-a para Manoel Marchetti S.A. e Walter Tenório Cavalcanti (fls. 41/42)", e que, em conseqüência, o imóvel expropriado lhe pertence, sendo os agravantes partes ilegítimas. A propósito, aliás, dessas vendas, conquanto não caiba aqui incursionar mais profundamente em considerações a respeito, não é totalmente despiciendo observar que nestes autos não está em parte alguma esclarecida a razão pela qual nenhuma das áreas, dentre aquelas relacionadas no referido aresto (fl. 174) como vendidas pelo falecido Manoel Simões e sua mulher, e que totalizaram 42.033.466,00m², coincide com aquelas nominadas no mesmo documento (fl. 172), totalizando a metragem de 20.126.100,00m², e fruto

da anulação em razão de o tal Padre Komenick ter excedido os poderes que lhe haviam sido outorgados pelos proprietários ao alienálas. É possível, insista-se, que no processo expropriatório constem até mais outros dados esclarecedores que aqueles acima mencionados e que para o agravo não foram trazidos, a permitir ao Tribunal ad quem conclusão diversa da tomada pelo Juízo monocrático, e não só acolhedora da tese preliminar da agravada, mas até, diga-se a título de argumentação, favorável aos agravantes, se constatar, pelas confrontações, que se tratam de áreas distintas; que não há a superposição referida na perícia; e que a área expropriada lhe pertence. Quem, é de se indagar, conhecendo apenas os incompletos elementos trazidos para estes autos, poderá negar que tal ocorra?! E se ocorrer, seja uma, seja outra das hipóteses, evidentemente que a finalidade da declaratória, quanto ao seu mérito, perderá totalmente o seu objeto.

Daí por que a suspensão foi bem determinada, salvo no que pertine ao tempo de duração, que foi estendido até o trânsito em julgado da sentença proferida na expropriatória, porque saudável doutrina, que consoa com uniforme construção jurisprudencial (RT 603/172), tem assentado, sem discrepância e taxativamente, que "a suspensão do processo pelas hipóteses previstas no art. 265, IV, a, não poderá exceder nunca de um ano (art. 265, § 5º)" (Ernane Fidélis dos Santos, ob. e pág. citados, e RT 603/172).

Destarte, por todo o amplamente exposto é que se desprovê o agravo, porém corrigindo-se o prazo de duração da suspensão que, ex vi legis, não pode suplantar o período ânuo.

Presidiu a sessão, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. João Martins, e dela participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 8 de junho de 2000.

Anselmo Cerello,
Presidente p/o acórdão;
Gaspar Rubik,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.001855-7, DA CAPITAL

Relator: Des. Trindade dos Santos

Agravo de instrumento. Medida cautelar inominada. Extinção, sem julgamento do mérito, com revogação da liminar deferida. Apelação recebida no efeito meramente devolutivo. Concessão de eficácia suspensiva. Pleito recursal, para tanto, acolhido.

Excepcionalmente, admite o nosso Código de Processo Civil, em seu art. 558, parágrafo único, a atribuição de efeito suspensivo aos recursos de apelação a que, de regra, a lei não confere tal eficácia, desde que, na forma do preconizado pelo caput *do mesmo dispositivo, da não suspensão do cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo do órgão recursal competente, possa resultar lesão grave e de difícil reparação para o apelante. É o que ocorre, como no caso concreto, quando o recorrente, após obter liminar para administrar sociedade comercial de fato em vias de dissolução judicial, com confirmação dessa liminar pela instância recursal, vê o processo acautelatório ser extinto sem conhecimento do mérito, sendo de total relevância a fundamentação insurgencial.*

Agravo de instrumento. Despacho que, após extinta a ação cautelar, determina à parte agravante a prestação de contas da administração da sociedade em que fora investido liminarmente. Meio recursal inadequado. Não conhecimento.

Contra decisão proferida após a emissão de sentença extintiva de feito cautelar, a insurgência recursal hábil é o agravo retido, consoante disposição expressa do art. 523, § 4º, do CPC, exceto na hipótese de não admissão, pelo magistrado a quo*, do recurso de apelação. Não é de se conhecer, portanto, do agravo de instrumento que ataca decisão prolatada após a sentença de extinção de processo cautelar e que impôs ao apelante a obrigação de prestar contas da administração que, por força de liminar, vem exercendo à testa de sociedade comercial de fato objeto de ação de dissolução.*

Agravo de instrumento. Resposta. Pedido de exclusão de um dos agravados do âmbito de ação cautelar já extinta na instância singular. Impossibilidade. Meio processual, ademais, inidôneo.

Totalmente inidônea mostra-se a utilização, pelos recorridos, da resposta que encetaram em agravo de instrumento para pleitear a exclusão de um deles do ângulo passivo de medida cautelar já julgada extinta na instância singular. Ainda que tal fosse juridicamente admissível, mesmo assim já teria havido o esvaziamento da pretensão, por força de sentença de extinção proferida.

Agravo de instrumento. Medida cautelar proposta por estrangeiro residente fora do país. Caução necessária. Art. 835 do CPC. Irregularidade na forma de prestá-la. Extinção do feito acautelató-

rio. Solução inadequada na hipótese concreta.

O art. 835 do CPC é de clareza solar: o autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil e aqui não tiver bens imóveis, deve prestar caução suficiente às custas e honorários de advogado, sob pena de extinção do processo. Entretanto, se a caução foi prestada de forma inadequada, inviável torna-se a extinção, desde logo, do pleito formulado, incumbindo ao magistrado singular adequá-la às exigências legais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 01.001855-7, da comarca da Capital (2ª Vara Cível), em que é agravante Eduardo Alberto Dordoni, sendo agravados Sharif Dib Ahmad Ammar e Dib Ammar:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso em parte.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Eduardo Alberto Dordoni ingressou com agravo de instrumento em combate ao despacho exarado nos autos de Ação Cautelar n. 023.99.067653-9 por ele promovida contra Sharif Dib Ahmad Ammar e Dib Ammar, que recebeu a apelação interposta à sentença nos efeitos de lei, pretendendo o postulante recursal ver atribuído efeito suspensivo à apelação que, originalmente, não o teria, em razão da teratologia, da sentença que indeferiu a petição inicial da cautelar cuja medida já havia sido concedida em primeiro grau e confirmada pela egrégia Segunda Câmara Civil deste Tribunal.

Expôs o agravante ter aforado ação cautelar para proteger a eficácia do processo de dissolução de sociedade mercantil com apuração de haveres intentada como ação principal, requerendo o exercício da gerência provisória da sociedade, o que foi deferido liminarmente.

Aduziu que o Tribunal, pela Segunda Câmara, decidiu que a ação cautelar é adequada a este caso e manteve a liminar concedida anteriormente.

No entanto, o Magistrado singular, na sentença que proferiu, indeferiu a petição inicial com fundamento no art. 295, V, do CPC, entendendo que o rito era inadequado, e posteriormente despachou determinando a prestação de contas pelo recorrente.

Ao apelo deflagrado requereu o agravante a atribuição do efeito suspensivo, tanto referentemente à sentença de extinção quanto em relação à decisão exarada posteriormente à sentença, com o MM. Juiz de Direito, todavia, deferindo a imissão de posse e a gerência da empresa aos agravados e recebendo a insurgência recursal no efeito da lei, frustrando a intenção do recorrente.

Requereu a concessão de efeito suspensivo a este recurso de agravo para: conferir efeito suspensivo à

apelação com a ordenação da sua imissão na posse e gerência do restaurante e bar e à decisão que determinou a prestação de contas por parte dele.

Ultimou com o pedido de provimento do recurso para reformar a decisão que recebeu a apelação para que o faça também no efeito suspensivo, e cassar a decisão que determinou, após a sentença, prestasse ele contas.

Despachando no processo o Relator concedeu o efeito suspensivo à apelação interposta na Ação Cautelar n. 23.99.067653-9 e ao despacho relativo à prestação de contas, determinando, assim, o devido prosseguimento ao recurso (fls. 93 e 94).

Os agravados efetuaram pedido de reconsideração do despacho acima e, em não se aceitando, o seu recebimento como agravo regimental (fls. 100 a 108).

Após vieram aos autos os agravados para oferecer caução em dinheiro, a fim de que fossem eles mantidos na posse do estabelecimento comercial em referência (fls. 185 a 188).

Os pedidos de reconsideração e de caução foram indeferidos (fls. 189 a 191).

Novamente os agravados peticionaram, pleiteando uma vez mais a reconsideração do despacho indeferitório dos pedidos de reconsideração e de caução, reiterando a alegação de que o agravante é estrangeiro não residente no Brasil (fls. 194 a 202).

O agravo regimental, por decisão unânime, não foi conhecido (fls. 208 a 211).

Os agravados então ofereceram resposta ao agravo de instrumento repisando várias da assertivas já lançadas e requerendo, por fim, a exclusão do agravado Sharif Dib Ahmad Ammar da lide, a revogação do despacho de fls. 93 e 94 e, alternativamente, a suspensão da decisão que atribuiu efeito suspensivo à apelação (fls. 93 e 94) e improvimento do presente recurso (fls. 213 a 230).

Em nova petição os agravados requereram o reconhecimento de ofício da extinção do processo cautelar, com a negativa, por despacho, de seguimento ao presente recurso (fls. 356 e 358).

Por fim, em nova petição, requereram o reconhecimento do abandono da causa pelo autor, a ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, a revogação da decisão que concedeu efeito suspensivo à apelação, bem como a negação de seguimento ao presente agravo.

II — Voto

O recurso sob análise está a comportar parcial conhecimento, com provimento na parte que dele se conhece.

Antes de adentrar-se no mérito, de mister é que se teçam alguns comentários acerca das insurgências recursalmente assacadas contra as sentenças exaradas em processo cautelar.

Dispõe o nosso Código de Processo Civil que:

"Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só

no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

(...)

"IV – decidir o processo cautelar".

Destarte, extrai-se do texto da lei que em processo cautelar, como o caso dos autos, o recebimento da apelação nos efeitos da lei corresponderá sempre ao efeito devolutivo.

Nesse sentido acentua J. C. Barbosa Moreira:

"Independente de requerimento (que seria supérfluo) do apelante, deve o juiz, ao receber a apelação, declarar os efeitos por ela produzidos (art. 518). Não significa isso que se lhe conceda, no sistema do Código, qualquer margem de discrição na matéria: ao declarar os efeitos, tem de cingir-se o órgão judicial, estritamente, ao que a lei estabelece. Na omissão do juiz, entende-se que recebeu a apelação em ambos os efeitos, pois essa é a regra" (Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Forense, vol. V, 1993, pág. 418).

In casu, o recurso de agravo cinge-se a dois pedidos: a) atribuição de efeito suspensivo à apelação movida contra a sentença que extinguiu o feito cautelar pelo recorrente proposto; b) cassação do despacho que, exarado posteriormente à prolação da sentença extintiva em referência, impôs-lhe o dever de prestação de contas aos agravados.

A resposta emprestada pelos agravados (fls. 213 a 230) limita-se, no pedido, a requerer: a) a exclusão do agravado Sharif Dib Ahmad Ammar da lide cautelar; b) a revogação do despacho que atribuiu efeito suspensivo à apelação (fls. 93 e 94), negando-se seguimento a este agravo; ou c) alternativamente a suspensão do despacho de fls. 93 e 94.

Peticionando novamente nos autos, os agravados requereram a extinção da ação sem julgamento de mérito em razão da falta de pressuposto processual, in casu, a caução que deveria o agravante ter prestado por ser estrangeiro não residente no Brasil (fls. 356 a 358).

Ultimaram requerendo o reconhecimento do abandono da causa pelo agravante, reiterando a alegação de ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

Examine-se, per se, cada um dos argumentos lançados nos autos recursais aqui sob enfoque. Veja-se:

a) Atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação

O ajuizamento do recurso de agravo de instrumento mostra-se na hipótese, resta ver, pertinente com o processo em pauta.

Como assinala J. C. Barbosa Moreira:

"O agravo pode caber assim no processo de conhecimento (ordinário, sumaríssimo ou especial, de jurisdição contenciosa ou de jurisdição voluntária), como no de execução ou no cautelar. Incluem-se os procedimentos regidos por leis extravagantes, salvo quando a disciplina específica repila, no particular, a incidência supletiva do Código" (in op. cit., pág. 439).

Com relação ao pedido de efeito suspensivo à apelação deduzida pelo agravante contra a sentença exarada no processo cautelar por ele proposto

em desfavor dos agravados, é mister dizer-se que o próprio art. 558 do Código de Processo Civil preceitua:

"Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

"Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo às hipóteses do art. 520".

Analisando o artigo em comento assim se manifestou Athos Gusmão Carneiro:

"A norma do art. 558, pelo novo texto de seu parágrafo único, passou a aplicar-se também aos casos referidos no art. 520 do Código de Processo Civil, ou seja, àquelas hipóteses nas quais o recurso de apelação deve ser recebido no efeito apenas devolutivo.

"Portanto, em ocorrendo ambos os pressupostos:

"a) de probabilidade de ocorrência de lesão grave e de difícil reparação (não sendo bastante a lesão grave, se de fácil reparação o provável dano); e

"b) o da relevância na fundamentação constante da petição recursal em prol da reforma da decisão apelada, fundamentação bastante no sentido de incutir de logo no espírito do julgador a previsão de que o recurso provavelmente será provido" (O Novo Recurso de Agravo, Forense, 1998, pág. 87).

Mais didaticamente expuseram Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

"A norma admite a concessão de efeito suspensivo às apelações que, excepcionalmente, não o têm (CPC 520). Em outras palavras, o CPC, 558, parágrafo único, anula a regra de exceção do CPC 520, fazendo com que se retorne à regra geral, segundo a qual a apelação deve ser recebida no duplo efeito" (Código de Processo Civil Comentado, Ed. RT, 1997, pág. 803).

Destarte, o cabimento do agravo de instrumento para modificar o despacho do recebimento da apelação, mais especificamente para se conceder efeito suspensivo, quando no processo sub examen o efeito legal é apenas devolutivo, é amplamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência pátria.

Disse a propósito este Tribunal:

"Agravo de instrumento. Concessão de efeito suspensivo em apelação recebida somente no efeito devolutivo. Art. 558, parágrafo único, do CPC. Execução provisória sem caução idônea e fundada em sentença com evidente possibilidade de vir a ser parcialmente reformada. Execução, ademais, capaz de produzir lesão grave e de difícil reparação. Recuso provido" (AI n. 98.013212-6, de Campos Novos, rel. Des. Napoleão Amarante, j. 2/3/1999).

De acórdão da lavra do brilhante Des. Pedro Manoel Abreu, extrai-se a seguinte ensinança:

"Processo civil. Mandado de segurança contra ato judicial, visando a conferir efeito suspensivo à apelação. Inadequação da via eleita. Inde-

ferimento da petição inicial. Agravo regimental. Inteligência do art. 558, parágrafo único, do CPC.

"A norma do art. 558, parágrafo único, do CPC, admite a concessão de efeito suspensivo às apelações que excepcionalmente não o tenham (CPC, art. 520). Interposta a apelação, pode o magistrado, em primeiro plano, dar o efeito suspensivo, já que tem ele o juízo de admissibilidade diferido do recurso. Como a competência para proferir, de forma definitiva, esse juízo de admissibilidade é do tribunal, com muito maior razão pode o relator conferir o efeito suspensivo, se a parte o requerer e se estiverem presentes os requisitos do art. 558, caput.

"À vista do disposto no art. 558, caput e parágrafo único, do CPC, salvo o caso de gritante violação de lei e lesão de difícil reparação, não se admitirá mandado de segurança contra sentença ou decisão de primeiro grau, porque em todas elas poderá ser obtido efeito suspensivo ao recurso, sem necessidade de impetração do writ com essa finalidade, a teor da Súmula 267 do STF" (Agravo Regimental no MS n. 98.008871-2, de São Miguel do Oeste, j. 27/8/1998).

Exposto isso, cumpre-nos analisar se, no caso em tela, presente encontra-se o requisito de admissibilidade do empréstimo ao recurso de apelação também do efeito suspensivo, qual seja, a possibilidade de causação de lesão grave e de difícil reparação.

Cuidam os autos principais, registre-se, de uma intrincada negociação efetuada entre o agravante Eduardo Alberto Dordoni e os agravados Sharif Dib Ahmad Ammar e Dib Ammar para funcionamento de um restaurante na praia de Canasvieiras, negociação essa na qual o aqui recorrente aportou recursos financeiros de cerca de US$ 40.000,00 (quarenta mil dólares americanos), incumbindo aos agravados a força de trabalho e a montagem do estabelecimento, tendo a sociedade se dissolvido sem que ao agravante tenha retornado qualquer lucro ou a devolução dos valores empregados.

Intentada medida cautelar pelo agravante para garantir a eficácia do processo de dissolução de sociedade, deferida a liminar posteriormente veio o feito acautelatório a ser julgado extinto pelo MM. Juiz a quo, ensejando recurso de apelação, este recebido somente em seu efeito devolutivo, objetivando o apelante, por via deste agravo de instrumento, modificar o despacho de recepção do recurso de apelação, estendendo-se-lhe igualmente o efeito suspensivo.

O processo se constitui de um emaranhado de petições e fotocópias, quase todas juntadas pelos agravados, as quais só servem para tumultuá-lo, requerendo uma análise circunstanciada para melhor julgamento da hipótese.

Analisando o pedido de reconsideração da liminar concedida nestes autos, reconsideração essa pleiteada pelos agravados, o eminente Desembargador Eládio Torret Rocha assim se manifestou:

"Como se percebe, em face das circunstâncias suso enfatizadas, os contornos da lide não parecem tão simples e claros como quer fazer crer, agora, o agravado, neste pedido de reconsideração, de onde sobressai, aliás, um indesejado destempero verbal, desferindo contra o despacho

concessivo da liminar na cautelar e até contra o venerando entendimento exposto no aludido aresto, mas que se debita, patientia mea, ao calor da liça" (fl. 190).

Com o propósito de melhor entender a questão, tomo emprestado do corpo do acórdão da lavra do culto Desembargador Anselmo Cerello, proferido no Agravo de Instrumento n. 99.022952-1, da Capital, que se desenvolveu entre as mesmas partes e versando a mesma cautelar:

"Restou evidenciado, à fl. 39, que Eduardo Alberto Dordoni e Sharif Dib Ahmad Ammar ajustaram, em 10/4/1995, por instrumento particular não levado ao registro de comércio, a constituição de sociedade em conta de participação da ordem de 50% (cinqüenta por cento) para cada sócio de um restaurante, uma lanchonete e três salas que seriam alugadas, situada à Rua Madre Maria Villac, n. 1.080, Florianópolis—SC, com declaração de recebimento, à fl. 40, por parte de Sharif Dib Ahmad Ammar, do valor de US$ 40.300,00 (quarenta mil e trezentos dólares americanos)" (fl. 78).

O instrumento particular referido no acórdão em questão consta dos autos à fl. 341, ressaltando-se deles não constar o recibo no valor de US$ 40.300,00; todavia, é de se ter como irrefutável a existência do aludido recibo, em razão da referência feita no aresto mencionado, do qual, é de se registrar, não houve recurso.

Dos autos consta, outrossim, um contrato social da firma Praça das Palmeiras Comércio de Alimentos Ltda., firmado em 10/11/1995, em que são partes Dib Ammar e Eduardo Alberto Dordoni, e que tem por objeto restaurante, lanchonete, pastelaria, confeitaria, casas de chá, de doces e salgados, de frutas e sorveterias, bares, botequins e café, serviços de bufê e comércio de alimentos em geral, com prazo de duração indeterminado, estando estipulado no art. 6º que o capital da sociedade é de R$ 10.000,00, dividido em mil cotas no valor de dez reais cada uma, assim distribuídas: o sócio quotista Dib Ammar subscreveu e integralizou em moeda corrente R$ 5.100,00, equivalente a 510 quotas, com o sócio quotista Eduardo Alberto Dordoni subscrevendo e integralizando, em moeda corrente, o importe de R$ 4.900,00, equivalente a 490 quotas (fls. 343 a 346).

Em tal contrato, resta ver, não existe referência a qualquer contrato anteriormente firmado entre o agravante e Sharif Dib Ahmad Ammar.

Novamente transcrevo do corpo do aresto antes referido, da lavra do Desembargador Anselmo Cerello:

"Ora, diante de tais fatos, há que se considerar os seguintes pontos:

"Há prova do contrato não levado a efeito celebrado entre Eduardo Alberto Dordoni com o pai do agravante — Sharif Dib Ahmad Ammar, sendo que tal contrato não foi levado a efeito, nem possuía valor do capital social, muito embora tenha existido de fato, de forma informal, mas regular;

"Houve comprovação do recebimento, por parte do Sr. Sharif Dib Ahmad Ammar, à fl. 40, do valor de US$ 40.300,00 (quarenta mil e trezentos dólares americanos);

"Houve a criação de uma segunda empresa, mas não se pode ignorar a relação desta com a primeira sociedade, pois há grande probabili-

dade de estas serem a mesma empresa, em face da procuração levada a efeito entre o Sr. Eduardo Alberto Dordoni e Dib Ammar que — frise-se, era o seu próprio procurador;

"Ademais, a mudança acabou beneficiando Dib Ammar, até então procurador de Eduardo Alberto Dordoni, filho do sócio 'original', que foi quem pôs fim à primeira empresa, de posse da procuração, de comum acordo com seu pai;

"Há coincidência de endereço das duas empresas, bem como do ramo de atividade que exercem;

"Muito embora Eduardo Alberto Dordoni tenha entrado com o capital na primeira empresa, visto que seu sócio entrou com a força de trabalho, estranhamente passou a ser sócio minoritário na segunda sociedade, com 49% das cotas;

"Finalmente, Dib Ammar pôs fim à empresa criada posteriormente, dando baixa na inscrição estadual, dissolvendo a sociedade em que figurava como sócio de Eduardo Alberto Dordoni, sendo que o representava, pois detinha sua procuração e, no mesmo lugar, continua funcionando um restaurante, com o mesmo ramo de atividades e gerido por ele — Dib Ammar, mas agora como comerciante e não como sócio individual.

"Diante de tal exposição, realmente, verifica-se que há possibilidade de a primeira empresa ainda ser a hoje constituída, da qual é sócio individual o Sr. Dib Ammar, eis que bem se depreende dos autos que o capital empregado originariamente pertencia ao Sr. Eduardo Alberto Dordoni, que nunca fez retiradas de capital ou rendimentos, ao passo que o agravante, que não dispunha, inicialmente, de capital, hoje é o único proprietário de estabelecimento comercial cujo ramo é o mesmo, tendo como instalações físicas as mesmas originariamente constituídas.

"Parece-me perfeitamente possível que o agravante, de posse do dinheiro do agravado, simplesmente o excluiu do negócio, mas continua a explorá-lo da mesma forma sem qualquer interrupção nas atividades" (fls. 79 a 81).

Extrai-se do exposto, em sendo assim, que o agravante já vem sofrendo lesão grave, pois há muito entabulou negócio com o agravado Sharif Dib Ahmad Ammar, entregando-lhe cerca de US$ 40.300,00, com este, por sua vez, dissolvendo de forma unilateral a sociedade, sem comunicar essa dissolução ao recorrente, acrescendo-se a isso que o agravado Sharif Dib Ahmad Ammar, de posse de procuração que lhe foi outorgada pelo agravante, constituiu nova sociedade com seu próprio filho, o também agravado Dib Ammar, sem no entanto haver menção dos dólares utilizados na primeira sociedade.

O agravado Dib Ammar, por seu turno, dissolveu a nova sociedade sem que houvesse qualquer comunicação ou explicação ao agravante, montando então, ato contínuo, um comércio próprio com as seguintes características: mesmo endereço e mesmo ramo.

Destarte, amplamente comprovada nestes autos a lesão grave sofrida pelo agravante, que já "perdeu" pelo menos US$ 40.300,00!

No tocante à difícil reparação da lesão é de se ressaltar que, como consta do AI n. 99.022952-1, o agra-

vado Sharif Dib Ahmad Ammar não tem bens de raiz:

"Já o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação — periculum in mora — como bem frisou o douto juiz: 'entende a doutrina que na cautelar o juiz analisa o risco de ineficácia da futura tutela provável'. Dessa forma, caracterizado está, uma vez que nada existe em nome de Sharif Dib Ahmad Ammar (fls. 56/59), o que tornaria ineficaz a medida caso fosse o requerente vencedor da lide, o que causaria lesão grave e de difícil reparação ao seu direito" (fl. 86).

Com essa consideração, parece-nos correto e jurídico emprestar efeito suspensivo à apelação que originariamente não o tem, para que não se prejudique ainda mais o agravante.

Como com total propriedade explica Carlos Silveira Noronha:

"O efeito suspensivo é a conseqüência lógica e necessária do efeito devolutivo, pois, como salienta João Monteiro, se o agravo tem por fim a reparação de um gravame sofrido pelo vencido, pode o juízo ad quem, acolhendo as razões deste, modificar a decisão injusta e reparar o prejuízo imposto à parte pela inferior instância. Daí a regra geral que sempre predominou no sistema luso-brasileiro de que todo recurso é por sua natureza suspensivo.

"Com base nessas regras, podemos construir no sentido de que possui efeito suspensivo parcial ou restrito ou limitado o recurso de agravo de instrumento em que o agravante impugna somente uma parcela da sucumbência que lhe foi infligida no provimento judicial censurado, restringindo-se a inconformidade a um ou a alguns capítulos da decisão" (Do Agravo de Instrumento, Forense, 1994, pág. 281).

Nesse sentido já decidi:

"Agravo regimental. Mandado de segurança objetivando ver cancelado o efeito suspensivo conferido à apelação interposta pelo Estado de Santa Catarina. Indeferimento da inicial em face da inadequação da via processual utilizada. Agravo regimental desprovido.

"A concessão de efeito suspensivo a recurso de apelação, quando a lei não lhe atribua esse efeito, é matéria afeta, com exclusividade, ao recurso de agravo de instrumento. Assim, à exceção das hipóteses de ostensiva violação a texto legal, ou de causação de lesão de difícil reparação, não mais se admite mandado de segurança contra sentença ou decisão de primeiro grau, posto que, quanto a elas, recebido o recurso em ambos os seus efeitos, a decisão desafia agravo de instrumento, no qual, a critério do relator, poderão ser suspensos os efeitos do provimento atacado, o que torna absolutamente inadequado o uso da ação de segurança, conforme dicção da Súmula 267 do Excelso Pretório"(Agravo Regimental no MS n. 99.005590-6, da Capital).

Do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios colhe-se:

"Agravo de instrumento — Pedido de efeito suspensivo ao recurso interposto nos autos de ação cautelar — Apelação motivada por sentença que revogou a liminar concedida e extinguiu o processo — Apresentação de documento dentro do prazo determinado — Situação de fato consumado. Agravo provido. Unânime" (AI n.

19990020037203, rel. Des. Asdrúbal Nascimento Lima, j. 20/3/2000).

Igualmente decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"Ação cautelar. Apelação. Efeitos. Possível a atribuição de efeito suspensivo ao apelo interposto em processo cautelar, quando presente a possibilidade de lesão grave, de acordo com o art. 558 do CPC. Agravo provido. Unânime" (AI n. 598472272, 20ª Câmara Cível, rel. Des. Rubem Duarte, j. 11/5/1999).

Ademais é de se frisar que a apelação tem grandes chances de prosperar.

Ora, o agravante propôs a cautelar inominada para proteger a eficácia do processo de dissolução de sociedade mercantil com apuração de haveres, requerendo a sua indicação para o exercício da gerência provisória da sociedade, medida essa que lhe foi deferida liminarmente.

No curso da cautelar o MM. Juiz de Direito revogou o despacho que mantinha o agravante na gerência, o qual foi reconduzido por determinação deste Tribunal, conforme decisão tomada no Agravo de Instrumento n. 99.022952-1, da Capital, do qual foi relator o eminente Des. Anselmo Cerello.

Da interlocutória questionada, consta: "Como a destituição de gerentes e administradores de sociedades comerciais é decorrente da análise do mérito da ação de dissolução/liquidação de sociedade comercial, prevista nos arts. 655 e 674 do Código de Processo Civil de 1939, conforme determinação expressa do art. 1.218, VII, do atual CPC, é inaplicável adaptar o procedimento desta cautelar ao procedimento da ação principal de dissolução/liquidação de sociedade, pelo que deve o presente processo cautelar ser julgado extinto" (fl. 57).

Não fosse isso também, a plausibilidade de o agravante obter êxito no processo principal é considerável, porque de qualquer forma efetivamente contribuiu ele com aproximadamente US$ 40.300,00, não tendo feito qualquer retirada de valores da sociedade formada com o agravado Sharif Dib Ahmad Ammar e, posteriormente, com o agravado Dib Ammar.

Destarte, entendo que está amplamente caracterizado o pressuposto da lesão grave e de difícil reparação que autoriza a concessão de efeito suspensivo à apelação interposta da sentença que extinguiu a cautelar inominada em apreço.

b) Cassação do despacho posterior à sentença que determina a prestação de contas pelo agravante aos agravados

No tópico em destaque, o presente reclamo recursal não está a merecer conhecimento.

O § 4º do art. 523 do Estatuto Procedimental Civil, na sua atual redação, é de clareza irrefutável, ao grifar:

"Será sempre retido o agravo das decisões posteriores à sentença, salvo caso de inadmissão da apelação".

Manifestando-se a respeito, expõe o culto Antônio Cláudio da Costa Machado:

"A idéia que inspira a presente disposição legal — mais uma boa novidade introduzida no procedimento do agravo retido pela Reforma — é a

de que quaisquer decisões interlocutórias que se profiram após a emissão da sentença só serão apreciadas pelo tribunal na hipótese de ser interposto recurso de apelação, do qual depende o conhecimento do agravo retido. Eis o desdobramento teleológico da obrigatoriedade da forma retida para o agravo contra tais decisões. Com isso, impede-se que, de forma autônoma, isto é, por meio de agravo de instrumento (art. 524), a parte procure, na segunda instância, sem ter apelado (ou apelado tempestivamente), a reforma de uma decisão que via de regra se ampara no próprio comando sentencial" (A Reforma do Processo Civil Interpretada, São Paulo, Saraiva, 1996, págs. 72 e 73).

No mesmo sentido, assim se pronuncia o emérito Clito Fornaciari Júnior:

"É cabível o agravo retido por opção do recorrente em relação ao agravo de instrumento, contra as decisões interlocutórias proferidas em primeira instância. A escolha do recorrente fica afastada, pela previsão do § 4º deste artigo, quanto às decisões proferidas após a sentença, excluída, evidentemente, aquela que não admite a apelação. Esse aspecto era muito discutido antes da modificação ora analisada, de vez que não havia possibilidade de se reiterar o pedido de apreciação do agravo, que deveria ser feito nas razões ou contra-razões de recurso, tal como agora (§ 1º). Desse modo, evidentemente, somente seria possível o agravo de instrumento. Com a alteração legal, inverte-se a situação e passa a ser somente o retido o agravo cabível, dispensando-se a reiteração do mesmo, até porque poderá não mais haver oportunidade para tanto".

E prosseguindo:

"Evidente que essa regra supõe que haja o recurso de apelação, que, inexistindo, impede o exame do agravo. Melhor seria, então, o texto legal ter feito referência não à sentença, mas sim às decisões proferidas após a interposição da apelação. Presente a lei, todavia, deve ser retido o agravo posterior à sentença, sendo que, se eventualmente não houver apelação, haverá, somente nesta hipótese, de se possibilitar a conversão do mesmo em agravo de instrumento, com todas as necessárias adaptações, porque não houve escolha da parte, mas imposição da lei" (A Reforma Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 1996, págs. 107 e 108).

In casu, com exatidão, busca o agravante a reforma de decisão exarada posteriormente à sentença prolatada, a qual, após julgada extinta a ação cautelar por ele intentada, em tendo sido recebida a insurgência recursal manifestada em seu efeito meramente devolutivo, determinou que o aqui recorrente prestasse contas do tempo em que esteve na gerência do estabelecimento comercial alvo da ação de dissolução de sociedade.

O agravo de instrumento, em assim sendo, evidencia-se descabido para o reexame do despacho censurado, motivo pelo qual dele não se conhece.

Nesse sentido já decidi:

"Agravo de instrumento. Decisão prolatada após a sentença final. Inadequação recursal. Não conhecimento.

"Da limpidez da norma gravada no art. 523, § 4º, do Códex Instrumental Civil, ressalta evidenciado que o recurso próprio para o ataque às interlo-

cutórias proferidas após a sentença é o agravo retido. O agravo de instrumento, em hipóteses tais, restringe-se ao despacho que inadmite o processamento do recurso de apelação" (AI n. 96.006743-4, de Trombudo Central).

E do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul:

"Decisão que recebe apelação somente no efeito devolutivo, retificando a anterior que a recebera nos devolutivo e suspensivo. Agravo de instrumento. Inadmissibilidade. Em se tratando de decisão posterior a sentença, que não diz respeito a inadmissibilidade de apelação, mas que se insurge com o fato de ter sido retificado despacho judicial que inicialmente recebera apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo, para recebê-la somente naquele, o recurso cabível é o agravo retido e não o agravo de instrumento (art. 523, § 4º, do CPC). Agravo de instrumento não conhecido" (AI n. 197095938, Terceira Câmara Cível, rel. Des. Voltaire de Lima Moraes, j. 17/12/1997).

Não se conhece nesse aspecto, pois, do agravo de instrumento manejado!

c) Exclusão do agravado Sharif Dib Ahmad Ammar da lide cautelar

Pugnaram os agravados, de outro lado, pela exclusão do recorrido Sharif Dib Ahmad Ammar do pólo passivo da lide cautelar deflagrada.

Entretanto, não é possível excluir-se, nestes autos, o agravado Sharif do âmbito da ação cautelar inominada aqui questionada pela simples razão de o processo acautelatório ter sido extinto, o que inviabiliza qualquer decisão a respeito nesta oportunidade.

Atente-se, ainda, para o fato de que este agravo de instrumento versa apenas e somente sobre o despacho que recebeu a apelação no efeito meramente devolutivo, tratando-se, pois, de processo já sentenciado.

Assim, a decisão referente à exclusão de qualquer dos agravados do enfoque passivo da medida cautelar julgada extinta é totalmente estranha ao âmbito da presente insurgência recursal, na qual a discussão gira exclusivamente em torno da atribuição de efeitos ao apelo detonado pelo agravante.

É de se arredar, portanto, o absurdo pleito formulado a respeito pelos agravados!

d) Revogação do despacho que, nestes autos, atribuiu efeito suspensivo à apelação (fls. 93 e 94) e negativa de seguimento a este agravo

A matéria em foco restou esgotada e prejudicada em razão da análise feita no item a deste acórdão.

Entendendo que a hipótese versada está a reclamar uma proteção maior ao agravante, em razão de estar ele, como demonstrado, experimentando prejuízos e lesões graves e de difícil reparação, mantendo-se não só o despacho de fls. 93 e 94, como ainda julgando-se procedente o pedido do agravante no sentido de se conceder efeito suspensivo à apelação da sentença cautelar, esgotou este Órgão Fracionário a matéria.

Prejudicado, pois, o exame a respeito do tópico em destaque!

e) Suspensão alternativa do despacho de fls. 93 e 94

A refutação dessa proposição resulta automática em razão do exame feito nos itens a e d deste acórdão.

f) Extinção da ação cautelar sem julgamento do mérito em razão da falta de pressuposto processual

Repisaram, na rubrica em epígrafe, as aduções quanto a ser o agravante estrangeiro, mais precisamente de nacionalidade argentina, não sendo ele residente no país, sem que houvesse, entretanto, prestado caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, conforme disposto no art. 835 do CPC, caução essa que, no caso, apresenta-se como pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, com o descumprimento da exigência em questão arrostando a extinção do processo cautelar, o que pode ser conhecido e declarado de ofício.

Todavia, em que pesem as assertivas assim lançadas pelos agravados, tem-se que a exigência legal a respeito, ainda que não atendida à perfeição, pode ser suprida na instância singular.

Compulsando-se os autos extrai-se que o agravante, na ação cautelar que propôs, firmou o seguinte termo de caução:

"Aos 28 (vinte e oito) dias do mês de dezembro do ano de mil novecentos e noventa e nove, no Fórum, onde se achava presente o Exmo. Sr. Dr. Leone Carlos Martins Júnior, Juiz Substituto e.e., comigo Escrivão de seu cargo adiante nomeado, e sendo aí, nos autos de Ação Cautelar Inominada, registrados sob n. 1.198/99 — 2399067653.9, compareceu Eduardo Alberto Dordoni, argentino, divorciado, médico, residente em Buenos Aires — Argentina, e, por ele foi dito que, na conformidade de sua petição de fl. 49 e seu respeitável despacho, que deste ficam fazendo parte integrante, vinha efetivar a caução fidejussória, exibindo neste ato:

"— Nota Promissória no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

"Do que para constar, lavrou-se o presente termo que, lido e achado conforme, assinam.

"Assinatura do juiz e do caucionante" (fl. 115).

Ressoa indubitável, inclusive a teor do disposto no acórdão do AI n. 99.022952.1, que se refere ao mesmo processo cautelar, que a caução prestada o foi de forma indevida, devendo ser regularizada mediante depósito judicial em moeda corrente, fidejussoriamente ou ainda por garantia real, no juízo de origem, permanecendo o valor já fixado de R$ 5.000,00, com o objetivo de garantir o pagamento de custas e honorários advocatícios.

A quantia é suficiente tendo em vista que o agravante está depositando o lucro da gerência do restaurante em juízo, já tendo efetivamente entregue mais de US$ 40.000,00 (quarenta mil dólares americanos) nas mãos dos agravados, não se olvidando, de outro lado, que estes também não têm bens de raiz que garantam a eficácia do processo principal de dissolução de sociedade comercial.

A respeito da caução já decidiu nosso Tribunal:

"Caução processual. Autor nacional ou estrangeiro residente fora do Brasil ou ausente na pendência da

lide. Medida de ofício, processada nos próprios autos. Suspensão do processo. Fixação do quantum.

"A chamada cautio pro expensis, prevista no art. 835 do CPC, tendo em vista os interesses que protege, pode ser determinada de ofício, com fundamento no art. 797 do CPC, podendo ser processada nos próprios autos da ação principal.

"A estipulação do quantum da garantia corresponderá a uma provisão suficiente para o pagamento das custas e dos honorários advocatícios. Para tal providência não se justifica o sobrestamento do processo" (AI n. 9.816, de Balneário Camboriú, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

E do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos territórios:

"Ação ordinária — Autor que reside fora do Brasil — Caução suficiente às custas e honorários — Condição de procedibilidade — Art. 835 do Código de Processo Civil.

"O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil e aqui não tiver bens imóveis, deve prestar caução suficiente às custas e honorários de advogado, sob pena de extinção do processo, expressando, a hipótese, verdadeira condição de procedibilidade" (Ap. Cív. n. 5030698, rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto, j. 8/2/1999).

g) Do abandono da causa. Extinção do processo

Por meio da última das petições entranhadas nestes autos, requereram os agravados a extinção do processo pelo abandono da causa pelo agravante, fazendo-se incidir, assim, o art. 267, III, do CPC, que preceitua:

"Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito:

"III — quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de trinta (30) dias".

É incontestável a vontade dos agravados de extinguir o processo cautelar de qualquer forma, seja pela falta de caução adequadamente efetivada, seja pela extinção deste agravo de instrumento, o que inviabilizaria a manutenção da gerência em favor do agravante.

Para isso "imaginaram" situações ou atos que nem de longe aconteceram.

Isso porque em nenhum momento os autos ficaram parados em gabinete à espera de providência por parte do agravante; ao contrário, os agravados é que peticionaram demais, juntaram um exagerado número de documentos, os quais em nada serviram para esclarecer a situação.

Demais disso, para a caracterização do abandono da causa, mister a intimação pessoal do agravante para suprir a falta em quarenta e oito horas, consoante determina o §1º do art. 267 do CPC.

Estando os autos em gabinete para julgamento, para uma análise mais acurada de todo o processado, não há falar em abandono da causa pelo autor/agravante, tão-só pelo motivo de os agravados terem peticionado demasiadamente nos autos, demonstrando não interesse na causa, mas visando a evidenciar que o agravante estava protelando o deslinde da quaestio.

Nesse sentido, professa Theotonio Negrão:

"Art. 267: 15. Se o impulso processual tocava ao juiz (art. 262), e não ao autor, é incabível a extinção do processo, com apoio no art. 267 — III (RT 469/97, RJTJESP 63/135). Da mesma forma, se a omissão do autor não acarreta a paralisação do processo, como, p. ex., a falta de manifestação sobre alegações da parte contrária (JTA 98/288, RP 2/352, em 91), ou sobre a conta de liquidação (JTA 93/284)" (Código de Processo Civil, Ed. Saraiva, 1999, pág. 319).

III — Decisão

Com base no exposto conhece-se do recurso em parte e dá-se-lhe provimento quanto ao pedido de efeito suspensivo à apelação da sentença que julgou extinto o processo cautelar inominado, e não se conhece do pedido de cassação do despacho que determinou a prestação de contas por parte do agravante durante o período em que esteve na gerência do estabelecimento comercial.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maria do Rocio Santa Ritta e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 6 de setembro de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente;
Trindade dos Santos,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.009628-5, DE DESCANSO

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Agravo de intrumento — Exceção de pré-executividade — Fiador — Acordo firmado entre credora e devedor principal — Suspensão da execução — Art. 792 do CPC — Alegação de extinção da fiança — Moratória inconfigurada — Decisão mantida — Recurso desprovido.

"Não tem caráter de moratória ou novação acordo celebrado entre credor e devedor nos autos da própria execução, com pedido de suspensão do processo e cujo descumprimento gera o prosseguimento da execução do titulo executivo originário" (STJ).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 01.009628-5, da comarca de Descanso, em que é agravante Moacir Antonio Ceolin, sendo agravada Peperi Sementes Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Agravo de instrumento interposto por Moacir Antonio Ceolin contra o despacho do Juiz de Direito da comarca de Descanso que, nos autos da execução promovida por Peperi Sementes Ltda., indeferiu a exceção de pré-executividade.

Informou que o título executado, qual seja, a declaração unilateral de débito acostada aos autos representa a dívida de 143.640 quilos de soja.

Aduziu que, na qualidade de fiador, opôs exceção de pré-executividade objetivando o reconhecimento da extinção da fiança.

Ressaltou que o acordo entabulado entre credora e devedor principal, sem o seu consentimento, modificou o valor da dívida, incluiu correção monetária e juros, como também alterou o prazo de pagamento.

Sustentou a concessão de moratória ao devedor, representada pelo termo de acordo que ensejou a suspensão do processo de execução pelo prazo de treze meses.

Invocou os preceitos dos arts. 1.503, I, do Código Civil, e 262 do Código Comercial.

Não tendo havido pedido de efeito suspensivo, procedeu-se a intimação da agravada (fl. 35), que apresentou as contra-razões (fls. 40/44).

II — Voto

Depreende-se dos autos que credora e devedor principal assinaram termo de acordo, convencionando o valor e a forma de pagamento do saldo devedor resultante dos cinco processos de execução, nos quais figuram como contendores, bem como a suspensão deles pelo prazo de treze meses (fl. 16).

Consta, ainda, que o "termo de acordo sobre processos judiciais" foi juntado aos autos da execução com pedido de suspensão do processo, nos termos do art. 792 do CPC (fl. 15).

Preceitua o Código de Processo Civil:

"Art. 792. Convindo às partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo credor, para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação.

"Parágrafo único. Findo o prazo sem cumprimento da obrigação, o processo retomará o seu curso".

Não se pode, portanto, reconhecer a extinção da fiança, consubstanciada na concessão de moratória (art. 1.503, I, do Código Civil), porquanto o acordo não substituiu o título executado: apenas permitiu que o devedor principal cumpra voluntariamente a obrigação, no valor e prazo convencionados, sob pena de prosseguimento da execução.

Em seus comentários sobre a norma, Theotonio Negrão anota:

"Decorrido o prazo, sem cumprimento da obrigação pelo devedor, o processo prossegue como se nada houvesse acontecido (RT 571/103). Nesse sentido: JTA 54/121, 57/105" (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, pág. 766 — grifei).

Daí por que, enquanto não cumprido o acordo firmado para o pagamento voluntário do saldo devedor, subsistem as obrigações estabelecidas na declaração unilateral de débito

executada, inclusive as dos devedores solidários.

Em caso análogo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

"Recurso especial. Execução de cédula de crédito industrial. Avalista. Acordo havido entre credor e devedor principal nos autos da execução. Suspensão desta. Art. 1.503, I, do Código Civil.

"I — Não tem caráter de moratória ou novação acordo celebrado entre credor e devedor nos autos da própria execução, com pedido de suspensão do processo e cujo descumprimento gera o prosseguimento da execução do título executivo originário.

"II — Recurso especial não conhecido" (REsp n. 53352/SP, rel. Min. Cláudio Santos, DJU de 8/4/96, pág. 10.470).

Mantém-se, pois, a decisão agravada.

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 4 de setembro de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Cláudio Barreto Dutra,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.006767-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Sérgio Paladino

Cautelar incidental visando à exclusão do nome do devedor dos cadastros das entidades de proteção ao crédito. Ausência de discussão judicial do débito.

Só nas ações que visem à invalidação, revisão ou inexigibilidade procede-se à discussão judicial do débito.

Inversão do ônus da prova determinada de ofício. Providência que não se compatibiliza com o processo cautelar, o qual serve ao processo, não ao direito da parte, pois visa a garantir a efetividade da decisão judicial perseguida por meio do processo principal.

A inversão do ônus da prova de que trata o Código do Consumidor não se harmoniza com o processo cautelar, o qual serve ao processo, não ao direito da parte, e visa a garantir a efetividade da decisão judicial perseguida por intermédio do processo principal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.006767-9, da comarca da Capital (2ª Vara Cível), em que é agravante Banco Bandeirantes S.A. e agravado José Roberto Carvalho Diener:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, e, no mérito, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Irresignado com a decisão que, nos autos da ação cautelar incidental contra si intentada por José Roberto Carvalho Diener, deferiu a liminar para determinar-lhe que providenciasse o cancelamento da inscrição do nome do agravado dos cadastros de inadimplentes das entidades de proteção ao crédito ou, na hipótese de ainda não a haver providenciado, que não a faça, invertendo, outrossim, o ônus da prova. O Banco Bandeirantes S.A. interpôs agravo de instrumento, pretendendo a sua reforma, bem como a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Alega, preliminarmente, ilegitimidade passiva ad causam, uma vez que os órgãos de proteção ao crédito — Serasa, SPC, SCI — são entidades autônomas, que coletam informações independentemente da provocação dos credores, cabendo a elas figurar no pólo passivo da demanda.

Sustenta que a inclusão do nome do devedor nos aludidos cadastros constitui exercício regular de direito seu, não podendo ser vedado pelo Poder Judiciário.

Rebela-se, também, contra a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto, e alega não ser possível a inversão do onus probandi, tendo em vista que o agravado, a par de não a haver requerido, em momento algum declinou no que consistiria a verossimilhança ou afirmou ser hipossuficiente.

Negado o efeito suspensivo, e prestadas as informações pela Magistrada, o agravado deixou transcorrer in albis o prazo para contraminutar.

Após, completando as informações anteriormente prestadas, a Dra. Juíza a quo comunicou que o agravado não se opôs à execução por meio de embargos (fls. 92/93).

É o relatório.

A prefacial de ilegitimidade passiva não procede, no rumo do Provimento n. 6/98, da Corregedoria-Geral da Justiça, que suspendeu os efeitos do Provimento n. 7/91, nestes termos:

"Provimento n. 6/98

"Suspende os efeitos do Provimento n. 7/91, que 'Consolida normas referentes ao fornecimento de relação mensal de informações relativas a protestos de títulos, ações de execução, falência, concordatas e registro de hipotecas e penhoras, aos Órgãos que menciona'.

"O Desembargador Francisco Oliveira Filho, Corregedor-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, no uso de suas atribuições e,

"Considerando os termos daquele ato administrativo cujos efeitos têm resguardado os interesses de entidades comerciais, instituições financeiras e sindicatos, em detrimento dos direitos de vários seguimentos de so-

ciedade em geral e em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF),

"Considerando também os precedentes de Órgãos Correicionais de Unidades da Federação, que vedam o fornecimento de '...relações de distribuições, protestos e processos às entidades de proteção ao crédito, associações de classe ou instituições financeiras, sob qualquer pretexto' (Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, Capítulo 2, seção 1, item 2.1.6), e

"Considerando ainda as diretrizes fixadas na Medida Provisória n. 1.638, de 14/1/98, publicada no Diário Oficial da União de 15/1/98,

"Resolve:

"1. Suspender, temporariamente, os efeitos do Provimento n. 7/91, de 27/6/91, desta Corregedoria-Geral da Justiça, no que se refere apenas aos Cartórios de Distribuição Judicial, ressalvadas as regras ditadas no art. 10 daquela medida provisória;

"2. Perdem eficácia, por ora, as disposições em contrário".

Ora, suspenso o fornecimento de informações aos órgãos de proteção ao crédito, essas instituições somente seriam fomentadas por dados repassados por seus associados, em cujo rol se inclui o agravante.

Portanto, rejeita-se a prefacial de ilegitimidade passiva ad causam.

No que concerne à inscrição do nome do agravado nos cadastros de inadimplentes, de fato, na jurisprudência dos tribunais superiores, a exemplo do que ocorreu com a desta egrégia Corte, pacificou-se, esposando o entendimento de que não é possível a inscrição do nome do devedor nos cadastros das entidades de proteção ao crédito enquanto pendente de julgamento ação ordinária que vise à discussão do débito.

Entretanto, a pendência de execuções não importa em discussão judicial de débito, pois perseguem unicamente à satisfação dos créditos, não se equiparando às ações que visem à invalidação, revisão ou inexigibilidade, em torno do qual se estabelece a controvérsia.

Por derradeiro, verifica-se que o despacho determinou, com supedâneo no art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90, a inversão do ônus da prova, à consideração de que presentes a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do agravado, contra o que investe o agravante, afirmando que o Magistrado não a poderia determinar de ofício, fazendo-se mister requerimento expresso do interessado.

Não tem pertinência no caso concreto o debate, visto que a inversão do ônus da prova de que trata o Código do Consumidor não se harmoniza com a medida cautelar, a qual serve ao processo, não ao direito da parte, e tem por fim garantir a efetividade da decisão judicial perseguida por intermédio do processo principal.

Em face disso, e porque a instrução das causas cautelares é necessariamente sumária, reduzindo-se as provas "a informações sumárias, fundadas em critérios de mera plausibilidade" — consoante o escólio de Francesco Carnelutti (vide Theodoro Júnior, Humberto, Processo Cautelar, 19ª ed. rev. e atual., São Paulo, Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2000, pág.

133, nota de rodapé n. 10) — o despacho atacado não pode ser mantido.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, deu-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 18 de setembro de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.017157-3, DA CAPITAL

Relator: Des. Sérgio Paladino

Agravo de instrumento. Arrendamento mercantil. Ação de reintegração de posse. Liminar deferida. Despacho contra o qual investe o devedor, alegando que o bem é essencial ao desempenho de suas atividades. BMW. Automóvel de luxo e importado. Argumento inconsistente. Pretendido indeferimento da petição inicial, mediante a invocação de que descaracterizado o contrato em razão da cobrança antecipada do VRG. Questão que diz respeito ao próprio mérito da demanda, sendo inoportuna sua argüição nesta fase do procedimento, especialmente porque não se enquadra em qualquer das hipóteses arroladas no art. 295 do CPC. Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.017157-3, da comarca da Capital (5ª Vara Cível), em que é agravante Moacir Antônio Lopes Ern e agravado BCN Leasing *Arrendamento Mercantil S.A.:*

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

Custas na forma da lei.

Irresignado com a decisão que deferiu a medida initio litis requerida nos autos da ação de reintegração de posse que lhe move BCN Leasing Arrendamento Mercantil S.A., Moacir Antônio Lopes Ern interpôs agravo de instrumento, objetivando a sua reforma, bem como a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Alega que o automóvel BMW, objeto do contrato de arrendamento mercantil, é essencial ao desempenho de sua profissão, pois é advogado militante em várias comarcas do Estado, dele necessitando para locomover-se, acrescentando que a cobrança antecipada do valor residual garantido descaracterizou a avença firmada entre as partes, passando à condição de compra e venda a prazo, circunstância de que deveria decorrer o indeferimento da petição inicial.

Indeferido o pedido de suspensão dos efeitos do despacho atacado, a instituição financeira agravada deixou transcorrer in albis o prazo para apresentar contraminuta.

É o relatório.

Não procede a insurreição. Com efeito, é insustentável a alegação de que o bem objeto do arrendamento, automóvel BMW, é essencial ao desempenho da atividade do agravante, podendo-se até admitir que necessite de carro para deslocar-se pelas comarcas em que atua como advogado, mas em circunstância alguma atribuir-se a automóvel de luxo e importado a condição de bem essencial.

De outro vértice, a questão referente à transmutação do contrato de arrendamento mercantil para compra e venda a prazo, em conseqüência do pagamento antecipado do valor residual garantido, diz respeito ao próprio mérito da demanda, não havendo ensejo à respectiva invocação nesta fase do procedimento, a par de não figurar entre as hipóteses que autorizariam o indeferimento da petição inicial, arroladas no art. 295 do Código de Processo Civil.

Decerto que não se sustenta o argumento de que ausente condição da ação, a saber, impossibilidade jurídica do pedido, visto que, consoante o escólio de Humberto Theodoro Júnior, "é, enfim, o pedido que serve para definir a adoção correta, ou não, do procedimento especial. Se o pedido não corresponde à ação indicada pelo autor, cabe ao juiz ordenar a retificação do rito. Quando, porém, o pedido é impossível de ser atendido, porque o autor, materialmente, não detém o direito subjetivo arrolado na inicial, a hipótese não é de carência de ação, nem de inadequação do rito, mas simplesmente de improcedência do pedido. Assim, se alguém propõe ação especial possessória sem ser, realmente, possuidor, ou se reivindica posse de área que ainda depende juridicamente de demarcação ou divisão, dá-se a improcedência do pedido, porque na realidade o pedido foi formulado dentro dos limites e requisitos do procedimento escolhido. O que inexistia era o suporte fático-jurídico para a acolhida do pedido. A sentença será, destarte, de mérito, e não meramente terminativa" (Curso de Direito Processual Civil, vol. III, 17ª edição, 3ª tiragem, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 10).

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 7 de agosto de 2001.

Silveira Lenzi,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 00.004557-8, DE BLUMENAU

Relator: Des. Luiz Cézar Medeiros

Agravo de instrumento — Execução — Não-localização de bens do devedor para fins de penhora — Remessa de ofício pelo judiciário à delegacia da Receita Federal — Admissibilidade — Medida que resguarda o interesse público — Agravo provido.

Excepcionalmente, é permitido, por meio de requisição judicial, devassar a declaração de renda do devedor, na Receita Federal, quando se vê frustrada a execução, na busca de bens que visem a garantir a execução judicial. É que, em face do interesse da Justiça na realização da penhora, para ensejar a desapropriação forçada, cada vez mais se toma consciência do caráter público do processo, que, como é cediço, é instrumento jurisdicional.

Assim, deferir diligências tendentes a impedir a frustração da via executória é medida que resguarda o interesse da própria Justiça e não somente do credor, mormente quando este é uma pessoa jurídica de direito público.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 00.004557-8, da comarca de Blumenau (Vara da Fazenda Pública, Executivos Fiscais, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que é agravante o município de Blumenau e agravado José Carlos de Souza Bar:

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

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo município de Blumenau, pretendendo a reforma do respeitável despacho (cópia à fl.15) proferido nos autos da Execução Fiscal n. 008.98.011455-9, ajuizada contra José Carlos de Souza Bar, cujo comando vem vazado nos seguintes termos:

"Segundo reiterada jurisprudência, 'salvo em situações excepcionais, não se justifica a quebra de sigilo nas declarações de imposto de renda, bem como a remessa de ofício a entidades como Detran, Cartórios de Registro, Celesc, Telesc, Casan, com o simples interesse de localizar bens à penhora, por não estar o aparelho judiciário à disposição dos jurisdicionados para realização de investigações' (Agravo de Instrumento n. 98.015723-4, de Lebon Regis, relator Desembargador Carlos Prudêncio).

"No mesmo sentido: Revista do Superior Tribunal de Justiça, volume 50, página 205, rel. Min. Cláudio Santos.

"É o caso dos autos.

"Assim, em que pesem os respeitáveis entendimentos em sentido contrário, indefiro o pedido".

Argumenta o Município, em síntese, que a decisão agravada fulminou de morte a sua pretensão no intuito de defender a coisa pública e conferiu um prêmio aos maus pagadores contumazes. Não se trata de simples interesse em descobrir bens penhoráveis, mas a providência, não só do credor, é também, e muito, de interesse da própria Justiça. A falta de solução nos processos depõe contra o próprio Judiciário, encorajando os maus pagadores a trilhar o caminho da impunidade.

Verbera ainda o agravante que legalmente não tem acesso às informações constantes das declarações de bens apresentadas na Receita Federal e outros órgãos, senão por determinação judicial, cuja providência é de ordem pública e moralizadora. Por isso, imperiosa se torna a reforma do decisório atacado para que se possibilite a obtenção dos dados necessários ao prosseguimento do processo executivo.

O pedido de efeito suspensivo foi denegado por intermédio do r. despacho de fl. 19.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça veio aos autos mediante parecer da lavra do Dr. José Antônio Salvadori, posicionando-se S. Exa. pelo desprovimento do reclamo.

II — Voto

Assiste razão ao agravante.

Pela certidão do meirinho, não foram localizados quaisquer bens passíveis de penhora. Cumpria pois ao Município, no resguardo do interesse público, a consulta aos órgãos competentes para apurar a existência de bens que possam satisfazer o crédito fiscal executado.

Evidente que as providências para localizar bens em nome do devedor, primordialmente, cabem ao próprio exeqüente. Não pode querer ele que o Juiz assuma o papel de investigador e envie ofícios requisitando esse tipo de informações a todos os órgãos que potencialmente possam ter registros contendo dados patrimoniais do devedor.

Assim, caberia ao exeqüente, frustrada a diligência realizada pelo oficial de justiça, dirigir-se diretamente aos referidos órgãos na busca de dados sobre bens que possam garantir a execução. Sobre isso, cumpre destacar que tanto o Detran, quanto os Cartórios de Registro de Imóveis, estão obrigados a fornecer certidões aos interessados, pela própria essência da publicidade inerente aos registros que efetuam. Nada impede também que a Celesc, Telesc ou outra empresa congênere preste esse tipo de informação, desde que devidamente justificado o requerimento nesse sentido.

Entretanto, se alguns desses órgãos ou empresas se negarem a prestar os esclarecimentos solicitados, não resta a menor dúvida que o credor pode e deve valer-se do Judiciário para a obtenção dessas informações.

Isso não vem atender somente o interesse do credor, mas da própria Justiça, constituindo providência de ordem pública, no sentido de robustecer a credibilidade da efetiva prestação jurisdicional. O juiz não pode ficar passivo ante as mazelas e chicanas do devedor, mormente se alertado pela outra parte.

A credibilidade dos negócios e atos jurídicos está diretamente relacionada com a capacidade do Judiciário de dar uma resposta efetiva ao restabelecimento do direito violado pela inadimplência de

um dos integrantes da relação jurídica. Essa responsabilidade avulta-se quando um dos litigantes é uma entidade de direito público cujos responsáveis não têm a disponibilidade do valor devido, sendo inclusive passíveis de punição se não tomarem todas as providências legais para recuperar o crédito fiscal.

In casu, o município de Blumenau requereu a expedição de ofício com ordem judicial para a obtenção de informações na Receita Federal.

Como é cediço, as informações contidas nas declarações de imposto de renda, sob a responsabilidade daquele órgão, nos termos do Decreto n. 85.450/80, gozam de sigilo, podendo este ser quebrado somente no caso de requisições feitas por juiz, no interesse da Justiça. Não permitir que o executado frustre maliciosamente a ação executória ocultando os bens, ou ocultando-se ele próprio para não decliná-los, é de interesse da Justiça, como aliás já se discorreu antes.

Nesse sentido, é confortante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça trazida à colação pelo recorrente, verbis:

"Execução — Penhora — Requisição de informações à Receita Federal.

"Em face do interesse da Justiça na realização da penhora, para permitir execução forçada, e tendo em vista que o patrimônio do devedor é a garantia do credor — art. 591 do CPC —, não podendo o devedor ocultar seus bens — art. 600, IV, do CPC —, legítima é a requisição, pelo juiz, de informações sobre bens do executado constantes de sua declaração para fins de pagamento do imposto de renda. O processo é instrumento da jurisdição, e o sigilo previsto no Decreto n. 85.450/80 — art. 673 — é ressalvado no caso de requisições feitas por juiz no interesse da Justiça — art. 675, caput" (STJ — Ac. unân. da 4ª Turma — ADCOAS 1992 — n. 137662 — págs. 413/4).

Na egrégia Segunda Câmara Civil, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 7.475, da Capital, em que foi relator o eminente Des. Xavier Vieira, decidiu-se que "não encontrados bens penhoráveis, frustrada a execução, nada obsta a requisição de informações específicas não consentidas administrativamente ao credor" (in DJESC n. 9.115, de 18/11/94, pág. 15).

E ainda na mesma alheta:

"Agravo de instrumento — Execução — Não-localização de bens do devedor penhoráveis — Oficialização pelo Judiciário de informações à delegacia da Receita Federal — Admissibilidade — Agravo provido.

"Excepcionalmente, é permi- tido através de requisição judicial devassar a declaração de renda do devedor, junto à Receita Federal, quando se vê frustrada a execução, na busca de bens que visem a garantir a execução judicial. É que, em face do interesse da Justiça na realização da penhora, para ensejar a desapro- priação forçada, cada vez se toma consciência do caráter público do processo, que, como é cediço, é instrumento jurisdicional" (in DJESC n. 9.353, de 8/11/95, pág. 23).

O requerimento formulado pelo Município não se traduz "num simples interesse em descobrir bens à penhora", mas sim num responsável esforço da Administração em resguardar a coisa pública. A satisfação de débito fiscal, repita-se, é de interesse de toda a coletividade e, justamente por essa razão, todos os esforços devem ser envidados, inclusive pelo Judiciário, órgão institucionalizado para a garantia da

coercibilidade da norma, evidentemente, no âmbito de suas atribuições.

Deferir diligências tendentes a impedir a frustração da via executória é medida que resguarda o interesse da própria Justiça e não somente do credor, como aliás brilhantemente já sacramentou este augusto Sodalício, verbis:

"Quando frustrados esforços no sentido de localização de bens do devedor para submetê-los à penhora, admite-se seja oficiado a repartição da Receita Federal objetivando cópia da última declaração de bens porventura apresentada pelo mesmo, com o que se estará resguardando o interesse da Justiça e não somente do credor" (Agravo de Instrumento n. 9.453, de Blumenau, rel. Des. Nilton Macedo Machado — in DJSC n. 9.125, de 17/4/95, pág. 8).

A decisão acima sumariada amolda-se perfeitamente ao caso em comento, pois que, como pode ser constatado, restou frustrada a execução ante a inexistência de bens atestada pelo meirinho. Curial, pois, seja reformado o r. despacho objurgado, para que de imediato seja expedido ofício à Receita Federal na forma requerida.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo para que seja oficiada a Receita Federal na forma requerida pelo município de Blumenau.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por unanimidade, conheceram e deram provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto e Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 30 de novembro de 2000.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente para o acórdão;
Luiz Cézar Medeiros,
Relator.

AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.012695-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Agravo seqüencial do artigo 557, § 1°, do CPC. Provimento de plano do recurso para extinção da demanda executiva. Honorários advocatícios. Decisão que arbitrou verba em percentual

sobre o valor do débito atualizado. Inteligência do disposto no art. 20, § 4º, do CPC. Apreciação eqüitativa. Viabilidade. Análise do trabalho realizado pelo advogado e do tempo exigido para seu serviço. Recurso provido.

Em tema de processo de execução de valor expressivo, pode o juiz, em sede de apreciação eqüitativa, arbitrar honorários em percentual diverso dos parâmetros estabelecidos pelo parágrafo 3º do artigo 20 do CPC, para que essa verba represente justa remuneração ao profissional, sem onerar demasiada e inadequadamente aquele que tenha de suportá-la.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 01.012695-8, da comarca da Capital, em que é agravante Banco do Brasil S.A. e agravada Gláucia Pereira da Conceição:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuida-se de agravo interposto nos autos de agravo de instrumento, cujo despacho do relator que me precedeu, em apreciando embargos declaratórios, fixou a verba honorária em "5% sobre o valor do débito atualizado e reclamado no contrato de abertura de crédito em conta corrente" (fls. 76/77).

Argumenta o agravante, em síntese, que a agravada veio a se manifestar nos autos da execução apenas após decorrido o prazo para a apresentação de embargos do devedor e só para argüir a nulidade da executional e que, em sendo acolhida tal nulidade, não há falar em fixação da verba honorária em percentual sobre o valor da causa, tendo em vista não haver mais título a embasar a execução.

A final, pede o seu provimento e junta documentos (fls. 86/223).

É o relatório.

II — Voto

Entendo não deva prosperar, por despicienda, a assertiva do agravante de que, na hipótese, é tão-somente cabível a fixação de honorários advocatícios em quantia certa.

É que, em que pese haver sido decretada a nulidade da ação de execução porquanto fundada em contrato de abertura de crédito em conta corrente, o art. 20, § 4º, do CPC autoriza o magistrado, mediante apreciação eqüitativa, fixar a verba honorária em percentual sobre o valor dado à causa, nem mesmo tendo de se ater, em verdade, aos limites impostos pelo § 3º do mencionado artigo, sobretudo quando o valor da ação é expressivo.

Yussef Said Cahali, a respeito, leciona:

"Como regra geral, portanto, não se exibindo a natureza da sentença como condenatória, 'daí por que o Juízo para fixação da verba em questão tem sede no art. 20, § 4º, do CPC, que consagra princípio eqüitativo para fixação quantitativa'.

"Em casos tais, tem-se admitido a fixação dos honorários em percentual sobre o valor da causa, à força de apreciação eqüitativa, ainda que aquém do limite de 10%" (Honorários advocatícios. São Paulo, RT, 1997, págs. 483/484).

Nesse mesmo sentido já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Processual civil. Honorários de advogado. Fixação.

"Os honorários de advogados, no caso do art. 20, § 4º, CPC, devem ser fixados segundo a prudência do magistrado, levando em conta particularidades do processo. A fixação do percentual baseia-se em elementos de natureza probatória, disponíveis aos julgadores a quo" (grifei — REsp n. 111.361/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU n. 88, de 12/5/97, pág. 18.873).

Ainda:

"Civil. Processual. Honorários de advogado. Ausência de condenação. Nas causas em que não há condenação, a apreciação eqüitativa do juiz para a determinação dos honorários de advogado não afasta a possibilidade de que os mesmos sejam arbitrados em percentual sobre o valor da causa (art. 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil)" (REsp n. 5.704/MG, rel. Min. Dias Trindade).

No mesmo norte, já se pronunciou esta Corte Catarinense:

"Não incorre em vulneração ao art. 20, parágrafo 4º, do texto processual civil, a fixação do estipêndio advocatício em percentual sobre o valor da causa, mesmo nas ações das quais se ausente condenação, quando essa fixação se atém a percentual módico, amoldando-se, destarte, à apreciação eqüitativa que deve presidir a interpretação do refalado dispositivo legal" (Apelação Cível n. 97.014022-3, de São João Batista, rel. Des. Trindade dos Santos).

No que tange, de outro lado, ao requerimento quanto à redução do percentual fixado para cálculo da sobredita verba, tenho que razão assiste ao agravante.

De fato, cumpre que se enfatize, em primeiro lugar, que, segundo solicitação desta relatoria, a atualização do valor do débito, procedido pela contadoria da colenda Corregedoria-Geral da Justiça, alcançou a elevada cifra de R$ 538.459,77 (documento acostado).

Sendo assim, considerando o trabalho realizado pelo ilustrado e culto Procurador da agravada, que nos autos principais peticionou apenas uma vez, argüindo a nulidade da execução (fls. 194/199) — quando o processado já se encontrava em fase de designação de leilão para alienação dos bens penhorados — e, neste Grau de Jurisdição, interpôs agravo de instrumento da decisão denegatória do pedido (fls. 2/11) e embargos declaratórios da decisão que, dando provimento ao agravo, não fixou o estipêndio advocatício (fls. 68/70), entendo mesmo deva ser reduzido o percentual.

É que, em tema de processo de execução de valor expressivo, pode o juiz, em sede de apreciação eqüitativa, arbitrar honorários em percentual diverso dos parâmetros estabelecidos pelo parágrafo 3º do artigo 20 do CPC, para que essa verba represente justa remuneração ao profissional, sem onerar demasiada e inadequadamente aquele que tenha de suportá-la.

Isso posto, pelo meu voto, dou provimento ao agravo seqüencial parar o fim de condenar o agravante ao pagamento de estipêndio advocatício no patamar de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido do débito, segundo o aludido cálculo.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, deu provimento ao agravo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Wilson A. do Nascimento.

Florianópolis, 9 de agosto de 2001.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.015491-9, DE JARAGUÁ DO SUL

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Agravo seqüencial do artigo 557, § 1°, do CPC. Decisão que negou seguimento a agravo de instrumento por falta de peça essencial. Ônus do recorrente. Juntada posterior do documento. Inviabilidade. Preclusão consumativa. Recurso desprovido.

A interpretação do artigo 525, I, do CPC permite a juntada, ao instrumento, como peça substitutiva, de documento equivalente à certidão de intimação da decisão hostilizada. Há que se enfatizar, todavia, que, para efeito de admissibilidade do agravo, a sua tempestiva interposição deve restar comprovada pelo agravante estreme de qualquer dúvida.

"A inicial do recurso de agravo de instrumento deve ser, compelitivamente, instruída com as peças consideradas pela lei processual civil como obrigatórias e também com aquelas que, muito embora facultativas, se mostrem imprescindíveis ao desate da questão, pois totalmente inadmissível se faz a juntada posterior de qualquer dessas peças. Sendo peça obrigatória, a certidão de intimação da interlocutória agravada, há que ser acostada à inicial, sob pena

de não se poder aquilatar a tempestividade ou não da insurgência. Inexistente nos autos certidão de intimação ou não tendo sido ainda juntado o respectivo AR intimatório, cumpre ao agravante, pena de ver negado prosseguimento ao reclamo, acostar certidão detalhando essa ocorrência" (Agravo no Agravo de Instrumento n. 99.003783-5, de São José, rel. Des. Trindade dos Santos).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 01.015491-9, da comarca de Jaraguá do Sul, em que é agravante R. P. K. N. e agravada C. dos A. N., representada por sua mãe P. M. dos A.:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuida-se de agravo interposto nos autos de agravo de instrumento, cujo despacho negou seguimento ao recurso por falta de peça obrigatória (fls. 43/44).

Argumenta o agravante, em síntese, que não foi devidamente citado, uma vez que o mandado de citação sequer foi cumprido.

Ressalta que teve conhecimento do teor da decisão agravada após constatar o desconto efetuado em sua folha de pagamento.

Sustenta que seu comparecimento espontâneo aos autos supre a falta de citação, pelo que a juntada àqueles autos do instrumento de procuração outorgado a seus advogados supre a ausência da certidão de intimação referente ao decisório agravado.

É o relatório.

II — Voto

É cediço que, ausente a peça obrigatória, não há margem para outra solução, a teor do disposto no artigo 525, I, do Código de Processo Civil, senão aquela adotada no decisório atacado.

Ora, tal norma tem como destinatário o próprio agravante, já que apenas a ele cabe instruir o agravo com as peças obrigatórias, não podendo o Tribunal, diante da nova sistemática, determinar a complementação do instrumento.

Assim, e tendo em vista que, pelos documentos juntados ao agravo de instrumento não se pode aferir com certeza acerca da tempestividade do recurso, correta é a decisão de fls. 43/44, que, com fulcro nos artigos 525, I, e 557, ambos do Código de Processo Civil, lhe obstou seguimento

Devo ressaltar ainda que, quando da interposição do recurso, caso não houvesse sido devidamente cumprida a carta precatória de citação, cabia ao recorrente juntar certidão cartorária atestando tal fato, de modo a elidir a determinação do artigo 525, I, do CPC.

Nesse mesmo sentido, esta Câmara Civil Especial já julgou:

"Agravo de instrumento — Ausência de peça processual obrigatória — Certidão de intimação — Segui-

mento negado — Agravo previsto no § 1º do art. 557 do CPC — Justificativa da omissão mediante alegação de inexistência, nos autos principais, de certidão de publicação da decisão recorrida — Juntada posterior de certidão atestando tal fato e a intimação do agravante — Impossibilidade — Decisão mantida.

"A sistemática do recurso de agravo, erigida pela Lei n. 9.139/95, imputa ao agravante o ônus de instruir seu inconformismo nos moldes previstos no art. 525, I, do CPC, ou seja, com as peças obrigatórias ali descritas. Faltando uma delas, no momento da protocolização do recurso, a negativa de seu seguimento é medida imperiosa, posto ser inadmissível, face à preclusão consumativa, a juntada posterior de peça essencial ao oferecimento do agravo.

"Inexistindo nos autos principais a certidão de intimação da decisão atacada e tampouco documento que a supra, incumbe ao agravante instruir o recurso com certidão expedida pelo escrivão do cartório onde tramita a ação atestando tal fato, bem como a data de sua intimação, para que se possa aferir a tempestividade recursal" (Agravo no Agravo de Instrumento n. 01.006114-7, de Balneário Camboriú, rel. Des. Alcides Aguiar) — grifei.

Há que se anotar, outrossim, que com a protocolização do agravo se opera preclusão consumativa, sendo vedada ao agravante a juntada posterior de documentos, como sucedeu, aliás, na hipótese enfocada.

Nesse norte tem-se pronunciado este Tribunal por reiteradas vezes, pelo que, por amor à brevidade, cito apenas alguns dos precedentes: Agravo no Agravo de Instrumento n. 98.012101-9, de São José, rel. Des. Anselmo Cerello; Agravo no Agravo de Instrumento n. 00.004489-0, de São José, rel. Des. Solon d'Eça Neves; Agravo no Agravo de Instrumento n. 99.020982-2, de Blumenau, rel. Des. Gaspar Rubik.

Isso posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

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

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nilton Macedo Machado e Jaime Ramos.

Florianópolis, 20 de setembro de 2001.

Alcides Aguiar,
Presidente;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 01.012686-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Jaime Ramos

Agravo (CPC, art. 557, § 1º) — Agravo de instrumento — Seguimento negado — Ausência de peça essencial ao seu julgamento — Discussão sobre intempestividade de apelação — Falta de juntada da certidão de intimação da sentença apelada — Recurso desprovido.

Se o Juízo a quo *obstou o seguimento do recurso de apelação por intempestividade, competia ao agravante juntar a certidão de intimação da sentença, a fim de que o relator pudesse apreciar a controvérsia, por isso que a ausência da referida peça, considerada necessária, conduz à negativa de seguimento do agravo, por falta de um dos pressupostos de admissibilidade.*

Intimações — Diário da Justiça — Comarca da Capital — Contagem do prazo — Interregno de três dias — Inaplicabilidade — Não conhecimento.

O prazo para interposição de recursos contra decisões proferidas no Juízo da comarca da Capital, conta-se a partir da publicação no Diário da Justiça, sem o acréscimo dos três dias úteis previstos no item 10.2, do Provimento n. 3/92, da Corregedoria-Geral da Justiça e no art. 414 do Código de Normas para o Foro Judicial, que se aplicam apenas às comarcas do interior do Estado.

Mandado de segurança — Ordem denegada — Matéria de ordem pública — Reexame necessário — Inadmissibilidade.

Não cabe ao Tribunal avocar os autos para reexame necessário de sentença proferida em mandado de segurança, que denegou a ordem pleiteada, ainda que a matéria discutida possa ser considerada de ordem pública.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, no Agravo de Instrumento n. 01.012686-9, da comarca da Capital, em que é agravante Siqueira & Cia. Ltda., sendo agravados a Prefeita Municipal de Florianópolis, o Secretário Municipal de Administração e o Presidente da Comissão Especial de Licitação do Edital de Concorrência Pública n. 1/SADM/2000:

ACORDAM, em Câmara de Férias, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Siqueira & Cia. Ltda. interpôs agravo de instrumento da decisão do Juízo a quo, que, no mandado de segurança impetrado contra ato da Prefeita Municipal de Florianópolis, do Secretário Municipal de Administração e do Presidente da Comissão Especial de Licitação do Edital n. 1/SADM/2000, reconheceu a intempestividade de seu recurso de apelação.

Da decisão do relator, que negou seguimento ao agravo de instrumento, pela ausência da certidão de intimação da sentença apelada, considerada essencial para o conhecimento do pedido de concessão do efeito suspensivo, o agravante manejou o agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

Sustentou que a certidão de intimação da sentença apelada está consubstanciada na publicação do edital no Diário da Justiça de 4/12/2001, não sendo relevante, por isso, qualquer outro documento ou informação com o objetivo de esclarecer se a intimação do decisum foi ou não formalizada pessoalmente, em cartório, ao advogado da parte, porque o prazo para a interposição do recurso, com o acréscimo de 3 (três) dias, somente começa a fluir a partir da circulação do órgão oficial de divulgação; que a certidão de intimação da sentença não serviria para o desate da controvérsia, que diz respeito a uma questão de mérito (reexame necessário/matéria de ordem pública), do que essencialmente processual (de admissibilidade); que embora a matéria, em tese, não verse sobre aquelas questões previstas no art. 475 do CPC, ou no art. 12, parágrafo único, da Lei n. 1.533/51, há que ser observada a norma do art. 37, XXI, da CF/88; e, por fim, que, em se tratando de irregularidade grave em processo licitatório, não se pode permitir que a observância de mero requisito processual, ou de ausência de previsão legal, impeça a remessa obrigatória à instância superior, pouco importando se houve ou não sucumbência da Fazenda Pública.

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 aqui examinado não pode prosperar.

Efetivamente, como já frisado no despacho que impediu o seguimento do agravo de instrumento, é responsabilidade do agravante instruir o recurso com todas as peças obrigatórias (art. 525, I, do CPC), e juntar, também, as peças necessárias ou facultativas (inciso II, do mesmo artigo), vale dizer, aquelas cuja ausência impossibilita ou dificulta o deslinde da questão.

O agravante insurge-se contra a decisão do Juízo a quo que negou seguimento ao seu recurso de apelação, por considerá-lo intempestivo, tendo o digno Magistrado registrado em seu decisum (fl. 51), o seguinte:

"Inconformado com a sentença de fls. 178/183 o impetrante interpôs apelação, objetivando sua reforma.

"Fê-lo, no entanto, serodiamente. À análise detida dos autos, verifica-se que o apelante foi devidamente intimado da decisão proferida em 4/12/2000, conforme certidão nos autos (fl. 185), iniciando-se a contagem do prazo para recorrer no dia 5/12/2000, expirando-se em 19/12/2000.

"A petição de apelação foi protocolada em 22/12/2000 (fls. 187 e 188 verso), quando o prazo já se encontrava encerrado.

"Assim, deixo de receber a irresignação, porque lhe falta o requisito objetivo da tempestividade".

Pugnando pela tempestividade do seu apelo, a agravante sustentou que ao caso deveria ser aplicado o Provimento n. 3/92, da Corregedoria-Geral da Justiça, que confere ao litigante de comarcas do interior mais três dias úteis de prazo para a prática dos atos processuais, sempre que a intimação se der via Diário da Justiça.

No entanto, os documentos juntados pelo agravante não permitem uma correta análise da quaestio, haja vista que deixou de juntar justamente a certidão de intimação da sentença apelada, que deu margem à decisão atacada, de fl. 185 dos autos principais. Desse modo, não é possível saber se a intimação efetivamente se realizou por publicação no órgão oficial, ou em cartório. Essa circunstância é de fundamental importância, para aquilatar-se sobre a possibilidade ou não da adição do interregno de 3 dias, previsto no Provimento, o que só ocorre quando a intimação se verifica por edital publicado no Diário da Justiça.

Portanto, sendo necessária à correta apreciação da matéria, a referida certidão, e não tendo sido juntada pelo agravante, impõe-se negar seguimento ao presente recurso, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil.

Tem-se decidido neste Tribunal:

"Agravo de instrumento. Ausência de peças necessárias à compreensão da controvérsia. Instrução deficiente. Recurso não conhecido. É dever do agravante instruir o recurso com as peças obrigatórias arroladas no art. 525, I, do Código de Processo Civil, e com as necessárias à correta compreensão da controvérsia e apuração da apontada ilegalidade ou abuso da decisão atacada, sob pena de deficiente instrução, que obsta o seguimento do recurso" (Agravo de Instrumento n. 99.018271-1, de Joinville, rel. Des. Sérgio Paladino).

Nem é possível a baixa em diligência ou a juntada posterior da peça faltante:

"Ausência de juntada das peças fundamentais para o entendimento da controvérsia. Negativa de seguimento ao agravo de instrumento. Suprimento da instrução deficiente em sede de agravo inominado. Impossibilidade. 'É dever do agravante instruir o recurso com todas as peças obrigatórias e também as necessárias à demonstração e compreensão dos fatos articulados, inadmitindo-se superveniente juntada de documentos' (Des. Eder Graf). Recurso desprovido" (Agravo Inominado — art. 557, § 1º, do CPC — nos autos do AI n. 99.011452-0, de Chapecó, rel. Des. Silveira Lenzi).

Theotonio Negrão (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 31ª ed., São Paulo, Saraiva,

2000, pág. 558), ao anotar o art. 525, inciso I, deixa bem claro:

"O inciso I especifica as peças obrigatórias. Mas existem, ainda, peças necessárias, a saber, as mencionadas pelas peças obrigatórias e todas aquelas sem as quais não seja possível a correta apreciação da controvérsia; a sua falta, no instrumento, acarreta o não conhecimento do recurso, por instrução deficiente (RT 736/304, JTJ 182/211)".

Outro não é o entendimento de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 768):

"Formação deficiente. Peças facultativas. A juntada das peças facultativas também está a cargo da parte, incumbindo-lhe juntar aquelas que entenda importantes para o deslinde da questão objeto do agravo, ainda que seja documento novo, que não conste dos autos (Bermudes, Reforma, 89). Caso não seja possível ao tribunal compreender a controvérsia, por ausência de peça de juntada facultativa, o agravo não deverá ser conhecido por irregularidade formal (Nery, Recursos, 323). Não mais é dada ao tribunal a faculdade de converter o julgamento em diligência para melhor instruir o agravo, como se previa na redação revogada ao CPC 557. Alterado este dispositivo sem repetir a possibilidade de conversão em diligência, não mais se admite esse expediente".

De fato, pela nova sistemática do agravo, introduzida pela Lei n. 9.139/95, descabe determinar diligências para a supressão das irregularidades formais do reclamo. O momento próprio para o agravante formar o instrumento recursal é o da sua interposição, impondo-se o não conhecimento do recurso se não atendido o disposto no art. 525 do CPC.

A ausência da juntada de peça necessária à compreensão da controvérsia implica na falta de um dos pressupostos gerais, objetivos, de admissibilidade do agravo, que é a regularidade formal. Manifestamente inadmissível, pois, o agravo, cabe negar-lhe seguimento, com esteio no art. 557, caput, do Código de Processo Civil.

Esse dispositivo também permite ao relator negar seguimento ao agravo manifestamente improcedente, como é o presente.

Com efeito, se a intimação sobre a sentença da qual o agravante interpôs a apelação efetivou-se pessoalmente, na data de 4/12/2000, não há dúvida de que aquela peça recursal era intempestiva, como demonstrou a MM. Juíza a quo. Se, por outro lado, a intimação foi levada a efeito por edital publicado no Diário da Justiça de 4/12/2000 (segunda-feira), como afirmou a agravante, outro também não seria o desfecho, senão o reconhecimento da intempestividade da apelação, já que se trata de processo que tramita na comarca da Capital e, neste caso, o Código de Normas da egrégia Corregedoria-Geral da Justiça é muito claro ao determinar a contagem imediata do prazo, sem o interregno de 3 dias, que se destina apenas à contagem dos prazos para as decisões proferidas nos feitos que tramitam nas comarcas do interior.

Dispõem os arts. 414, § 2º, e 417, do referido Código de Normas para o Foro Judicial:

"Art. 414. ...

"§ 2º. Nas comarcas do interior é fixado o interregno de 3 (três) dias úteis entre a data da publicação do edital e o início da contagem dos prazos processuais decorrentes da intimação, tendo em vista que a circulação do Diário da Justiça não se dá no mesmo dia de sua edição".

"Art. 417. Para a Turma de Recursos da Capital, assim como para o respectivo Foro, e também para o Tribunal de Justiça, a contagem dos prazos processuais cuja intimação opera-se pelo sistema da publicação editalícia, dá-se a partir da circulação do Diário da Justiça na Capital do Estado".

Este último dispositivo foi inserido à vista da interpretação dada pelo item 2.1, do Provimento n. 7/94, ao Provimento n. 3/92.

Não importa, então, que o advogado da parte ou esta tenha domicílio em comarca do interior ou em outro Estado. O que importa é que o processo tramite na comarca da Capital. Essa é a orientação vigente neste Tribunal:

"Para efeito de contagem de prazos é sempre considerada a sede do órgão jurisdicional e não o domicílio do advogado, conforme ponderou o Provimento n. 7/94, em seu item 3. A contagem dos prazos, relativamente ao Tribunal de Justiça, dar-se-á a partir da circulação do Diário da Justiça na Capital do Estado, como sempre sucedeu, mesmo antes da adoção do sistema unificado de publicação editalícia dos atos judiciais, adotado pelo Provimento n. 3/92, cuja aplicação é restrita à primeira instância" (AAI n. 96.008972-1, Des. Pedro Manoel Abreu).

"Apelação cível. Intimação pela imprensa. Comarca da Capital e advogado residente no interior. Contagem do prazo. 'Para efeito de contagem dos prazos é considerada sempre a sede do órgão jurisdicional e não o domicílio do advogado' (Provimento n. 7/94, da Corregedoria-Geral da Justiça)" (Ap. Cív. n. 47.540, Capital, rel. Des. Francisco Borges, DJ n. 9.219, de 24/4/95, pág. 12).

"Agravo de instrumento — Ataque a decisão que não recebeu recurso de apelação — Intempestividade — Intimação feita pelo Diário da Justiça — Processo em trâmite na comarca da Capital e advogado domiciliado no interior — Início do prazo recursal no dia seguinte ao da circulação do jornal na Capital — Inteligência do Provimento n. 7/94 da Corregedoria-Geral da Justiça — Inaplicabilidade do Prov. n. 3/92" (AI n. 96.005385-9, da Capital, Des. Gaspar Rubik).

"Recurso — Intempestividade — Provimento n. 3/92, da CGJ — Comarca do interior — Exegese. Exsurge inaplicável o disposto no item 10.22 do Provimento n. 3/92, da Corregedoria-Geral da Justiça aos processos com tramitação perante a comarca da Capital, posto que o benefício lá insculpido é dirigido somente às unidades jurisdicionais do interior" (ACMS n. 4.771, da Capital, rel. Des. Eder Graf, em 21/12/1993).

Ainda, no mesmo sentido: EDAI n. 97.006298-2 e Ap. Cív. n. 96.006834-1, ambos deste Tribunal.

Assim, considerando que a publicação do edital deu-se no Diário da Justiça de 4/12/2000 (segunda-feira),

que normalmente circula na mesma data na comarca da Capital (e prova em contrário não foi trazida pela agravante), a apelação interposta pela agravante em 22/12/2000 é intempestiva, vez que o prazo recursal já havia esgotado em 19/12/2000 (terça-feira).

Por outro lado, a circunstância de o apelo versar sobre matéria de ordem pública, ou seja, irregularidades em edital de licitação, não autoriza o Tribunal de Justiça a avocar os autos da primeira instância, já que nem a Constituição da República e nem a legislação autorizam tal providência, a menos que a discussão versasse sobre alguma das questões previstas no art. 475 do Código de Processo Civil, ou do art. 12, parágrafo único, da Lei n. 1.533/51, que tratam do reexame necessário, ou seja, do duplo grau de jurisdição obrigatório, o que não se verifica na hipótese constante destes autos, porque a ordem pleiteada no mandado de segurança foi denegada.

À vista do exposto, nego provimento ao presente agravo.

III — Decisão

Conforme o voto do Relator, nega-se provimento a este agravo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 31 de julho de 2001.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 00.012020-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Volnei Carlin

Embargos declaratórios — Ausência dos pressupostos de embargabilidade do julgado — Alegações de ofensa à Constituição e à Lei Processual Civil — Objetivo de novo exame sobre a matéria decidida — Pré-questionamento — Inadmissibilidade.

O recurso de embargos de declaração descabe quando, a pretexto de esclarecer uma inocorrente contradição, obscuridade ou omissão do julgado, busca, ao final, rediscutir a matéria, objeto da lide.

Embargos de declaração — Interposição visando, especificamente, a suprir omissão do julgado.

Opostos embargos contra decisão em mandando de segurança para sanar omissão e/ou visando ao pré-questionamento de temática constitucional, não é admissível alteração substancial do julgado, fato que afrontaria o art. 535, II, do CPC, indo além dos limites nele estabelecidos.

Inexistindo qualquer omissão no acórdão, rejeitam-se os embargos. No caso presente, o acórdão foi preciso e explícito ao analisar o comportamento funcional da impetrante/embargada.

Embargos declaratórios — Exercício da função jurisdicional — Interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Ao lado dos métodos tradicionais de interpretação (literal, histórica e contextual), outras exegeses contemporâneas existem na seara da hermenêutica (teleológica, comparativa, lógica do razoável e evolutiva), que permitem ao julgador dar uma interpretatio *extensiva que atinja a verdadeira finalidade do processo.*

E o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido da impossibilidade jurídico-processual de a parte reclamante buscar, pela via dos embargos declaratórios, a ampliação e/ou revisão dos fundamentos do apelo, sob alegações de ofensa à Carta Política ou a leis infraconstitucionais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Mandado de Segurança n. 00.012020-0, da comarca da Capital, em que é embargante o Estado de Santa Catarina e embargada Maria Aparecida dos Santos Amboni:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, rejeitar os embargos.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Maria Aparecida dos Santos Amboni impetrou mandando de segurança contra o ato da Exma. Sra. Secretária do Estado da Educação e do Desporto de Santa Catarina, objetivando continuar percebendo a gratificação de regência de classe durante a readaptação, consoante o art. 49 da Lei n. 6.844/86.

Processado o feito e com a concessão da ordem (fls. 49/54), o Estado de Santa Catarina, às fls. 59/63, opôs embargos declaratórios em face da referida decisão colegiada, aduzindo que existe omissão no acórdão, ora atacado, porque não foi apreciada a tese suscitada de que a embargada não recebia a referida verba remuneratória quando foi readaptada, motivo pelo qual não se justificaria o pagamento de tal gratificação. Pré-questiona o art. 5º, incs. LIV e LV, da Constituição da República Federativa do Brasil e os arts. 126, 128, 458, incs. II e III, e 535, todos do Código de Processo Civil.

II — Voto

Ab initio, deve-se delimitar a matéria a ser discutida em sede de embargos declaratórios vis-à-vis o disposto no art. 535 do Código de Processo Civil. É equivocada a pretensão do embargante, in casu, de reexaminar o meritum causae quanto à legalidade do pagamento da gratificação de regência de classe à professora readaptada.

Sobre o assunto eis a lição de Theotonio Negrão:

"São incabíveis embargos de declaração utilizados 'com a indevida finalidade de instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada' pelo julgador (RTJ 164/793)" (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 30ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 559, nota 3 do art. 535).

Ainda, do mesmo jurista:

"A função dos tribunais, nos embargos de declaração, não é responder a questionários sobre meros pontos de fato, mas sim dirimir dúvidas, obscuridades, contradições ou omissões (RTJ 103/269)" (obra citada, pág. 558, nota 2, do mesmo artigo).

Colhe-se o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

"Se a parte dissente dos fundamentos esposados no aresto embargado, cumpre-lhe questioná-los na via recursal própria, não se prestando os embargos declaratórios para rediscussão da matéria objeto da lide" (Embargos de Declaração na Ap. Cív. n. 98.004608-4, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Eder Graf).

Indiscutivelmente, o que pretende o embargante ver reformado tem relação com o mérito da causa decidida, o que, como já dito e fundamentado, não é passível de análise por esta via recursal.

Não há omissão no presente julgado, eis que este colegiado, quando adotou o entendimento de que a embargada recebia normalmente a gratificação de regência de classe ao ser readaptada (fl. 50), afastou, por conseguinte, a tese do embargante de que Maria Aparecida dos Santos Amboni não recebia a verba remuneratória à época da readaptação funcional.

Do exame dos autos (fls. 15/16 e 38) nota-se que, no mês anterior (janeiro/2000 — fl. 15) ao qual foi concedida a readaptação (fevereiro/2000 — fl. 13), a embargada recebeu a verba em questão, o que comprova que sofreu decesso remuneratório quando foi readaptada.

Ressalte-se que a portaria de readaptação foi expedida somente em 2/5/2000, mas seus efeitos foram retroativos a 2/2/2000, conforme documento de fl. 13.

Convém gizar, ainda, que, no mês seguinte à concessão do recolocação funcional (março/2000), Maria Aparecida dos Santos Amboni recebeu novamente a gratificação discutida, segundo afirmativa do próprio embargante (fl. 60) corroborada por documento de fl. 38 por ele produzido.

Ora, é cediço que não se configura omissão o fato de o Magistrado não ter rebatido todos os pontos suscitados pelas partes. Veja-se:

"Não tem ele, por outro lado, o dever de expressar sua convicção acerca de todos os argumentos utilizados pelas partes, por mais impertinentes que sejam" (Moreira, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 540).

Eis o entendimento pretoriano:

"Desnecessidade de serem esmiuçados todos os pontos erguidos nos arrazoados das partes, bastando os motivos norteadores do convencimento lineados claramente na motivação" (EDREsp. n. 45.536-7/RS, rel. Min. Milton Luiz Pereira).

Nesse diapasão, não há qualquer afronta à Legislação Processual Civil ou à Carta Magna, uma vez que esta Câmara, ao abraçar entendimento contrário aos argumentos do embargante, não deixou de decidir nos limites em que a lide foi proposta, nem tampouco se esquivou da aplicação da lei, apenas repeliu as teses apresentadas pelo impetrado.

Como registrado linhas anteriores, se o vencido não concorda com os fundamentos da decisão embargada, compete a ele questioná-los por meio da forma recursal adequada, não sendo os embargos de declaração a via correta para tal desiderato.

Não se pode olvidar que, embora a intenção do embargante seja de pré-questionamento para admissibilidade de recurso para os Tribunais Superiores, é mister que se demonstre o ponto obscuro, omisso ou contraditório do julgado, o que, no caso em tela, não restou evidenciado pelo recorrente.

É da jurisprudência:

"Mesmo para efeito de prequestionamento, a oposição de embargos de declaração pressupõe a existência de obscuridade, contradição ou omissão, não sendo o meio legal para reanalisar as questões decididas e o acerto do julgado" (EDACív. n. 51.629, de Joinville, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra).

Conclui-se, portanto, que os pressupostos dos embargos de declaração não estão presentes, sendo sua rejeição medida a ser imposta.

Nessa senda:

"Processual civil. Embargos de declaração. Reexame da causa. Efeitos infringentes. Descabimento. Impropriedade do recurso para responder questões aventadas ao longo da contenda.

"Descabem embargos de declaração com o fim de obter o reexame da causa e dar efeitos infringentes ao julgado, se não atendem aos pressupostos do art. 535 do CPC, com a

indicação de omissão, dúvida ou contradição do acórdão.

"Não se prestam, do mesmo modo, os embargos declaratórios, a responder consultas ou questões aventadas pelas partes ao longo da contenda, sobretudo se o acórdão hostilizado decidiu com base em argumento bastante e suficiente para deslindar adequadamente a controvérsia e respaldar a decisão prolatada" (STJ, EDREsp n. 39.195-4/SP, Min. Demócrito Reinaldo, DJU n. 184, 26/9/94, pág. 25.609).

Acresça-se que o legítimo exercício da função jurisdicional admite interpretação extensiva dos ordenamentos jurídicos (REsp n. 35.518-4/SP — STJ — j. 13/12/93), sendo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inadmite os embargos de declaração, para efeito de rediscussão da matéria julgada (RTJ 174/631).

Diante de todo o exposto, rejeitam-se os embargos de declaração opostos pelo Estado, pois inexistente a omissão alegada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide o Grupo, à unanimidade, rejeitar os embargos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Gaspar Rubik , Luiz Cézar Medeiros e o Exmo. Sr. Juiz Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 8 de agosto de 2001.

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

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 99.002826-7, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Silveira Lenzi

Embargos infringentes. Execução. Instrumento particular de confissão, composição de dívida, forma de pagamento e outras avenças garantido por nota promissória. Novação. Inocorrência. Ausência de animus novandi. *Inteligência do art. 1.000 do CC. Necessidade da juntada dos contratos anteriores. Nulidade da*

execução mantida. Apreciação ex officio. *Art. 618 do CPC.*

"A novação é forma de extinção da dívida contraída, gerando nova obrigação, que substitui a anterior. Não podendo ser presumida, condiciona-se ao inequívoco intuito de inumar a relação obrigacional que até então vigia, engendrando uma outra que lhe toma o posto.

"Não operada a novação, a obrigação originária é apenas confirmada pela que a segue (art. 1.000 do CC), cumprindo ao exeqüente a juntada dos documentos que representam a dívida renegociada para que se possa atestar a higidez do título executivo, sob pena de nulidade" (Des. Pedro Manoel Abreu).

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos infringentes n. 99.002826-7, da comarca de Chapecó, em que é embargante o Banestado — Banco do Estado do Paraná S.A., sendo embargados TCL — Transportes Camargo Ltda. e Derli de Camargo:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de embargos infringentes opostos pelo Banco do Estado do Paraná S.A. — Banestado contra o acórdão de fls. 56/61 da Primeira Câmara Civil, relatado pelo Des. Orli Rodrigues, que, por maioria de votos, negou provimento ao recurso, mantendo a extinção da execução ajuizada contra TCL — Transportes Camargo Ltda. e Derli de Camargo, por entender que o contrato de crédito em conta corrente não se constitui título executivo.

O embargante sustenta que ocorreu a novação do contrato de abertura de crédito em conta corrente, para o contrato intitulado instrumento particular de confissão garantido por nota promissória, composição de dívida, forma de pagamento e outras avenças, por conseguinte, extinguiu-se aquele, ex vi do inc. I do art. 999 do CC, para prevalecer este como título executivo extrajudicial de acordo com o inc. II do art. 585 do CPC.

Devidamente preparado o recurso, a embargada não apresentou resposta.

II — Voto

Infere-se dos autos que o Juiz a quo, ao proferir a sentença, extinguiu o processo com fulcro no inc. I do art. 618, por entender não ser o contrato de abertura de crédito título líquido, certo e exigível.

Quando do julgamento da apelação, esta foi desprovida, por maioria de votos, sob o fundamento de que o contrato de abertura de crédito não constitui título executivo, em consonância com a sentença do Magistrado

de primeira instância. Vencido o Des. Newton Trisotto que entendeu ser o contrato de confissão de dívida assinado por duas testemunhas, ainda que proveniente de contrato de abertura de crédito em conta corrente, título executivo extrajudicial.

No caso sub examen não houve a extinção da dívida anterior representada pelo contrato de abertura de crédito em conta corrente — ECC supercheque (fl. 9), mas apenas a sua prorrogação, que não possui o condão de nová-la.

Dispõe o art. 999 do Código Civil:

"Dá-se a novação:

"I — Quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior.

"II — Quando novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor.

"III — Quando, em virtude de obrigação nova, outro credor é substituído ao antigo, ficando o devedor quite com este".

Segundo ensinamento de Arnoldo Wald, novação "é a transformação de uma obrigação em outra, ou melhor, a extinção de uma obrigação mediante a constituição de uma obrigação nova que se substitui à anterior, distinguindo-se a prestação antiga da nova seja pelo valor ou natureza da prestação, seja por modificação do credor ou devedor" (Obrigações e Contratos, 6ª ed., RT, São Paulo, 1983, pág. 69).

Os pressupostos da novação são: "1º — o acordo das partes; 2º — uma obrigação válida anterior; 3º — ânimo de novar, expresso ou claramente deduzido dos termos da nova obrigação, porque, na falta desta intenção, subsistem as duas obrigações, vindo a segunda reforçar a primeira (art. 1.000); 4º — validade da segunda obrigação" (Clovis Bevilaqua, Código Civil, vol. IV, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1955, pág. 126).

José Lopes de Oliveira ensina que "para que se configure a novação exigem-se os seguintes requisitos: a) existência de uma obrigação anterior (obligatio novanda); b) constituição de uma obrigação nova que extingue a antiga (aliquid novi); c) intenção de novar (animus novandi)" (Direito das Obrigações, Livrotécnica Ltda., Recife, 1976, pág. 156).

Discorrendo acerca deste instituto, Pontes de Miranda leciona: "se algo se muda à dívida e esta persiste a mesma, segundo os princípios que já expusemos, não há novação" (Tratado de Direito Privado, tomo XXV, 3ª ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1971, pág. 79).

E mais adiante acrescenta: "É preciso que, em relação à dívida logicamente anterior, haja aliquid novi. O pacto de novar há de existir, mas é preciso, para que se nove, que algo exsurja de novo. Não se novaria prometendo-se, mais uma vez, o que já se devia" (ob. cit., pág. 80).

Por sua vez, dispõe o art. 1.000 do Código Civil, que "não havendo ânimo de novar, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira".

Os doutrinadores são unânimes em admitir que a novação não se presume. Para que ela ocorra é necessário que "o animus resulte de modo claro, induvidoso, sem possibilidade de impugnações. Em caso de perplexidade, exclui-se a idéia de novação"

(Washington de Barros Monteiro, Direito das Obrigações, 1ª parte, 10ª ed., pág. 297).

Orlando Gomes preleciona que "não é imprescindível que o animus novandi seja manifestado expressamente. Pode resultar das circunstâncias que envolvem a estipulação".

E sublinha: "Do fato, porém, de se admitir o animus novandi tácito, não se deve inferir que se presuma" (Obrigações, 4ª ed., n. 106, pág. 168).

J. M. Carvalho Santos assinala com muita propriedade que:

"o animus novandi, como se vê, é erigido em elemento decisivo para a novação. Não se presumindo (...) necessário se faz que seja expresso, ou pelo menos tácito, resultado dos têrmos da convenção, ou das circunstâncias, de modo a tornar destacada a segunda obrigação da primeira.

"A novação não se presume, é a regra geralmente admitida.

"Embora indiscutível que a novação não se presume, não é todavia indispensável que o credor declare positivamente que tem a intenção de novar o seu crédito, bastando que a sua vontade de fazer uma novação apareça tão evidentemente que não possa ser posta em dúvida (Ac. do Supr. Trib. Federal, em 24 de setembro de 1920, na Rev. do Supremo Tribunal, vol. 28, pág. 218).

"Caímos aí no domínio da novação tácita, isto é, resultante de fatos que, uma vez praticados, não tenham outra explicação senão o animus novandi" (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XIII, 6ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1955, pág. 178).

Faz-se mister, dessa forma, averiguar a presença de elementos que indiquem a vontade das partes de constituir nova obrigação para extinguir a antiga.

Denota-se dos autos que as partes firmaram instrumento particular de confissão de dívida, forma de pagamento e outras avenças, garantido por nota promissória n. 1014260-8, em 23/6/95, no valor de R$ 5.630,00 (cinco mil seiscentos e trinta reais) com o claro intuito de postergar o pagamento da dívida confessada e vencida — contrato de abertura de crédito em conta corrente — ECC "Supercheque", firmado em 14/9/94, com saldo devedor de R$ 5.640,54.

Tal prática é usual entre as instituições financeiras que, a fim de se acautelarem, renegociam as dívidas de seus clientes, decorrentes de contratos bancários de pouca ou nenhuma executividade — como os contratos de crédito de abertura de crédito rotativo —, formando uma sucessão de pactos encadeados, cujos conteúdos, na maioria das vezes, apenas alteram a forma de pagamento e os encargos, convalidando cláusulas anteriores abusivas, suplantadas por estas novas renegociações contratuais.

Pela natureza do contrato de confissão de dívida firmado entre as partes — que apenas alterou prazos e acrescentou outros encargos à avença original — não há como se presumir que o devedor pactuou esta nova obrigação com a intenção de extinguir a primitiva.

Corroborando esta afirmação, leciona Carvalho Santos que "nos casos de reforma do título, da prorrogação do prazo para o pagamento, da

exigência de novas garantias, etc." (op. cit., pág. 179), não há novação, mas tão-somente, a confirmação da dívida anterior por uma nova.

Dessa forma, não tendo a empresa devedora o animus de novar a obrigação primitiva pela avença posterior, representada pelo instrumento contratual excutido, fazia-se necessária a juntada de todos os contratos anteriores encadeados, que deram origem ao instrumento de confissão de dívida, a fim de que se pudesse aferir a evolução do débito, mormente quanto à sua liquidez, certeza e exigibilidade.

A propósito, a Quarta Câmara Civil deste Tribunal de Justiça, em recentes julgados, já teve oportunidade de se manifestar:

"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 reconhecidos para que não prevaleçam vícios desconhecidos" (Ap. Cív. n. 98.015113-9, de Santa Cecília, Des. Alcides Aguiar, julgada em 21/12/00).

Nesse sentido:

"Embargos do devedor. Contrato de abertura de crédito, com reconhecimento e confissão de dívidas e outras avenças e nota promissória. Situação que revela que não se trata de novo financiamento ou de novação, mas de mera confirmação de obrigações anteriores. Saldos devedores em contratos de abertura de crédito fixo e de crédito rotativo. Contratos que deram origem à dívida não apresentados pelo credor com a inicial da execução. Súmula 14 do TJSC. Nulidade da execução. Honorários advocatícios. Critério de eqüidade. Extinção da execução por carência de ação. CPC, arts. 20, § 4º, 264 e parágrafo único, 267, inc. VI e § 3º, e 618, inc. I do CPC. Recurso prejudicado" (Ap. Cív. n. 00.015251-0, de Itaiópolis, Des. Nelson Schaefer Martins, julgada em 28/6/01).

E também:

"Embargos à execução. Confissão de dívida e nota promissória passada em garantia. Novação. Não ocorrência. Confirmação de obrigação anterior. Artigo 1.000 do Código Civil.

Ausência do contrato originário. Documento essencial. Nulidade.

"A novação é forma de extinção da dívida contraída, gerando nova obrigação, que substitui a anterior. Todavia, para que se a tenha, requer-se o animus novandi, vale dizer, o intuito de inumar a relação obrigacional que até então vigia, engendrando uma outra que lhe toma o posto.

"Não há novação quando em confissão de dívida verifica-se a ratificação das cláusulas da obrigação anterior. A mudança deve ocorrer no objeto principal da obrigação, em sua natureza e na causa jurídica. Se assim não for, terá a segunda obrigação apenas confirmado a primeira, à luz do artigo 1.000 do Código Civil.

"Em não havendo novação é necessária a juntada de todos os documentos que originaram a dívida, sob pena de nulidade da execução por ausência de título executivo.

"Faltante documento essencial para a constatação da validade de confissão de dívida, não há como se reconhecer certeza, liquidez e exigibilidade à nota promissória passada em sua garantia, pelo que perde esta sua autonomia" (Ap. Cív. n. 99.008364-0, de Curitibanos, Des. Pedro Manoel Abreu, julgada em 30/11/2000).

E, ainda, sobre o tema:

"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, Des. Trindade dos Santos, julgada em 26/10/00).

Corroborando, tem-se mais um julgado desta Corte:

"Embargos à execução. Renegociação de dívida. Inexistência de animus novandi. Confirmação de obrigações anteriores. Ausência dos contratos originários. Documentos indispensáveis à formação do título executivo. Nulidade. Recurso improvido.

'A novação é forma de extinção da dívida contraída, gerando nova obrigação, que substitui a anterior. Não podendo ser presumida, condiciona-se ao inequívoco intuito de inumar a relação obrigacional que até então vigia, engendrando uma outra que lhe toma o posto.

'Não operada a novação, a obrigação originária é apenas confirmada pela que a segue (art. 1.000 do CC), cumprindo ao exeqüente a juntada dos documentos que representam a dívida renegociada para que se possa atestar a higidez do título executivo, sob pena de nulidade' (TJSC, Ap. Cív. n. 99.018041-7, rel. Des. Pedro Manoel Abreu)" (Ap. Cív. n. 00.021101-0, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, julgada em 21/6/01).

E mais:

"Execução. Embargos. Escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária. Inocorrência de novação. Confirmação da obrigação

primitiva. Indispensabilidade da juntada do contrato que deu origem à dívida. Nulidade da execução" (Ap. Cív. n. 99.008292-0, de Barra Velha, Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, julgada em 7/6/01).

Outro ponto que merece consideração é o relativo ao demonstrativo de débito atualizado mês a mês, de acordo com o art. 614, inc. II, do CPC, o que não ocorre na presente actio, posto que o demonstrativo acostado só apresenta a evolução da dívida após a celebração do contrato de confissão, não abrangendo o período anterior, desde a realização do contrato inicial.

A par de todo o exposto, a presente execucional encontra-se fadada à extinção, isso porque, não foi carreado junto com a exordial documento indispensável ao deslinde desta demanda, qual seja, o contrato anterior confessado pela devedora, afrontando os arts. 586 e 618 do CPC, devendo o processo ser extinto, sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, inc. IV, do CPC.

III — Decisão

Do exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo a extinção do feito, por fundamento diverso do acórdão, em razão da ausência de título hábil a instruir a execucional, com fulcro nos arts. 586, caput, 618, inc. I, do CPC, e 267, inc. IV, do CPC.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Maria do Rocio Santa Ritta, e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 9 de outubro de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente;
Silveira Lenzi,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra:

Dissenti da douta maioria, por entender que o contrato denominado "Instrumento Particular de Confissão, Composição de Dívida, Forma de Pagamento e Outras Avenças", estampado com clareza às fls. 9/9v. dos autos, não é uma simples postergação dos demais (Contrato de Abertura de Crédito em Conta Corrente — ECC Supercheque — apud, mas, sim, verdadeira novação, nos moldes do art. 999, I, do Código Civil.

Inadimplentes, como sói acontecer em casos semelhantes, e na perspectiva de comporem suas dívidas, os executados assumiram, em nova forma de avença, as suas obrigações passadas, não podendo alegar (aliás, no caso nem alegaram, pois a questão foi conhecida de ofício, o que é mais grave) ausência de animus novandi.

Existe — e isso é mais claro que a luz solar — fundamental diferença entre prorrogar uma dívida, providência que dispensa até qualquer contrato, e assumir, em outra, as obrigações primitivas não pagas, pouco importando, como no caso, se se tratava, na original, de contrato de abertura de crédito em conta corrente.

Inexiste no Código de Processo Civil qualquer obrigação de que o credor, munido de um contrato de confissão e renegociação, tenha que anexar à inicial da execução as avenças anteriores.

Assim sendo — salvo quando as partes manifestaram o ânimo –, em qualquer confissão, renegociação ou composição das dívidas pretéritas haverá novação, passível de execução forçada.

Nada obsta, todavia (como sempre tenho defendido), que se afastem os excessos de execução, em face do Código de Defesa do Consumidor e das cláusulas chamadas "leoninas".

Por isso, meu voto foi no sentido de dar provimento ao recurso.

Cláudio Barreto Dutra

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino:

Dissenti da douta maioria por entender que a execução funda-se em contrato particular, denominado "instrumento particular de confissão, composição de dívida, forma de pagamento e outras avenças", fruto de novação que extinguiu o de abertura de crédito em conta corrente originariamente celebrado entre as partes.

Estatui o art. 999, I, do Código Civil, verbis:

"Dá-se a novação:

"I — quando o devedor contrai com o credor nova dívida, para extinguir e substituir a anterior".

Discorrendo sobre os efeitos das obrigações, ensina Washington de Barros Monteiro:

"A novação corresponde a meio liberatório singular, a modo especial de extinguir-se a obrigação. Chega-se a compará-la a um pagamento fictício. Define-se como 'a conversão de uma dívida em outra para extinguir a primeira'. É a substituição de uma dívida por outra, eliminando-se a precedente. Desaparece a primeira e, em seu lugar, surge nova. Esse o seu conteúdo essencial, aliás, duplo: um extintivo, referente à obrigação antiga; outro gerador, relativo à obrigação nova. Não existe, pois, tão-somente, uma transformação; o fenômeno é mais complexo, abrangendo a criação de nova obrigação, que se substitui à antiga" (Curso de direito civil, São Paulo, Saraiva, 4º vol., págs. 293/294).

Nesse rumo, verificada a substituição do contrato de abertura de crédito em conta corrente pelo instrumento particular de confissão, composição de dívida, forma de pagamento e outras avenças não havia ensejo à extinção da execução, posto que o título que a instrui é líquido, certo e exigível.

Com efeito, assentou a jurisprudência:

"Apelação cível. Embargos à execução. Contrato de confissão e composição de dívida. Cerceamento de defesa inexistente. Aplicação da TR como índice de correção monetária e de juros superiores a 12% ao ano. Possibilidade. Recurso improvido.

"A novação nada mais é que um novo contrato, onde as obrigações que vinculam as partes não são derivadas do contrato primitivo" (Ap. Cív. n. 98.012475-1, de Blumenau, rel. Des. Vanderlei Romer).

Em face de tudo quanto foi dito, pelo meu voto, dava provimento ao recurso, a fim de que prosseguisse a execução.

Sérgio Paladino

EMBARGOS INFRINGENTES N. 01.001400-4, DE QUILOMBO

Relator: Des. Silveira Lenzi

Taxa referencial — TR. Índice de correção monetária. Impossibilidade. Taxa calculada a partir da remuneração mensal dos depósitos a prazo fixo dos bancos comerciais de investimentos. Cláusula abusiva. Nulidade caracterizada. Art. 51, inc. IV, do CDC.

"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" (Des. Pedro Manoel Abreu).

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 01.001400-4, da comarca de Quilombo em que é embargante o Banco do Brasil S.A., sendo embargados Repecal Britador Ltda. e outros:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de embargos infringentes opostos por Banco do Brasil S.A. contra acórdão de fls. 75/94, relatado pelo Des. Newton Trisotto, que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso principal interposto pelos ora embargados.

O embargante argúi que, de acordo com jurisprudência do STF, utilizada pelo voto vencido, "a Taxa Referencial — TR não pode ser imposta como índice de indexação, em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente à Lei n. 8.177/91", no entanto, o contrato foi

efetuado após a entrada em vigor da referida lei. Sustenta ainda que as partes elegeram a TR como índice de atualização do débito, não podendo o Judiciário desconstituir a sua incidência segundo o princípio pacta sunt servanda.

Devidamente preparado o recurso, os embargados não apresentaram resposta.

II — Voto

Diante da intensa discussão acerca da possibilidade ou não de utilização da Taxa Referencial (TR) como fator de correção monetária, necessário serem tecidas algumas considerações.

Este Relator anteriormente entendia que a utilização da TR como índice de correção monetária era possível, tão-somente, quando houvesse expressa pactuação das partes. Contudo, após intensa reflexão sobre o tema, à luz de precedentes deste Tribunal, principalmente do eminente Desembargador Pedro Manoel Abreu, que, em julgamento no Grupo de Câmaras de Direito Econômico desta Corte, trouxe novos subsídios, sustentados, inclusive, por decisões do STJ, alterei o meu posicionamento.

A Taxa Referencial foi criada pela Medida Provisória n. 294, de 31 de janeiro de 1991, posteriormente convertida na Lei n. 8.177, de março de 1991. Referida lei define a forma de seu cálculo, estabelecendo que "o Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial — TR, calculada a partir da 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, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional" (art. 1º).

Mediante análise perfunctória do mencionado dispositivo, forçoso reconhecer que a Taxa Referencial não representa apenas a atualização da moeda corroída pela inflação, pois tem seu cálculo atrelado à remuneração mensal média líquida de impostos e de diversos depósitos bancários, ou seja, seu índice é baseado no custo da captação de moeda no mercado.

Assim, insubsistente a tese de que a referida taxa representaria apenas a corrosão monetária impingida pelo aumento geral dos preços, pois flagrante sua característica de taxa remuneratória.

Acerca deste posicionamento, colhe-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"Comercial — Taxa Referencial (TR) inaplicável — Correção mone- tária pelo INPC.

"I — A jurisprudência do STJ pacificou entendimento no sentido de que o indexador adequado para corrigir valores é o INPC do IBGE.

"II — O mesmo 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.

"III — Recurso conhecido e parcialmente provido" (REsp n. 46.372—SP, Min. Waldemar Zveiter, julgado em 2/5/95).

Ainda, desta Corte:

"A Taxa Referencial (TR), refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não pode servir de índice de correção do valor real da moeda, afetado pela inflação (ADIn n. 493-0—STF)" (REsp n. 126047/MG, Min. Milton Luiz Pereira, julgado em 26/10/99, DJU de 17/12/99, pág. 324).

E, do Supremo Tribunal Federal, extrai-se aresto do julgamento da mencionada ADIn n. 493-0—STF, da lavra do Ministro Moreira Alves:

"Seria a TR índice de correção monetária, e, portanto, índice de desvalorização da moeda, se inequivocamente essa taxa média ponderada da remuneração dos CDB/RDB com o expurgo de 2% fosse constituída apenas do valor correspondente à desvalorização esperada da moeda em virtude da inflação. Em se tratando, porém, de taxa de remuneração de títulos para efeitos de captação de recursos por parte de entidades financeiras, isso não ocorre por causa dos diversos fatores que influem na fixação do custo do dinheiro a ser captado. Bem o demonstra o Parecer da Procuradoria-Geral da República:

'A demonstrar que a TR não constitui índice neutro de atualização da moeda, basta compará-la com os principais índices de preços do mercado, no período de fevereiro a dezembro de 1991. A TR registra índices acentuadamente discrepantes em todos os meses, sendo menores até outubro e bastante superiores em novembro e dezembro (Anexo 2).

'Ademais, é inegável que o depósito a prazo fixo, como produto do mercado financeiro, enfrenta a concorrência de outras aplicações, de modo que, para tornar-se atrativo, procura sinalizar com taxas de captação que garantam a reposição da expectativa de inflação no período, além de uma remuneração real, após deduzidos os impostos (...)' (fls. 298/299).

"(...)

"Ora, como bem demonstra o parecer da Procuradoria-Geral da República, não é isso o que ocorre com Taxa Referencial (TR), que não é o índice de determinação do valor de troca da moeda, mas, ao contrário, índice que exprime a taxa média ponderada do custo da captação da moeda por entidades financeiras para sua posterior aplicação por estas. A variação dos valores das taxas desse custo prefixados por essas entidades decorre de fatores econômicos vários, inclusive peculiares a cada uma delas (assim, sua necessidade de liquidez) ou comuns a todas (como, por exemplo, a concorrência com outras fontes de captação de dinheiro, a política de juros adotada pelo Banco Central, a maior ou menor oferta de moeda), e fatores esses que nada têm que ver com o valor de troca da moeda, mas, sim — o que é diverso —, com o custo da captação desta. Na formação desse custo, não entra sequer a desvalorização da moeda (sua perda de valor de troca), que é a já ocorrida, mas — o que é expectativa com os riscos de um verdadeiro jogo — a previsão da desvalorização da moeda que poderá ocorrer.

"(...)

"Não é, pois, a Taxa Referencial índice de atualização monetária, razão por que não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente,

alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado" (ADIn n. 493-0, julgada em 25/6/1992, DJU de 4/9/92, pág. 14089, RTJ vol. 143-03, pág. 724).

Também vale mencionar elucidativo precedente deste Tribunal de Justiça, da lavra do Des. Pedro Manoel Abreu:

"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" (EI n. 01.002056-0, de Criciúma, julgada em 11/4/2001).

Nesse mesmo norte:

"TR. Pactuação. Impossibilidade. Inconstitucionalidade e ilegalidade.

"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 iden 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 se admitisse que as partes acordassem cláusulas reconhecidas como inconstitucionais ou ilegais por determinação do Codecon, pelo Código Civil e outros diplomas" (Ap. Cív. n. 96.000848-9, de Trombudo Central, Des. Carlos Prudêncio, julgada em 22/6/99).

Isso posto, não há falar que a Taxa Referencial é sucedânea da correção monetária.

Necessário, averiguar, nesse momento, a prevalência da cláusula contratual que preveja a aplicação da TR como fator de correção monetária nos contratos bancários.

É entendimento majoritário na doutrina e jurisprudência a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, devendo ser expungidas destes as cláusulas que prevejam práticas abusivas ao consumidor.

Esse protecionismo estatal, que foi inserido no sistema jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inc. XXXII) e na ordem infraconstitucional pela Lei n. 8.078/90 (CDC), deve ser encarado como instrumento de resguardo dos interesses do consumidor, parte hipossuficiente na relação de consumo.

Justifica-se, assim, a intervenção do Estado na autonomia da vontade, eis que, com as modificações impostas pela sociedade capitalista de massa, cabe ao consumidor apenas aderir ou não aos contratos que lhe são oferecidos, sem que possa opinar acerca de seu conteúdo, muitas vezes, abusivo.

Caso as partes pactuem cláusula que determine a aplicação da TR como índice de correção monetária em contrato bancário, esta deve ser expungida do pacto, pois nula de pleno direito, por força do inciso IV do art. 51 do CDC, in verbis:

"São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

"(...)

"IV — estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade".

Correta, dessa forma, a decisão que declarou a nulidade da cláusula que previa a incidência da Taxa Referencial como fator de correção monetária, impondo-se a prevalência do voto vencedor.

III — Decisão

Do exposto, nega-se provimento aos embargos infringentes, mantendo inalterado o acórdão embargado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino, Trindade dos Santos, Maria do Rocio Santa Ritta, e, com voto vencido, o Exmo. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 9 de maio de 2001.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente;
Silveira Lenzi,
Relator.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 2001.010779-1, DE JOINVILLE

Relator: Des. Jaime Ramos

Habeas corpus. *Narcotráfico e porte ilegal de armas. Falta de homologação do auto de prisão em flagrante. Nulidade inexistente. Excesso de prazo. Exame de dependência toxicológica. Princípio da razoabilidade. Ordem denegada.*

"O juiz não está obrigado a proferir de ofício decisão mantendo a prisão em flagrante" (STJ — RHC n. 2.728-2/SC, rel. Min. Costa Lima, DJU de 31/5/93).

O exame de dependência toxicológica pode ser determinado em qualquer fase do processo especial previsto na Lei n. 6.368/76, não se considerando inversão da ordem probatória a sua realização posterior à oitiva das testemunhas, ainda que seja recomendável a abertura do incidente logo após o interrogatório.

Encerrada a instrução, considera-se justificado o excesso de prazo para a ultimação do feito, se para a sentença aguarda-se apenas a realização do exame já aprazado, de dependência toxicológica, de interesse da defesa, que dele não poderá valer-se para alegar constrangimento ilegal, ainda mais em face da contagem em dobro dos prazos processuais, nos termos do art. 35 da Lei n. 6.368/76, com alteração introduzida pelo art. 10 da Lei n. 8.072/90.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus *n. 2001.010779-1, da comarca de Joinville (2ª Vara Criminal), em que é impetrante Vanio José Corrêa Viana, sendo paciente Adécio Rogério de Souza:*

ACORDAM, em Câmara de Férias, por votação unânime, denegar a ordem.

Cuida-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. Vanio José Corrêa Viana em favor de Adécio Rogério de Souza, relatando que o paciente foi preso em flagrante no dia 10/11/00, com auto encaminhado ao Juízo em 16/11/00, dando-o como incurso no delito do art. 12 da Lei n. 6.368/76, sendo a denúncia recebida em 22/11/00 e realizado o interrogatório no dia 29/11/00.

Alega que, até a data da impetração, não fora homologado o auto de prisão em flagrante, e que o paciente, em seu interrogatório, declarou-se viciado na substância entorpecente "crack", contudo não foi determinada a realização do devido exame de dependência toxicológica, transcorrendo normalmente a instrução processual, quando então o representante do Ministério Público apresentou razões finais, requerendo a condenação do paciente nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76 e art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97. Relata que a defesa, por sua vez, alegou a nulidade do processo e cerceamento de defesa em face da não-realização do exame de dependência, impossibilitando a prolação da sentença, requerendo a liberdade do acusado pelo constrangimento ilegal, quando então o Magistrado determinou a realização do exame, aprazado para o dia 29/8/01.

Sustenta que a situação apresentada caracteriza inversão da ordem processual na produção de provas, cerceamento de defesa e constrangimento ilegal pelo excesso de prazo na formação da culpa, eis que o paciente encontra-se segregado há mais de 211 dias até a data da impetração, ressaltando que este é primário, de bons antecedentes, e possui residência fixa no distrito da culpa e trabalho lícito e conhecido.

A liminar postulada foi indeferida pelo douto relator originário, pelo despacho de fls. 218/220 dos autos.

A autoridade apontada como coatora informou que o paciente foi preso em flagrante no dia 10/11/00, na posse de 14 papelotes de crack e 10 gramas de crack na forma de pedra, além de uma bucha de cocaína, uma espingarda Winchester calibre 12, uma espingarda calibre 22, dois revólveres calibre 38, duas armas de brinquedo e vários cartuchos de calibres diferentes; que foi denunciado em 20/11/00, juntamente com mais cinco pessoas, por infração ao art. 12, caput, e art. 14, ambos da Lei n. 6.368/76, art. 10, caput, da Lei n. 9.437/97, e art. 218 do Código Penal, c/c art. 69 do mesmo codex; que a denúncia foi recebida em 22/11/00 e o interrogatório realizou-se em 29/11/00; que indeferiu pedido de liberdade provisória em 19/12/00; que no dia 11/1/01 foram inquiridas duas testemunhas da acusação e uma da defesa; que, após apresentadas as alegações finais pelas partes, na fase do art. 502 do CPP, determinou a realização do exame de dependência toxicológica, aprazado para o dia 28/8/01; e, por fim, que não houve a homologação do flagrante, apesar de regularmente perfeito.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

Ab initio, cumpre salientar que a alegada ausência de homologação do auto de prisão em flagrante não

induz a qualquer nulidade do feito, porquanto faz parte, ainda, do procedimento inquisitorial, meramente administrativo, visando à obtenção de elementos suficientes à instauração da ação penal, e que não tem o condão de acoimar de nulidade a fase judicial.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal: "O recebimento da denúncia supre qualquer irregularidade ou eventual nulidade do auto de prisão em flagrante, a qual, caso existente, não faz eco na ação penal instaurada" (HC n. 11.654, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Solon d'Eça Neves, DJ de 26/7/94).

Ou ainda:

"Eventuais irregularidades constatadas no auto de prisão em flagrante não possuem o condão de anular a ação penal dele originada, ficando superadas com o recebimento da denúncia" (Ap. Crim. n. 99.001498-3, de Balneário Camboriú, rel. Des. Paulo Gallotti, DJ de 10/6/99).

Ademais, é pacífico o entendimento de que o juiz não está obrigado a fundamentar o despacho de homologação da prisão em flagrante, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"O juiz não está obrigado a proferir despacho de manutenção da prisão em flagrante. Não se aplica ao caso o parágrafo único do art. 310 do CPP" (RT 627/358).

A jurisprudência desta casa não destoa:

"Habeas corpus — Prisão em flagrante — Homologação não fundamentada — Desnecessidade.

"A homologação do flagrante não precisa ser fundamentada. A fundamentação somente é necessária quando, pedida, é negada a liberdade provisória" (HC n. 11.081, de Ituporanga, rel. Des. José Roberge, DJ de 9/9/93).

"Habeas corpus — Ausência de fundamentação no despacho de homologação do flagrante — Irrelevância — Processo concluso para sentença — Constrangimento ilegal inexistente — Ordem denegada" (HC n. 00.013640-9, de Palhoça, rel. Des. Álvaro Wandelli, DJ de 29/9/00).

Ainda, e para colocar uma pá de cal sobre o tema, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça proferido no Recurso de Habeas Corpus n. 2.728-2, oriundo deste Estado da Federação, cuja ementa consigna que "O juiz não está obrigado a proferir de ofício decisão mantendo a prisão em flagrante" (rel. Min. Costa Lima, DJU de 31/5/93).

No tocante à alegada inversão da ordem processual na produção de provas e cerceamento de defesa pela serôdia realização do devido exame de dependência toxicológica, tal argumentação evidentemente não pode prosperar, porquanto é consabido que referido exame pode ser produzido, a qualquer tempo, no decurso do prazo, sem suspender o curso do processo, eis que será utilizado somente no momento da prolação de eventual sentença condenatória, quando se poderá admitir a redução ou a isenção da pena.

A delonga na instrução processual ocorreu em face da determinação da realização de exame de dependência toxicológica, por ter o acusado, ao ser interrogado, declarado ser viciado em substância entorpecente, evidenciando, pois, que a demora na tramitação do feito decorreu da necessidade de realização do mencionado exame, de interesse do próprio pa-

ciente e cuja falta pode ensejar nulidade, não obstante ainda o fato de que a defesa, ciente de tais circunstâncias, veio somente em suas razões finais alegar a ausência do aludido exame, não podendo, pois, a culpa recair exclusivamente sobre o Judiciário.

Ademais, deve-se considerar que, tratando-se de prazo para a conclusão do feito, vige o princípio da razoabilidade, e eventual excesso não há de ser interpretado com rigidez e inflexibilidade, e sim adequado às peculiaridades do caso concreto trazido à apreciação.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"HC — Direito processual penal — Processo — Excesso de prazo. O Direito, como fato cultural, é fenômeno histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos acontecimentos, que, por sua vez, constituem a causa da relação jurídica. O Código de Processo Penal data do início da década de 40. O país mudou sensivelmente. A complexidade da conclusão dos inquéritos policiais e a dificuldade da instrução criminal são cada vez maiores. O prazo de conclusão não pode resultar de mera soma aritmética. Faz-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo. O discurso judicial não é simples raciocínio de lógica formal" (HC n. 4.664 MA, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJ de 26/5/97).

Idêntica é a posição deste Sodalício:

"Os prazos para a instrução criminal não devem ser computados com radicalismo, pois, dependendo das circunstâncias, o excesso verificado não deve redundar na soltura daqueles que merecem estar presos, mas em acurada atenção à celeridade processual" (JC 66/441).

Assim, diante da situação explanada, não há constrangimento ilegal a ser sanado pela via eleita, eis que o alegado excesso de prazo, já superado pelo encerramento da instrução processual (Súmula 52 do STJ), é justificável, haja vista que o paciente, ao declarar-se viciado, tornou compulsória a realização de exame de dependência toxicológica, por força do art. 22, § 5º, da Lei n. 6.368/76.

A respeito, apanha-se desta Corte:

"Se a demora na instrução do processo é debitada ao exame toxicológico a que foi submetido o paciente, porque se disse viciado, não se pode admitir como excesso de prazo a falta de sentença, pois o decurso de prazo ocorreu no seu próprio interesse" (JC 59/245).

Ainda:

"Excesso de prazo para o término da instrução. Realização de exame de dependência toxicológica justificando o compreensível atraso. Constrangimento ilegal inexistente.

'Os prazos para a instrução criminal não devem ser computados com radicalismo, pois, dependendo das circunstâncias e das peculiaridades do caso concreto, o seu não cumprimento não deve redundar na soltura daqueles que merecem estar presos, mas em maior atenção do juiz processante quanto à celeridade processual' (JC 66/441)" (HC n. 98.000617-1, de Joinville, rel. Des. Álvaro Wandelli, DJ de 19/3/98).

É copiosa a orientação jurisprudencial, inclusive desta Corte, acerca da inexistência de constrangimento ilegal, e da necessidade de

prorrogar os prazos para a ultimação do processo, quando o feito aguarda somente a perícia da dependência toxicológica para ser sentenciado:

"A necessidade de realização do exame de dependência física — circunstância que pode resultar em tratamento mais benigno aos acusados — faz por elastecer os prazos de conclusão do processo (Lei n. 6.368/76, art. 23, § 1º)" (TRF da 4ª Região — HC n. 94.04.40073, relatora Juíza Ellen Gracie Northfleet, em 6/9/94, DJU de 21/9/94, pág. 52.775).

"Tendo sido o paciente denunciado como incurso nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76 e tendo a defesa, no curso da ação penal, requerido a realização de exame de dependência toxicológica, sobrestando o andamento normal do feito, é inadmissível à luz da boa técnica processual vir a alegar a ocorrência de excesso de prazo ou constrangimento ilegal a que dera causa, não lhe beneficiando em nada o incidente" (RT 301/260).

"Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na realização dos exames de dependência toxicológica, sendo aceitável e tolerável em face das justificadas dificuldades que a burocracia estatal não consegue remover" (TJRJ — HC n. 5.977, rel. Des. Braga Land).

"Excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal. Feito que aguarda tão-somente a confecção do exame de dependência toxicológica do paciente. Laudo requerido pela sua defesa e que poderá ser utilizado em seu favor. Coação ilegal inexistente. Ordem denegada" (HC n. 00.017857-8, de Joaçaba, rel. Des. Jorge Mussi, DJ de 24/11/00).

Por outro lado, os prazos estabelecidos na Lei n. 6.368/76 para a realização dos atos processuais são por demais exíguos, não atentando para a coexistência de inúmeros processos de réu preso em tramitação nas comarcas; para a necessidade quase sempre presente, em feitos dessa natureza, da realização do exame de dependência toxicológica, que demanda o ingresso na fila de espera do Hospital de Custódia e Tratamento, dado o seu reduzido quadro de peritos; para a movimentação do processo em cartório, com os atos de expediente e as intimações de advogados, partes e testemunhas; para a obrigação do juiz de despachar e decidir fundamentadamente, o que exige prazo razoável para o convencimento e a elaboração. Sem contar os reveses que alguns processos tomam, quando uma ou outra testemunha não é encontrada; quando determinado ato não se realiza por algum motivo normalmente alheio à vontade do julgador ou de seus auxiliares; quando há necessidade de expedição de cartas precatórias inquiritórias; quando os fatos e a prova são complexos; quando há mais de um réu, com nuanças distintas na conduta, na elaboração da defesa e na coleta da prova.

Todas essas circunstâncias impõem o reconhecimento de que os prazos para a instrução do feito devem ter suficiente elasticidade, que permita a coleta da boa prova, a fim de servir ao convencimento do magistrado, e para que os atos processuais não venham a ser atropelados pela exigüidade do tempo, às vezes com prejuízo para uma ou para ambas as partes.

Nesse contexto, os prazos estabelecidos em lei não podem ser interpretados com rigidez e inflexibilidade. Há de sublimar o princípio da razoabilidade, de que fala Damásio E. de Jesus, na sua obra Lei Antitóxicos Anotada (4ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 167):

"A jurisprudência se orienta no sentido de não considerar rigidamente a soma dos dias para a consideração do excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, admitindo um juízo de razoabilidade em face da dificuldade da matéria, número de réus etc. Neste sentido: STJ, RSTJ 30:96".

Ainda nessa trilha, há que se acrescentar que o atual Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 3/10/41), a par das várias alterações sofridas nos últimos anos, tem praticamente sessenta anos, portanto inserido dentro de contexto social deveras distinto do atual. Mesmo assim, extrai-se do seu art. 403 que "A demora determinada por doença do réu ou do defensor, ou outro motivo de força maior, não será computada nos prazos fixados no art. 401", revelando, pois, que nesses casos deve-se atentar para as peculiaridades do caso concreto e dificuldades inerentes ao julgamento do feito, como as acima especificadas.

Saliente-se que o Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.002, de 21/10/69), apesar de ter entrado em vigor há trinta anos, ao tratar do procedimento ordinário, prevê em seu art. 390 os prazos de 50 e 90 dias para a conclusão da instrução criminal estando o acusado preso ou solto, respectivamente, contados da data do recebimento da denúncia. Contudo, no § 1º do referido dispositivo, sabiamente determina que "Não será computada naqueles prazos a demora determinada por doença do acusado ou defensor, por questão prejudicial ou por outro motivo de força maior justificado pelo auditor, inclusive a inquirição de testemunhas por precatória ou a realização de exames periciais ou outras diligências necessárias à instrução criminal, dentro dos respectivos prazos".

Destarte, se o próprio Código de Processo Penal dispõe que "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e a aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito", conforme seu art. 3º, poder-se-ia invocar, ao menos para ilustrar a necessidade de adaptação das atuais normas processuais penais à nova e conturbada realidade social vigente, bem como para reforçar a interpretação do mencionado art. 403 do CPC, aquele dispositivo pertencente ao codex processual castrense.

Ante o exposto, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 18 de julho de 2001.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 2001.011581-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Jaime Ramos

Habeas corpus. *Excesso de prazo. Processo sentenciado. Súmula 52 do STJ. Roubos duplamente qualificados e prevaricação. Policiais militares. Pretensão de recorrer em liberdade. Art. 527 do CPPM e art. 594 do CPP. Pressupostos da prisão preventiva presentes. Ordem denegada.*

Encerrada a instrução processual, com a prolação da sentença condenatória, não se configura o alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo, consoante orienta a Súmula 52 do colendo STJ.

Ainda presentes, quando da entrega da prestação jurisdicional, os pressupostos da prisão preventiva, não há como conceder ao acusado o direito de recorrer em liberdade, mormente quando respondeu ao processo segregado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus *n. 2001.011581-6, da comarca da Capital (Auditoria Militar), em que é impetrante Adolpho Magalhães Júnior, sendo pacientes Ricardo Tavares e Jailson Martins:*

ACORDAM, em Câmara de Férias, por votação unânime, denegar a ordem.

Cuida-se de habeas corpus impetrado pelo Dr. Adolpho Magalhães Júnior em favor de Ricardo Tavares e Jailson Martins, alegando que os pacientes, componentes do grupo de 14 policiais denominados "os doze apóstolos", encontram-se em evidente constrangimento ilegal, porquanto presos preventivamente há mais de 365 dias até a data da impetração por ordem do MM. Juiz Auditor da Justiça Militar Estadual.

Relata que os pacientes tiveram negado um writ anterior, mesmo estando nitidamente superado o prazo de 50 dias para o encerramento da instrução criminal, previsto no art. 390 do Código de Processo Penal Militar. Sustenta que, no remédio heróico precedente, a denegação da ordem foi fundamentada na assertiva de que o excesso de prazo decorreu da complexidade da causa, sendo a prisão dos pacientes considerada "útil", tendo em conta a quantidade de pena prevista para os delitos que lhes foram imputados. Finalmente, que os pacientes, já julgados, aguardam o julgamento do apelo interposto.

Aduz o impetrante que os pacientes foram condenados em apenas um dos delitos que lhes foram irrogados, revelando que a prisão não é mais "útil", sendo cabível, pois, a concessão da liberdade provisória aos pacientes, que se mantêm nas fileiras

da Polícia Militar, possuem família constituída, residência própria, bons antecedentes e demonstram o sumo interesse em manter-se à disposição do Judiciário enquanto aguardam o julgamento do apelo interposto, em que pleiteiam sua absolvição.

Observa que o apontado "clamor público", a justificar a manutenção de suas prisões, encontra-se satisfeito ante a condenação de alguns dos acusados, mesmo contra o seu entendimento, no sentido de que "o pensamento público não é fundamento para um decreto condenatório, mormente a considerar-se ter sido fruto da intensa divulgação desenvolvida pela mídia provocada e orientada pela acusação, para crimes não existentes" (fl. 4).

A autoridade impetrada informou que os pacientes foram segregados em razão de prisão preventiva decretada em face de pedido do representante do Ministério Público Militar, após intensa investigação realizada pelo Centro de Apoio a Investigações da Procuradoria-Geral de Justiça, juntamente com o serviço reservado da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, cujo teor da decisão foi transcrito. Acrescentou que o paciente Jailson Martins foi condenado à pena de 16 anos de reclusão, por infração ao art. 242, § 2º, I e II, do CPM, por três vezes, e 9 meses de detenção, por infração ao art. 319 do CPM, ambos c/c art. 71, parágrafo único, do CP, enquanto o paciente Ricardo Tavares sofreu reprimenda de 10 anos de reclusão, por infração ao art. 242, § 2º, I e II, por duas vezes, c/c art. 71, parágrafo único, do CP, conforme sentença anexada. Salientou, por fim, que o processo encontra-se aguardando conclusão do prazo para apresentação das razões e contra-razões das partes.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Ab initio, cumpre rechaçar a assertiva de excesso de prazo na prisão cautelar dos pacientes, porquanto, tendo sido sentenciado o feito, eventuais irregularidades no tocante ao cumprimento dos prazos para encerramento da instrução criminal encontram-se superadas, conforme orienta a Súmula 52 do colendo Superior Tribunal de Justiça: "Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo".

Destarte, encontrando-se os pacientes ora reclusos por força de sentença penal militar condenatória recorrível, não se pode mais resolver a questão do excesso de prazo, mesmo porque, diante das condenações irrogadas, caso mantidas as penas, falta longo período a cumprir, eis que, segundo o art. 618 do CPPM, mister o cumprimento, no caso, de no mínimo metade da pena para a obtenção do livramento condicional.

Saliente-se que o Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.002, de 21/10/69), apesar de ter entrado em vigor há trinta anos, ao tratar do procedimento ordinário, prevê em seu art. 390 os prazos de 50 e 90 dias para a conclusão da instrução criminal estando o acusado preso ou solto, respectivamente, contados da data do recebimento da denúncia. Contudo, no § 1º do referido dispositivo, sabiamente determina

que "Não será computada naqueles prazos a demora determinada por doença do acusado ou defensor, por questão prejudicial ou por outro motivo de força maior justificado pelo auditor, inclusive a inquirição de testemunhas por precatória ou a realização de exames periciais ou outras diligências necessárias à instrução criminal, dentro dos respectivos prazos", o que certamente foi observado quando da denegação do writ anterior, eis que o presente caso foi cercado de inúmeros incidentes, a par da sua complexidade e do elevado número de réus.

A liberdade provisória está prevista em dois casos no CPPM, em seus arts. 253 e 270, os quais não têm relação com o caso concreto, pois tratam de sua concessão após a prisão em flagrante, prevendo o art. 271 do mesmo codex que, caso estejam presentes os pressupostos da prisão preventiva (art. 255 do CPPM), tal benefício deverá ser suspenso.

A propósito, a lição de Márcio Luís Chila Freyesleben:

"Para a concessão da liberdade provisória é indispensável que não estejam presentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva. É o que se depreende da dicção do art. 271 do CPPM: 'a superveniência de qualquer dos motivos referidos no art. 255 poderá determinar a suspensão da liberdade provisória, por despacho da autoridade que a concedeu, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público'. Se a superveniência dos motivos da prisão preventiva autorizam a revogação da liberdade, com mais motivos ainda permitirá o indeferimento do benefício quando estiverem presentes ao tempo de sua concessão. Não poderia ser outra a interpretação, pois, sabidamente, a prisão preventiva é medida que se contrapõe à liberdade; logo, presentes os requisitos autorizativos da prisão preventiva, excluída está a possibilidade de liberdade provisória do preso em flagrante" (A Prisão Provisória no CPPM, Ed. Del Rey, 1997, págs. 104/105).

In casu, o benefício almejado, visando ao direito dos pacientes de apelar em liberdade, está previsto no art. 527 do CPPM, o qual reza: "O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, reconhecidas tais circunstâncias na sentença condenatória", que é uma das exceções ao efeito suspensivo concedido à apelação interposta pelo condenado, previstas no art. 533 do CPPM, ao lado da aplicação de medida de segurança e do sursis.

Ocorre que, apesar de aparentemente reconhecidas as circunstâncias favoráveis aos acusados quando da sentença a quo, é inegável que responderam ao processo segregados ante a imperiosa necessidade da prisão preventiva decretada, cujo teor encontra-se nos autos e já foi anteriormente apreciado por esta Corte, inclusive no HC n. 00.014707-9, da Capital, onde figurou como relator o eminente Des. Francisco Borges.

Colhe-se da ementa do referido julgado:

"Habeas corpus. Prisão preventiva. Policiais militares. CPP, art. 255, alíneas a, c, d e e. Requisitos demonstrados.

"Justifica-se a prisão preventiva, que é medida urgente e necessária às investigações, quando os ilícitos imputados e as circunstâncias

dos fatos são determinantes à caracterização de ofensa à ordem pública e aos princípios de hierarquia e disciplina, imprescindíveis à higidez de qualquer organização militar, atingidos pelo comportamento de agentes do Estado, cuja missão constitucional é a defesa da sociedade, além de causar insegurança na aplicação da lei penal militar.

"Conforme a melhor doutrina '...o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa' (Mirabete).

"Ordem denegada" (DJ de 5/9/00).

Em caso semelhante, deste Estado, o Superior Tribunal de Justiça também considerou:

"Recurso em habeas corpus. Roubo qualificado. Prisão preventiva. Policial militar. Primariedade. Bons antecedentes. Fundamentação do decreto prisional. (...)

"2. Há de se considerar satisfatoriamente fundamentada a prisão preventiva quando demonstrada a presença dos pressupostos da cautelar e dos motivos que autorizam a sua decretação, como na espécie, em que se fez considerações de ordem pública, que devia e deve ser assegurada, gizando-se, sobretudo, a forma como se deu o crime, aliada ao fato de ser o paciente policial militar, pessoa na qual a sociedade projeta sua expectativa de segurança.

"3. As eventuais condições pessoais favoráveis ao réu, tais como primariedade, residência fixa, bons antecedentes e profissão lícita, não autorizam a revogação da prisão preventiva, se existem outras que lhe recomendam a custódia cautelar.

"4. Recurso improvido" (RHC n. 9.758/SC, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 25/6/01).

Ora, evidente que, tendo respondido todo o processo presos, não há razões plausíveis para que, após a sentença condenatória irrogada, os pacientes possam aguardar em liberdade o julgamento de eventual apelo interposto, mormente considerando o montante significativo da pena aplicada.

A respeito, leciona 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. O juiz pode denegar a liberdade provisória ainda que tenha sido admitido na sentença o regime inicial semi-aberto, mas é incongruente a decisão que não concede a liberdade provisória a réu condenado ao regime aberto" (Código de Processo Penal Interpretado, 6ª ed., Atlas, pág. 758).

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

"Não pode ser concedida liberdade provisória para apelar ao réu que já se encontra preso em razão de custódia cautelar, posto que suas conseqüências, em princípio, permanecem até o trânsito em julgado da sentença condenatória" (HC n. 00.007480-2, de Chapecó, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, DJ de 22/5/00).

"Processual penal e constitucional — Habeas corpus — Prisão — Sentença — Fundamentação — Ordem denegada.

"Um dos efeitos da sentença condenatória é a prisão. Nada justificaria manter o réu preso durante a instrução e soltá-lo após a condenação" (HC n. 00.008416-6, de Lauro Müller, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 15/6/00).

Ainda:

"Pretensão de apelar em liberdade. Impossibilidade. Paciente que se encontra 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 Nolli, DJ de 30/12/99).

Do colendo Superior Tribunal de Justiça apanha-se o recente julgado:

"Constitucional. Processual penal. Sentença condenatória. Apelação. Princípio da presunção de inocência: CF, art. 5º, LVII. Direito de recorrer em liberdade. CPP, art. 594. Garantia não violada.

"À luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma de sentença penal condenatória é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva, na forma inscrita no art. 312 do CPP.

"Não tem direito de apelar em liberdade em face de sentença penal condenatória o réu que, preso em flagrante delito, nesta condição permaneceu durante o curso do processo, pois um dos efeitos da sentença condenatória é ser o réu conservado na prisão, ex vi do art. 393, I, do Código de Processo Penal.

"Recurso ordinário desprovido" (RHC n. 9.676/RS, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 25/9/00).

Ante o exposto, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 18 de julho de 2001.

Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Jaime Ramos.
Relator.

RECURSOS CRIMINAIS

RECURSO CRIMINAL N. 01.010746-5, DE ITAPEMA

Relator: Des. Genésio Nolli

Recurso criminal.

Hipótese não prevista na enumeração taxativa e exaustiva do art. 581 do CPP. Interpretação analógica e extensiva (art. 3º, CPP) do inciso V do art. 581 do Código de Processo Penal.

Conhecimento do recurso que se impõe.

Recurso ministerial objetivando a reforma da decisão que concedeu ao recorrente prisão domiciliar sem as devidas cautelas de lei.

Recurso provido para cassar a decisão recorrida e restabelecer, em sua plenitude, o auto de prisão em flagrante.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 01.010746-5, da comarca de Itapema, em que é recorrente a Justiça, por seu Promotor, sendo recorrido José Humberto Ludwig:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para cassar a decisão recorrida.

Custas de lei.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pela Promotora de Justiça da comarca de Itapema, com fundamento no artigo 581, inciso IV, do Código de Processo Penal, inconformada com a decisão proferida pela Magistrada a quo que concedeu o benefício da prisão domiciliar ao recorrido José Humberto Ludwig, preso em flagrante-delito e denunciado como incurso nas sanções do artigo 121, caput, c/c artigo 61, inciso II, alíneas a e c, e artigo 129, caput, c/c artigo 61, inciso I, letras a e c, ambos do Código Penal.

Alega a recorrente, em síntese, que o recorrido permaneceu internado sob custódia, no Hospital Santa Inês, em Balneário Camboriú, em virtude dos ferimentos que ocorreram com o acidente, desde o dia do sinistro — 12/3/2001 — até o dia 14/5/2001.

Sustenta que a Magistrada, sem a prévia alta médica, sem a ouvida do Ministério Público, sem a requisição de vaga e sem anuência do Juízo de Direito da Comarca em que o recorrido teria que se recolher à prisão, determinou o encaminhamento ao presídio, e solicitou ao seu Diretor os cuidados apontados pelo Dr. Walmor Artur Patrício Jr. em declaração, datada de 14/5/01, em que afirmou que o acusado se encontrava na expectativa de alta hospitalar e, assim, estariam justificados os cuidados médicos que deveriam ser dispensados ao recorrido, cuidados médicos em local onde se lhe assegurasse ambiente asséptico.

Aduz que o Administrador do Presídio Regional de Tijucas, em resposta ao ofício encaminhado pela Magistrada, comunicou que aquele estabelecimento prisional não dispunha de local adequado bem como de pessoal especializado que pudesse garantir ao acusado ambiente e assistência prescritos pelo médico que o assistira.

Informa que a Magistrada tomando conhecimento da comunicação do Diretor do Presídio novamente decidiu, sem a prévia ouvida do Ministério Público, deferir o pedido da defesa para conceder a prisão domiciliar ao acusado, ao argumento de que este não teria condição de permanecer no presídio e de que, em caso idêntico, esta Promotora de Justiça foi favorável à liberdade provisória de outro acusado, o que provocou a irresignação do Ministério Público e da própria sociedade.

Assevera que o médico particular do acusado, nos termos da "declaração" de fl. 266, não deu alta hospitalar ao acusado, mas, tão-somente, declarou que o recorrido se encontrava em condições de alta hospitalar e que, diante da iminência de ter de ir para o presídio, acreditava que seria impossível de se dar o tratamento adequado para tanto.

Atesta a recorrente que a intervenção do Ministério Público é obrigatória nas hipóteses de prisão: — provisória; civil; temporária; ou definitiva, de pedidos de liberdade ou de mudança de regime de cumprimento de pena aplicada, cujos procedimentos se desenvolvem sob a garantia do contraditório e devem cingir-se ao princípio do devido processo legal, o que faz com que o Órgão autue a um só tempo como parte e fiscal da lei. Isso não foi observado, mas, ao contrário, foi gravemente violado pela decisão objurgada.

Acrescenta que a Magistrada, antes de determinar o encaminhamento do acusado ao Presídio, não tomou as devidas cautelas como a determinação prévia de perícia médica oficial; não fez a necessária consulta ao hospital, acerca de sua efetiva alta hospitalar; prévia consulta à administração do estabelecimento prisional, para receber o réu, em estado de convalescença; e, finalmente, sem a prévia consulta ao Juiz-Corregedor de Presídio ou das Execuções Penais sobre a adequação da providência.

Menciona que a prisão domiciliar do acusado afronta a garantia da ordem pública e a aplicação da lei penal, mormente levando-se em consideração as informações que a Magistrada

obteve em relação ao acusado, enquanto ele permaneceu custodiado no hospital.

Ressalta que não foi estabelecida ao recorrido qualquer restrição à sua prisão domiciliar, fazendo com que ele tivesse um tratamento de uma pessoa que está no pleno exercício de sua liberdade e, ainda, pelo simples fato de ele precisar de um tratamento especial, deveria permanecer internado no hospital, onde haveria médicos, enfermeiros e um ambiente asséptico.

Requer, afinal, a reforma da decisão para manter o recorrido sob custódia em estabelecimento prisional adequado até o julgamento final do processo.

Contra-arrazoado o recurso pela defesa do recorrido, alegou esta em preliminar que o inconformismo aforado pela representante do Ministério Público não encontra amparo na legislação processual penal, sob o argumento de que não se vislumbra no presente qualquer das hipóteses previstas no inciso V do artigo 581 do Código de Processo Penal.

Pede, a final, o não conhecimento do recurso interposto.

Mantida a decisão, ascenderam os autos, e neste segundo grau de jurisdição, a douta Procuradoria-Geral de Justiça com vista dos autos manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso para cassar a decisão que concedeu a prisão domiciliar ao recorrido.

É o relatório.

Não obstante a representante do Ministério Público ao interpor o seu recurso em sentido estrito tenha fundamentado a sua interposição no inciso IV do artigo 581 do Código de Processo Penal, que diz respeito à decisão que pronunciar ou impronunciar, tem-se que, pelo teor da fundamentação das razões recursais, a irresignação cinge-se ao inciso V do artigo retromencionado, e não conforme se denota do inciso mencionado na petição de interposição de recurso, até porque in casu trata-se de pedido para cassar decisão que concedeu ao recorrido liberdade provisória.

Assim sendo, impende, inicialmente, antes de adentrar no mérito do recurso interposto, analisar a preliminar suscitada pela defesa do recorrido nas suas contra-razões recursais.

O artigo 581, inciso V, do Código de Processo Penal, prevê:

"Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

"(...)

"V — que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante; (...)".

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que as disposições do art. 581, incisos I a XXIV, devem ser interpretadas analógica e extensivamente, conforme previsto no art. 3º do CPP: "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito".

A bem da hermenêutica, o artigo 581 da Lei Processual Penal, que disciplina as hipóteses de cabimento de recurso em sentido estrito, deve ser interpretado, extensivamente, à

luz da analogia e dos princípios gerais de direito, sendo passível, pois, de impugnação pela via recursal eleita a decisão que concedeu ao recorrido a prisão domiciliar, que, por não se revestir de decisão de natureza definitiva, não admite a interposição do recurso de apelação.

A espécie, interpretada da maneira suso mencionada, enquadra-se perfeitamente no disposto no inciso V (que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante), do art. 581 do CPP. Não se trata de criar uma nova hipótese, mas sim adequar uma nova situação à hipótese já existente.

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"Recurso — Sentido estrito — Decisão que revoga prisão preventiva – Cabimento — Irrelevância de não prevista expressamente a hipótese no art. 581 do CPP — Aplicação analógica de seu n. V, permitida pelo art. 3º do mesmo diploma" (RE n. 113.526-3/PR — 1º T — j. em 3/11/87 — rel. Min. Otávio Galotti — DJU de 4/12/87).

Da obra "Curso de Direito Processual Penal", o autor Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha, ao lecionar sobre o tema em foco, cita a lição do prof. Paulo Lúcio Nogueira, que admite a interpretação analógica, nos casos de recurso em sentido estrito e, também, "Não se compreende, assim, analisando as hipóteses enumeradas no art. 581, que a decisão que defere a exceção de incompetência seja recorrível, e que a indefere não o seja só por falta de previsão legal, quando o interesse está presente em ambas. Essas falhas legais devem ser supridas pela interpretação analógica, que é prevista no processo penal (art. 3º) e visa justamente resolver casos analógicos".

Assim sendo, aplicando-se o art. 3º do CPP, conhece-se do recurso por cabível na espécie (inciso V do art. 581 do CPP).

No mérito, o recurso merece ser provido.

Colhe-se dos autos que o recorrido dirigia em alta velocidade, embriagado e drogado, na contramão de direção, atravessou um túnel na BR 101, rodovia de grande movimento, e posteriormente veio a colidir frontalmente com o veículo da vítima, ceifando a vida de um chefe de família que se dirigia ao trabalho, vindo a ser preso em flagrante.

O fato em comento teve uma grande repercussão e comoção social não só diante da comunidade local mas como em todo o Estado de Santa Catarina, o que fez com que a segregação do recorrido, diante das peculiaridades de como ocorreu o trágico acidente, e, dado o estado de saúde do recorrido, fosse o mais conveniente à instrução criminal.

O despacho combatido no presente recurso, que concedeu ao recorrido a prisão domiciliar, sem as prévias cautelas de lei, mediante o compromisso de comparecer aos atos do processo, é temerário.

A necessidade da manifestação do representante do Ministério Público, em caso de concessão de regalias a presos que se encontram se-

gregados por força de flagrante ou preventiva, é imperiosa.

Segundo a lição do mestre Julio Fabbrini Mirabete, ao comentar o artigo 310 e seu parágrafo único, "em qualquer caso, o juiz deve ouvir o Ministério Público".

In casu, segundo a recorrente, a Magistrada a quo deferiu o pedido do recorrido sem o seu parecer e sem as demais cautelas para tanto, o que fere os princípios da legislação processual e especial (Lei de Execução Penal).

A concessão da prisão domiciliar ao recorrido, em tese, maquiou-se numa liberdade provisória, pois sequer a Magistrada requisitou à autoridade policial um efetivo controle da medida concedida, nem sequer impôs ao acusado qualquer restrição à sua prisão domiciliar.

O réu, conforme noticiam os autos às fls. 51/74, já esteve envolvido com problemas de trânsito por dirigir embriagado. É contumaz em manobras temerárias, tendo sido, inclusive, apreendida a sua carteira de habilitação.

No hospital, na oportunidade em que esteve internado, teve muitas regalias, conforme bem salientou o douto parecerista de segundo grau in verbis:

"Além do mais, o relatório da Polícia Militar juntado às fls. 259/261 demonstra o tratamento que estava sendo dispensado ao recorrido enquanto internado no hospital da comarca de Balneário Camboriú: o quarto onde ele se encontrava não era trancado, pernoitando inúmeras mulheres desconhecidas no local, ele não estava algemado e, ainda, continuava fazendo uso de drogas".

Vê-se, assim, que a prisão domiciliar do recorrido é um incentivo ao uso de drogas. Não há fiscalização alguma. É um risco para a ordem pública, eis que já envolvido em outra ocorrência de trânsito, estaria livre para a ebriedade, como para o uso de drogas e, daí, para nova delinqüência.

O atestado médico juntado aos autos pela defesa do recorrido é particular, tratando-se de uma declaração unilateral, sendo que a douta Magistrada deveria se acautelar e submeter o paciente, antes da concessão da medida, à perícia técnica por junta médica, a fim de ser avaliada a real necessidade do paciente, e não ter agido à revelia da lei.

Destarte, o recurso interposto merece ser provido para cassar a decisão recorrida e restabelecer, em sua plenitude, o auto de prisão em flagrante.

Ante o acima exposto, o recurso é conhecido e provido para cassar a decisão recorrida.

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. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 7 de agosto de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente;
Genésio Nolli,
Relator.

RECURSO CRIMINAL N. 01.018021-9, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Homicídio tentado. Absolvição sumária. Legítima defesa. Prova uníssona no sentido de que o réu agiu visando à defesa própria e de terceiro, sem qualquer intenção de ceifar a vida da vítima. Decisão mantida sob este aspecto. Porte ilegal de arma de fogo. Denúncia que não descreve a ocorrência de dois crimes conexos. Condutas pertencentes ao mesmo contexto fático. Absorção. Recurso oficial provido parcialmente para considerar o crime do artigo 10 da Lei n. 9.437/97, absorvido pelo homicídio tentado, pelo qual ficou o réu absolvido sumariamente.

Sendo a prova dos autos direcionada num único sentido, a demonstrar, de forma inequívoca, que o réu agiu sob o pálio da legítima defesa ao atirar contra a vítima, que, munida de um facão, passou a proferir-lhe ameaças, assim como ao seu colega, a absolvição sumária é medida que se impõe.

O artigo 10 da Lei n. 9.437/97 constitui o denominado "tipo penal alternativo", alinhando uma série de condutas delituosas, as quais podem ser consideradas isoladamente, em alguns casos, para caracterização de várias condutas, tendo por enfoque a mesma arma, dês que não realizadas num mesmo contexto, factual e temporal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 01.018021-9, da comarca de Chapecó, em que é recorrente o Dr. Juiz de Direito ex officio, e recorrido Leocir Vieira:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para considerar absorvido pela excludente reconhecida o crime de porte ilegal de arma de fogo.

Custas legais.

Na comarca de Chapecó, 1ª Vara Criminal, Leocir Vieira foi denunciado com enquadramento nos artigos 121, caput, cumulado com o 14, inciso II, do Código Penal, e 10 da Lei n. 9.437/97, porque "no dia 12 de abril de 1998, por volta das 23 horas, no bairro Seminário, nesta cidade de Chapecó, o acusado Leocir Vieira, fazendo uso de um revólver calibre 38, com animus necandi, efetuou três disparos contra Neucir Somensi, atingindo-o na região abdominal, causando-lhe graves ferimentos, pois, inclusive, o lesado foi submetido à laparotomia e correu perigo de vida, como demonstra o laudo de fl. 6. A intenção do denunciado, ao usar e disparar sua arma, era matar a vítima, e só não logrou seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade, mormente, pelo imediato socorro de

terceiros e eficiente tratamento médico que lhe foi prestado. Na ocasião, o acusado tinha consigo e portava, fora de casa, e sem licença da autoridade, a arma (revólver) noticiada, que se mostrou eficaz para disparo e pronto uso, devidamente municiada" (fls. 2/3).

No momento procedimental pertinente, Leocir resultou absolvido sumariamente do crime de homicídio tentado, com base no artigo 411 do Código de Processo Penal, porque agira sob o pálio da excludente da legítima defesa. Quanto ao delito de posse ilegal de arma de fogo, determinou o juiz o aguardo do trânsito em julgado para a providência determinada pelo artigo 410 do diploma referido. Da sentença, a autoridade judicial recorreu de ofício.

Não houve recurso voluntário pelas partes.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, manifestou-se pelo improvimento, remanescendo "íntegra a denúncia no que diz respeito ao crime de porte ilegal de arma, que deverá ser apreciado depois de tomadas as providências legais no juízo de origem" (fls. 123/124).

É o relatório.

O recurso oficial não merece acolhida.

Consoante as bem-lançadas razões da sentença de absolvição sumária, todas as provas amealhadas levam à conclusão inequívoca de que o réu agiu em legítima defesa própria e de terceiro. A vítima, que estava embriagada, não se recorda dos fatos. A testemunha Antônio Penso da Silva afirmou que "durante a tarde e parte da noite, o depoente e Neucir Somensi ficaram tomando bebida alcoólica, num bar próximo ao local dos fatos; por volta das 22 horas, foram para casa de Neucir Somensi, pois o depoente pretendia que o acusado, vizinho da vítima, lhe levasse para casa; que quando estava em frente à casa da vítima, sem qualquer motivo aparente, desferiu um tapa no rosto do depoente; que o depoente não reagiu, apenas seguiu adiante uns 20 metros e pediu para que o acusado o levasse para casa; que então a vítima, armada de um facão, veio em direção ao depoente; que o acusado então tentou acalmá-la, sem êxito; que então sacou do revólver e disparou para o chão; que mesmo assim a vítima não se acalmou; que então o acusado disparou um tiro contra a mesma, derrubando-a ao solo; que então o irmão do acusado conduziu a vítima para o hospital com o carro do acusado; que o acusado estava sóbrio" (fl. 84). Nesse mesmo sentido são as palavras do réu (fls. 70/71). As demais testemunhas afirmaram que réu e vítima, que eram vizinhos, não possuíam qualquer desavença capaz de demonstrar que aquele tivesse intenção de ceifar sua vida. A esposa da vítima, atemorizada com o comportamento agressivo desta dentro de casa, se encontrava refugiada na casa do réu no momento dos fatos. Aliado a tudo isso, tem-se o fato de ter o réu, tão logo verificado os ferimentos da vítima, providenciado socorro, pedindo ao seu irmão que a conduzisse ao hospital em seu carro. Afora esses fatos, nada mais há nos autos, pelo que resta inequívoca a ocorrência da legítima defesa.

Assim, nenhum reparo merece a sentença recorrida sob esse aspecto.

Quanto ao delito de porte ilegal de arma de fogo, sem dúvida, correta a decisão, em princípio, tendo em vista o disposto no artigo 81, parágrafo único, do Código de Processo Penal. A respeito, nos diz Julio Fabbrini Mirabete: "Quando se trata, porém, da competência do Júri deve haver regra diversa para não submeter ao Tribunal Popular, isoladamente, crimes que não são de sua competência. Por isso, determina o artigo 81, parágrafo único, 'Reconhecida inicialmente ao júri a competência por conexão ou continência, o juiz, se vier a desclassificar a infração ou impronunciar ou absolver o acusado, de maneira que exclua a competência do júri, remeterá o processo ao juízo competente'. Não havendo crime doloso contra a vida para ser submetido ao júri, não deve o Tribunal apreciar as demais infrações que haviam sido atraídas pela continência ou conexão. Quando a absolvição ocorrer já no julgamento do júri, relativamente ao crime para que é competente, o tribunal continua com a competência para o crime conexo" (Processo Penal, Atlas, 1998, pág. 183). Todavia, a denúncia, que fixa os limites da prestação jurisdicional, não descreveu a ocorrência de dois crimes, ligados pela conexão. Lá foi afirmado: "Na ocasião, o acusado tinha consigo e portava, fora de casa e sem licença da autoridade, a arma (revólver) noticiada, que se mostrou eficaz para disparo e pronto uso, devidamente municiada" (fl. 3). Por sua vez, na sentença foi afirmado: "O réu usou moderadamente dos meios de que dispunha no momento (revólver), haja vista que efetuou um único disparo para a defesa de injusta agressão (investida da vítima com um facão) atual (presente), a direito de outrem (integridade física de Antônio Penso)" (fl. 111). A respeito da conexão, salvo referência genérica, nada foi aduzido. E, para ser cogitada a conexão, indispensável a ocorrência de duas ou mais infrações penais. Na espécie, poderia ter havido dois crimes ligados pela conexão, dês que a imputação tivesse sido dirigida a momento temporal anterior ou posterior à prática delituosa de maior gravidade, da qual restou absolvido. O artigo 10 da Lei n. 9.437/97 constituiu o denominado "tipo penal alternativo", alinhando uma série de condutas delituosas, as quais podem ser consideradas isoladamente, em alguns casos, para caracterização de várias condutas, tendo por enfoque a mesma arma, dês que não realizadas num mesmo contexto, factual e temporal. Nesse sentido o afirmado por Damásio E. de Jesus: "Aplica-se o princípio da alternatividade, segundo o qual a norma prevê diversas condutas como formas de um mesmo crime, só é aplicável uma vez, ainda quando realizadas pelo mesmo autor sucessivamente, num só contexto de fato" (Crimes de Porte de Arma de Fogo e Assemelhados, Saraiva, 1999, pág. 17). Na espécie, a imputação diz respeito ao porte ilegal de arma de fogo no momento da prática da tentativa de homicídio, da qual o réu foi absolvido, quando reconhecida a necessidade do meio empregado (revólver). Logo, a conduta ilegal (porte de arma de fogo) deve ser considerada absorvida pela de maior amplitude, qual seja, o reconhecimento da legítima defesa, à qual o uso da arma de fogo foi instrumento necessário. Em decorrência, na espécie, tendo em conta a imputação, o porte ilegal de arma de fogo restou

absorvido pela conduta considerada legítima, pois integrante de um só contexto, factual e temporal.

Sobre a questão já se tem decidido: "Vítima que restou igualmente denunciada por ter efetuado disparos de arma de fogo, na defesa de seu patrimônio, a qual era portada ilegalmente. Recebimento da inicial. Constrangimento ilegal evidente. Habeas corpus concedido, de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

"Consta da exordial que, em decorrência da tentativa de subtração perpetrada, a vítima reagiu e, por conseqüência, os disparos efetuados foram na defesa do patrimônio que se encontrava ameaçado. Portanto, se o uso da arma foi necessário para resguardar direito, a conseqüência inequívoca é a de que a denúncia não descreveu uma conduta delituosa, mas apenas a fragmentou, isolando um de seus componentes do contexto integral, classificando-o no artigo 10 da Lei n. 9.437/97. Seu recebimento, portanto, constitui evidente constrangimento ilegal, impondo-se, por isso, a concessão de habeas corpus, de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal" (Apelação Criminal n. 01.013996-0, de Itajaí, deste Relator).

Em face do exposto, o recurso é conhecido e provido, em parte, para ser considerado absorvido pela excludente reconhecida o crime de porte ilegal de arma de fogo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 2 de outubro de 2001.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.021208-3, DE BLUMENAU

Relator: Des. Alberto Costa

Crime contra a saúde pública — Condenação — Recurso defensivo — Preliminar de nulidade do processo a partir do interrogatório por não ter sido indagado ao apelante sobre seu eventual vício ao uso de maconha — Mérito recursal pugnando pela absolvição, eis

que o material tóxico apreendido não se destinava ao comércio — Pedido alternativo de desclassificação do delito do artigo 12 para o artigo 16 da Lei n. 6.368/76 — Omissão da indagação do artigo 22, § 5º, da Lei n. 6.368/76 — Nulidade inexistente — Ausência de indícios de que o paciente seja dependente do uso de drogas – Prefacial afastada — Pretensão absolutória inadmissível — Conjunto probatório que demonstra, quantum satis*, ter o apelante transgredido os elementos configuradores do delito previsto no artigo 12 da Lei Antitóxicos — Desclassificação para a forma mais branda inadmissível — Recurso desprovido.*

Crime contra o patrimônio — Furto qualificado pelo concurso de agentes — Condenação — Apelo defensivo visando à absolvição por negativa de autoria — Prova autuada, de forte color probatório, alicerçada nas declarações do co-réu, ditadas sem o escopo de vingança ou de livrar-se de responsabilidade penal e nos depoimentos dos policiais militares que participaram da diligência dos fatos narrados na denúncia, a atestar a participação ativa do apelante no crime de furto — Desprovimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.021208-3, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que é apelante Renato Antônio Coelho, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, afastar a preliminar invocada, conhecendo-se do apelo e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Blumenau, 2ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Antônio Renato Coelho (ou Renato Antônio Coelho), Rivael Soares e Fernando Reinert, dando-os como incursos, o primeiro, nas sanções dos artigos 12 da Lei n. 6.368/76, e 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, e os dois últimos, nas sanções do artigo 155, § 4º, inciso IV, do Digesto Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: "Na madrugada de 17 de janeiro do corrente ano (2000), os denunciados Antônio, Rivael e Fernando, previamente ajustados e em obra comum, adentraram na 'Creche Balão Mágico', localizada na Rua Theodoro Holtrupp, n. 718, bairro Vila Nova, nesta Cidade, e de lá subtraíram, para si, os objetos relacionados nos Termos de Entrega de fls. 22 e 26.

"Por volta de 5 horas, no mesmo dia, policiais militares que faziam rondas nas proximidades da Ponte do Tamarindo avistaram o denunciado Rivael Soares carregando consigo uma televisão e um ventilador, furtados na referida creche. Ao avistar a viatura policial, o denunciado Rivael abandonou os objetos furtados que se

encontravam em seu poder e tentou empreender fuga, sendo capturado momento após.

"Ao ser preso em flagrante-delito, indicou onde encontravam-se os objetos furtados, bem como o endereço de um dos comparsas, Antônio Renato Coelho.

"Ato contínuo, dirigiram-se ao endereço indicado, na Rua 2 de Setembro, n. 1510, nesta Cidade, local de residência do denunciado Antônio Renato. Este, ao notar a presença de policiais, tentou livrar-se de um tijolo de maconha pesando cerca de 750g (setecentos e cinqüenta gramas) que tinha em seu poder, atirando-o no vaso sanitário, sendo impedido pelos policiais. Preso em flagrante, confirmou a participação no referido furto, indicando o local onde encontrava-se o restante da res furtiva e, juntamente com o denunciado Rivael, indicaram nome e endereço de um terceiro comparsa, Fernando Reinert, o qual utilizou-se de um veículo Fiat Fiorino, de propriedade de seu patrão, para o transporte dos objetos furtados até determinado local, próximo à Ponte do Tamarindo, onde se separaram.

"Além dos objetos furtados na creche, foram encontrados, no local indicado pelo denunciado Antônio Renato Coelho, os documentos relacionados nos Termos de Entrega de fls. 28, 38 e 42, objetos estes produtos de furto em datas anteriores.

"A droga apreendida era de propriedade do denunciado Antônio Renato Coelho e destinava-se ao comércio.

"O Laudo de Constatação de fl. 30 demonstra ser a substância apreendida em poder do denunciado Antônio Renato Coelho realmente maconha, que é substância entorpecente capaz de causar dependência física e/ou psíquica"(fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, a Dra. Juíza sentenciou, condenando Antônio Renato Coelho (ou Renato Antônio Coelho) às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato, por infringir o disposto no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, e às penas de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e 50 (cinqüenta) dias-multa, por infração ao artigo 12 da Lei n. 6.368/76, totalizando a reprimenda, por força do concurso material (art. 69 do CP), em 6 (seis) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa; e condenando Rivael Soares e Fernando Reinert às penas de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato, por infringirem o disposto no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes no pagamento de pena pecuniária no valor de 1 (um) salário mínimo a uma entidade privada e prestação de serviços à comunidade pelo tempo da pena aplicada.

Inconformado, o acusado Renato Antônio Coelho apelou, alegando, em preliminar, a nulidade do interrogatório, haja vista não ter sido inquirido em relação ao crime de tráfico de entorpecentes, momento no qual confirmaria sua situação de viciado, ocorrendo, in casu, cerceamento de defesa.

No mérito, pugna pela absolvição, sob o argumento de ser frágil a prova amealhada para ensejar um decreto condenatório, pois não restou comprovado que o material tóxico apreendido era destinado à narcotraficância e, tampouco, sua participação no delito de furto, devendo ser aplicado o princípio do in dubio pro reo.

Alternativamente, requer a desclassificação do delito de tráfico para o previsto no artigo 16 da Lei Antitóxicos.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, pelo desprovimento do recurso, eis que comprovada a prática do delito previsto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

Esta Relatoria, por despacho de fl. 223, determinou o retorno dos autos à ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, a fim de manifestar-se sobre o crime de furto, pelo qual o apelante restou condenado.

Com nova vista dos autos, o ínclito Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, em parecer de fls. 227/228, manifestou-se, também, pelo desprovimento do recurso em relação ao delito de furto qualificado.

II — Voto

A preliminar de nulidade improcede, porque o réu, ao ser interrogado em Juízo, negou, de forma veemente, a participação no delito de furto e a prática da narcotraficância, ao afirmar: "(...) que não é verdadeira a acusação; (...) Que não é verdade as afirmações feitas pelo co-denunciado Rivael Soares em relação à pessoa do interrogando, perante a autoridade policial (fl. 9), tanto em relação ao furto quanto em relação a ser traficante de drogas".

Na polícia, no entanto, ao ser inquirido, preferiu fazer uso de seu direito constitucional de permanecer calado e prestar declarações somente em Juízo.

Ora, se não praticou os delitos imputados, deveria, nesse momento, ter-se declarado inocente e ser viciado no uso de drogas, a fim de afastar tão pesado gravame que lhe era imposto.

Em casos que tais, a jurisprudência tem-se pronunciado:

"O silêncio do indiciado poder ser interpretado contra si e isso não macula o direito constitucional previsto no inciso LXIII do art. 5º da Carta Magna. Ora, comumente o increpado inocente, de pronto proclama, de forma enfática e reiterada, esse estado, daí por que o fato de reservar-se a prestar esclarecimentos somente em pretório, data venia, é muito sintomático" (TACrim — Ap. n. 1.035.429/3 – Relator Min. Xavier de Aquino — j. em 4/11/96, apud JUIS — Jurisprudência Informatizada Saraiva n. 11).

E, ainda:

"Embora a opção pelo silêncio derive de previsão constitucional, ela não inviabiliza o convencimento judicial no sentido desfavorável ao réu, pois a reação normal do inocente é proclamar, com insistência e ênfase, a sua inocência, e não se reservar para prestar esclarecimentos apenas em juízo" (RT 739/626).

Por outro lado, ressalta-se que o réu, no interrogatório, não declarou sua dependência ao uso de substância entorpecente, e seu defensor, ao apresentar defesa prévia, não argüiu tal condição.

In casu, por tratar-se de delito de tráfico de entorpecente, desnecessária a indagação, pelo Magistrado, sobre ser ou não o réu viciado no uso de drogas, mesmo porque "além de inexistir qualquer prova de ser o réu viciado, ou mesmo que assim tenha declarado, tem-se que o exame de dependência é uma faculdade do juiz, na dúvida sobre a capacidade mental do acusado, ou ainda sobre a traficância" (STJ — HC n. 7474/PE — Relator Min. Anselmo Santiago — DJU de 30/11/98, pág. 208).

É da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"A falta de indagação sobre eventual dependência não acarreta nulidade, quando verificada pelo magistrado, em face dos elementos nos autos, a desnecessidade de submissão do réu ao exame, não requerido pela defesa na ocasião própria. Ausência de prejuízo" (RHC n. 7067/SP — Relator Min. Fernando Gonçalves — DJU de 25/2/98, pág. 124).

E do Supremo Tribunal Federal:

"Paciente denunciado como incurso nas sanções dos arts. 12 e 14 da Lei n. 6.368/76, associação e tráfico de drogas. Inocorrência de circunstância que evidenciasse a necessidade de o paciente ser submetido a exame de dependência de uso de tóxico, mesmo porque a defesa não requereu, no momento processual adequado, o citado exame" (HC n. 68915/RJ – 2ª Turma — Relator Min. Carlos Velloso — DJU de 10/6/92, pág. 9.521).

E, ainda:

"Omissão da indagação prevista no artigo 22, § 5º, da Lei n. 6.368/76. Nulidade inexistente. Ausência de indícios de que a paciente seja dependente do uso de drogas. Cerceamento de defesa não caracterizado. Precedentes do STF: HC n. 68.980, HC n. 69.995, HC n. 61.716, RHC n. 61.716, HC n. 70.268, HC n. 69.733, HC n. 65.786, HC n. 68.915, HC n. 60.478, HC n. 65.438, HC n. 64.237. Inexistência de oportuna impugnação da defesa. Matéria preclusa" (HC n. 70909/SP — 2ª Turma – Rel. Min. Paulo Brossard — DJU de 25/11/94, pág. 32.299).

Ademais, convém salientar que o apelante já foi condenado pela prática do delito de tráfico de entorpecentes, consoante certificado à fl. 63.

Fica, portanto, rejeitada a preliminar de nulidade invocada.

Quanto ao mérito, não há como se atender à súplica absolutória.

Na verdade, o contexto probatório recolhido, alicerçado nos termos de apreensão e pericial acostados nos autos, nas declarações extrajudiciais do co-réu não apelante Rivael Soares, expendidas sem o escopo de vingança ou de livrar-se de responsabilidade penal, não obstante retratadas em Juízo, mas referendadas pelos depoimentos dos policiais militares Éverson Ranthun e Vanderlei Topper (fls. 132/137), demonstra, satisfatoriamente, ter o apelante vulnerado os essentialia dos delitos descritos no artigos 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, e 12 da Lei n. 6.368/76, merecendo a condenação que lhe foi ditada.

Ressalte-se que as declarações policiais do co-réu Rivael Soares, tomadas no auto de prisão em flagrante com as cautelas legais, presente o advogado do apelante, são contundentes a respeito da participação do recorrente nos fatos na exordial acusatória, de tal sorte a afirmar que a intervenção dele, Rivael, no furto relatado na denúncia, dera-se para, com a venda do respectivo produto, pagar dívida de compra de cocaína que contraíra com o ora apelante.

Por outro lado, faz mister registrar que, embora trate-se de afirmação de conhecimento cediço dos que militam no foro criminal, não queda necessária à configuração do delito tipificado no artigo 12 da Lei Antitóxicos seja o agente surpreendido no ato de mercancia, bastando, para tanto, que ele detenha a droga, no caso, maconha, mediante guarda, de todo ilegal.

Conseqüentemente, configurado, em seu amplo espectro, in specie, o delito ínsito no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, perpetrado pelo apelante, não há falar em desclassificação daquele crime para o previsto no artigo 16 do supramencionado diploma legal, surgindo manifestamente desamparada a pretensão pela prova testemunhal produzida pela ilustre defesa, centrada nas declarações de Karin Ewald, esposa do apelante (fl. 150) e de seus conselheiros espirituais Cleber Elichirigoity Guterres e Terezinha Nas- cimento Gonçalves (fls. 151 e 152), que atestam a cura do apelante de anterior padecimento do vício da toxifilia.

III — Decisão

Por todo exposto, afastada à unanimidade a preliminar de nulidade invocada, conhece-se do apelo e nega-se-lhe provimento.

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, 20 de fevereiro de 2001.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.021771-9, DE BLUMENAU

Relator: Des. Alberto Costa

Estelionato em continuidade delitiva — Condenação — Recurso defensivo visando à absolvição, alegando estar o decisum *condenatório embasado, exclusivamente, na confissão do réu, que poderia ter sido efetuada para proteger a empresa de eventual irregularidade fiscal, e por não restar configurado o delito, ante a ausência de perícia grafotécnica nos documentos utilizados — Materialidade e autoria do delito de estelionato devidamente*

comprovadas pela confissão extrajudicial e judicial do réu, aliada à prova testemunhal amealhada, sendo dispensável a realização de perícia — Pleito absolutório improcedente — Recurso desprovido.

— Se o réu, reiteradas vezes, calcula e preenche guias de recolhimento referentes ao mesmo tributo, com valores diferentes, cobrando-os dos clientes e retendo, para si, o valor excedente, comete o delito de estelionato, na forma continuada.

*— "A doutrina e a melhor jurisprudência só têm exigido exame de corpo-delito nas infrações que por sua natureza deixem vestígios (*delicta facit permanenti*), o que não ocorre com o estelionato. Os documentos utilizados para a fraude não constituem vestígios do crime de estelionato, mas instrumentos de sua prática, ingredientes da* mise-en-scène*" (JUTACrim 80/406).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.021771-9, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que é apelante Amilton Piske 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 Blumenau, 2ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Amilton Piske, dando-o como incurso nas sanções do artigo 171, caput, c/c o artigo 71, caput, ambos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: "(...) que Amilton Piske desenvolvia atividade profissional junto à empresa Escol Processamento Ltda. ME., localizada nesta Cidade, Rua XV de Novembro, 930, tendo, sob sua responsabilidade, o setor de pessoal de todos os clientes da referida empresa, além de, em razão de conhecimento técnico, cooperar na orientação, cálculo e preenchimento de guias para pagamento de tributos de diversos clientes da Escol.

"E justamente em tal colaboração é que Amilton Piske, ao atender clientes no preenchimento das guias, também efetuava a cobrança dos valores que por ele eram calculados a título de tributos, para posterior recolhimento bancário.

"Ocorre que ao calcular o valor do tributo, Amilton sempre o fazia em valor superior ao efetivamente devido, tudo com o fim único de reter, para si, o excedente.

"Agindo desta forma, ludibriou diversos clientes da empresa, em ações repetidas que se estenderam desde meados de 1994 até início de 1996. Durante este período Amilton, induzindo terceiros de boa-fé em erro e causando-lhes prejuízos, obteve, para si, vantagem pecuniária indevida.

"Buscando ocultar sua ação, o denunciado emitia nota em favor do cliente com o valor efetivamente cobrado, enquanto que na segunda via, que permanecia arquivada no escritório, lançava o valor correspondente ao tributo devido.

"Nas datas adiante consignadas, cobrou, dos clientes especificados, os valores discriminados, todos superiores aos correspondentes aos tributos, retendo, para si, o excedente:

"Cliente: Elói Woicikiewczerior recolhimento bancário.

Data	R$ cobrados	R$ devido (tributo)	R$ retido	Doc. fls.
4/7/94	911,57	828,06	83,51	74/77
15/8/94	371,52	258,80	112,72	15
20/9/94	281,35	221,14	60,21	14
19/10/94	293,27	243,07	50,30	42/50
21/11/94	300,71	251,49	49,22	51/53
19/12/94	806,05	581,48	224,57	16/17
5/12/94	548,22	488,21	60,01	59/62
9/1/95	436,05	376,46	59,59	64/66
25/1/95	374,20	313,33	60,87	68/72

"Cliente: Charão Lange & Cia. Ltda.

Data	R$ cobrado	R$ devido (tributo)	R$ retido	Doc. fls.
4/8/95	130,60	117,60	13,00	18
5/1/96	244,49	202,49	42,00	19/20
31/1/96	170,00	120,00	50,00	21
31/1/96	740,50	597,80	142,70	22/23
24/1/96	369,96	319,96	50,00	24
24/1/96	428,18	358,18	70,00	25/26

"Tomadas estas quinze ações como exemplo da conduta delituosa do denunciado, chega-se ao valor de R$ 1.128,70 como sendo a vantagem indevida, muito embora os prejuízos causados aos clientes do escritório em muito ultrapassam tal quantia" (fls. 2/4).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Amilton Piske às penas de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e 18 (dezoito) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data dos fatos, por infringir o disposto no artigo 171, caput, c/c o artigo 71, caput, ambos do Código Penal, concedido o sursis, pelo prazo de 2 (dois) anos, mediante condições.

Inconformado, o acusado, por cota nos autos, apelou objetivando a absolvição, alegando estar a condenação embasada, exclusivamente, na confissão extrajudicial e judicial, sem levar em consideração outras provas que o inocentam.

Ademais, afirma que a confissão poderia ter sido feita para proteger a empresa vítima de eventuais irregularidades fiscais.

Por derradeiro, acrescenta não restar caracterizado o delito imputado, em virtude da ausência de perícia grafotécnica, necessária para demonstrar, de forma cabal, que a letra aposta nos recibos pertence ao acusado.

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.

O recurso defensivo deve ser desprovido.

A condenação foi ditada com acerto, e isso porque das peças que integram os presentes autos, verifica-se ter o apelante infringido as disposições

do artigo 171, caput, na forma continuada.

Na verdade, a autoria do crime imputado restou comprovada, à saciedade, não só pela confissão efetuada na polícia e em Juízo — como quer fazer crer o apelante —, mas, também, pelos depoimentos das testemunhas inquiridas Luiz Carlos Lauth (fls. 31/125), Clesio Ottequir (fls. 33/127) e Sérgio Moacir Lange (fl. 34), levadas em consideração pelo Juízo a quo para embasar o edito condenatório. De fato, os testigos, de forma coerente e harmônica, asseguram que, valendo-se da condição de funcionário da empresa onde prestava serviço, e da confiança nele depositada pela chefia, o acusado efetuava o cálculo dos tributos devidos pelos clientes e, após preencher as guias de recolhimento com valores diferenciados, ou seja, uma delas com valor superior ao tributo devido, fazia a cobrança, retendo o valor excedente para si, ludibriando, assim, os clientes.

Dos documentos acostados aos autos (fls. 18/30 e 42/81), constata-se, também, que houve reiteração do delito, caracterizando, assim, a continuidade delitiva (CP, art. 71).

Ora, in casu, o apelante, agindo da forma acima descrita, vulnerou os essentialia do artigo 171, caput, c/c o artigo 71, caput, ambos do Código Penal.

Por outro lado, a assertiva de que a confissão pudesse ter sido feita para proteger a empresa vítima de eventual irregularidade fiscal não passa de mera conjetura, sem qualquer amparo nos autos.

Por outro vértice, a insurgência do réu contra a não realização de perícia grafotécnica nos recibos juntados aos autos carece de consistência, à vista da comprovada materialidade e autoria do delito pela confissão mansa e pacífica dele próprio, réu, amparada pelo contexto probatório, não tendo havido, portanto, nos presentes autos, qualquer ofensa aos artigos 6º, inciso V, e 158, ambos do Código de Processo Penal.

Aliás, se o acusado entendia que a perícia, no delito de estelionato, era necessária para inocentá-lo, deveria tê-la requerido, mas não o fez, in opportuno tempore.

A jurisprudência, sobre a perícia em tema de estelionato, entende ser esta dispensável, se restar comprovado, por outros meios, ter o réu, de modo fraudulento, enganado a vítima e obtido vantagem indevida.

Nesse sentido:

"A doutrina e a melhor jurisprudência só têm exigido exame de corpo-delito nas infrações que por sua natureza deixem vestígios (delicta facit permanenti), o que não ocorre com o estelionato. Os documentos utilizados para a fraude não constituem vestígios do crime de estelionato, mas instrumentos de sua prática, ingredientes da mise-en-scène" (JUTACRIM 80/406).

E, desta Corte de Justiça:

"Desnecessidade de realização de perícia grafotécnica — Crime perfeitamente caracterizado através da prova da materialidade e depoimentos das testemunhas que reconheceram o acusado como o autor da fraude.

"'Em tema de estelionato não existe necessidade de perícia em relação a documento de que se valha o agente para atingir seu fim, ilaqueando a vontade da vítima, pois o desempenho ardiloso pode ser revelado por qualquer outra prova' (TACrimSP — HC — rel. Gonçalves Sobrinho — RT 537/310).

"Recurso desprovido" (Ap. Crim. n. 98.003729-8, de Xanxerê. rel. Des. Álvaro Wandelli).

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, 13 de fevereiro de 2001.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.009687-0, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Alberto Costa

Crime contra a saúde pública — Maconha — Uso próprio — Condenação — Recurso defensivo — Preliminar de nulidade do processo por vulneração aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porque as únicas testemunhas ouvidas nos autos foram as de acusação — Mérito recursal pleiteando a absolvição ante a insuficiência de prova para sustentar um edito condenatório — Preliminar de nulidade improcedente, eis que o defensor dativo não é obrigado a arrolar testemunhas, e a condenação lastreou-se na confissão extrajudicial e judicial do apelante, corroborada pelos depoimentos dos policiais militares oitivados na instrução — Pedido absolutório inadmissível — Apelante surpreendido por dois policiais militares na posse de um "tijolinho" de maconha contendo 10 (dez) gramas — Réu confesso na polícia e em juízo, admitindo que a maconha fora adquirida para uso próprio, não sendo ele dependente da droga — Condenação mantida — Recurso conhecido e desprovido.

— "Não configura ausência de defesa, o fato de o defensor público não ter arrolado testemunhas na defesa prévia" (RT 534/314).

— Não há falar em ausência de prova, quando a condenação lastreia-se na confissão extrajudicial e judicial do recorrente e queda corroborada pelos depoimentos de policiais militares que

efetuaram a apreensão do material tóxico em poder dos réus, testemunhos esses que não podem ser acoimados de suspeitos pela tão-só condição funcional ostentada por seus prestadores.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.009687-0, da comarca de Chapecó (1ª Vara), em que é apelante Algeri Sendroski, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, afastar as prefaciais de nulidade argüidas e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Chapecó, 1ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Algeri Sendroski, dando-o como incurso nas sanções do artigo 16 da Lei n. 6.368/76, porque, segundo descreve a proemial acusatória: "No dia 1º de outubro de 1998, por volta das 21 horas, policiais militares, em diligência empreendida na Rua Martinho Lutero, no bairro Jardim América, nesta cidade de Chapecó, abordaram o acusado Algeri Sendroski e, com ele apreenderam: '...um 'tijolinho' de 10(dez) gramas de uma erva vulgarmente conhecida como maconha...', a qual, levada a exame laboratorial, constatou-se que era capaz de ocasionar dependência física ou psíquica.

"O denunciado, havia adquirido a substância, a guardava, tinha a posse ou trazia consigo, para consumo próprio, sem estar autorizado para tanto..." (fl. 2).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou condenando Algeri Sendroski às penas de 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime semi-aberto, e 25 (vinte e cinco) dias-multa, por infração ao artigo 16 da Lei n. 6.368/76.

Inconformado, o acusado apelou objetivando a absolvição, alegando, em preliminar, ser nulo o processo, por afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, porque as únicas testemunhas inquiridas foram as arroladas pela acusação, não tendo, sequer, sido produzida prova pela defesa.

Requer, ainda, a concessão do direito de recorrer em liberdade, pois respondeu a instrução criminal solto, não tumultuando qualquer ato processual.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta superior instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, pelo afastamento da preliminar argüida, mantendo-se a sentença de primeiro grau.

II — Voto

O apelante pleiteia, liminarmente, que lhe seja assegurado, nesta oportunidade, o direito de responder solto o desate deste recurso, eis que respondeu todo o processo em liberdade. De sorte que, argumenta, ao restringir ao apelante, na sentença recorrida, o direito de apelar em liberdade,

o Magistrado a quo desatendeu o princípio da presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Ora, não obstante assista razão ao apelante, entende-se, no entanto, que essa matéria deveria ter sido agitada na impetração de habeas corpus, no momento procedimental próprio, por isso que perde o seu objeto com o julgamento e trânsito em julgado do presente recurso.

Por esse motivo afasta-se esse pleito preliminar do recorrente.

No que tange à preliminar de nulidade do processo crime, por vulneração dos princípios do contraditório e da ampla defesa, porque as únicas testemunhas ouvidas nos autos foram as de acusação, esta improcede integralmente.

De fato, conforme preconizado no § 6º do artigo 22 da Lei n. 6.368/76, "Interrogado o réu, será aberta vista à defesa para, no prazo de 3 (três) dias, oferecer alegações preliminares, arrolar testemunhas até o máximo de 5 (cinco) e requerer as diligências que entender necessárias. Havendo mais de um réu, o prazo será comum e correrá em cartório".

No caso dos presentes autos, o Dr. Juiz de Direito que presidiu a instrução do processo, já no interrogatório do apelante, não seguiu o rito processual previsto na Lei de Tóxicos, e sim o comum, do Código de Processo Penal, de tal sorte que, já naquele ato, ao nomear defensor dativo para o ora apelante, determinou a intimação do advogado para apresentar defesa prévia (fl. 28), e, oferecida esta (fl. 30), logo após, à fl. 31, em vez de proferir o despacho saneador (art. 23 da Lei Antitóxicos), designou dia e hora para a realização da audiência de oitiva das testemunhas de acusação.

Reconhece-se que a mudança de rito não induz nulidade ao processo crime, nulidade sequer aventada pelo apelante, mesmo porque afastado o rito sumaríssimo da Lei Especial, a adoção do rito comum do Código de Processo Penal, mais dilatado, longe de prejudicar ao apelante, réu solto durante a instrução, lhe beneficiou.

Vale dizer, portanto, que in casu, a determinação de intimar-se o defensor dativo para oferecer defesa prévia obedeceu os ditames do artigo 395 do Código de Processo Penal, transcrito: "Art. 395. O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de 3 (três) dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas".

De outra parte, apresentada ou não a defesa prévia (CPP, art. 396), seguir-se-ia, em primeiro lugar, a inquirição das testemunhas de acusação.

Na hipótese sub judice, intimado o defensor dativo para oferecer defesa prévia, fê-lo à fl. 30, negando as increpações postas na denúncia, sem arrolar testemunhas. E não estava ele obrigado a apresentar o competente rol, cuja ausência, na verdade, não se erige em nulidade por falta de defesa, consoante se depreende do magistério de Mirabete e do entendimento jurisprudencial.

Com efeito, preleciona Julio Fabbrini Mirabete: "(...) Sendo a defesa peça dispensável, a critério do defensor, a omissão da defesa prévia, ou a ausência de rol de testemunhas, não constitui nulidade por ausência de defesa. O que anula o processo é a ausência de concessão de prazo para o defensor apresentá-la" (Código de Processo Penal Interpretado: Refe-

rências Doutrinárias, Indicações Legais, Resenha Jurisprudencial. 5ª ed. — São Paulo, Atlas, 1997, pág. 516) (o grifo é nosso).

E da jurisprudência colhe-se o seguinte escólio:

"Não configura ausência de defesa o fato de o defensor público não ter arrolado testemunhas na defesa prévia" (RT 534/314).

No mesmo sentido, STF: RT 579/422; TJMG: RT 705/353); TACrimSP: RT 681/354; RJDTACRIM 23/388).

Nessa conformidade, não há como acolher a prefacial de nulidade aventada, pelo fato de a defesa dativa não ter arrolado testemunhas e a condenação ter se fundamentado exclusivamente na prova produzida pela acusação.

Nesse aspecto, impende gizar o equívoco da nobre defesa, pois a condenação lastreou-se na confissão extrajudicial e judicial do apelante (fls. 8 e 28), corroborada pelos depoimentos dos policiais militares que efetuaram a apreensão do material tóxico em poder do réu, cujos testemunhos não podem ser acoimados de suspeitos pela tão-só condição funcional que ostentam seus prestadores.

Nessa diretiva, a pacífica orientação da jurisprudência pátria.

Afasta-se, portanto, a prefacial de nulidade invocada no apelo.

Quanto ao mérito, inviável a pretensão absolutória.

O apelante foi surpreendido pelos policiais militares Ademar Nagorski e Cássio Riedi, à noite, nas condições retratadas na exordial acusatória, na posse de 1 (um) tijolinho contendo 10 (dez) gramas de maconha.

Na polícia, o apelante confessou a autoria do delito, em que pese terem sido desatendidos os reclamos do inciso V do artigo 6º do Código de Processo Penal.

Todavia, em Juízo, perante o Togado, declarou, expressamente, que a maconha apreendida em seu poder fora adquirida para uso próprio, não sendo, no entanto, dependente da droga.

Nessas condições, conforme já referido, inadmissível decretar-se a absolvição do apelante, uma vez que ele próprio, com vontade livre e consciente, com dolo específico, transgrediu os essentialia do delito previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76, ao trazer consigo, para uso próprio, contra expressa disposição legal, substância entorpecente, maconha, capaz de causar dependência física e/ou psíquica.

III — Decisão

Diante do exposto, a Câmara, à unanimidade, afasta as prefaciais de nulidade suscitadas no apelo, e, igualmente, à unanimidade, conhece do recurso, mas nega-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 4 de setembro de 2001.

Alberto Costa,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.010387-0, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Amaral e Silva

Processual e penal — Prova — Receptação — Prescrição decretada — Furto qualificado — Concurso de agentes — Ausência de apreensão da res *— Desnecessidade — Prova — Chamada dos co-réus — Validade — Dosimetria — Recurso provido em parte.*

Receptação — Dolo — Indícios firmes capazes de convencer da vontade livre e consciente de adquirir produto de furto — Desclassificação para a forma culposa — Impossibilidade — Pena-base acima do mínimo — Réu que não registra antecedentes — Circunstâncias judiciais favoráveis — Adequação — Recurso provido em parte.

Adequação da pena — Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva — Modalidade retroativa — Matéria de ordem pública — Reconhecimento de ofício.

Transitada em julgado a sentença para a acusação, a prescrição passa a ser regulada pela pena imposta.

Havendo concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente (art. 119 do CP).

A apreensão da res *não é indispensável à comprovação do furto, inclusive porque o agente pode escondê-la, desviá-la ou destruí-la.*

Para o delito basta seja induvidosa a existência da subtração.

Quando o furto é praticado em concurso de agentes, a co-autoria fica estabelecida quando os co-réus, em chamada, confirmam a participação dos envolvidos.

Sendo o dolo de natureza subjetiva, fatos objetivos são capazes de demonstrar sua ocorrência.

A receptação dolosa prova-se por indícios e circunstâncias, inclusive o elemento subjetivo.

A conduta do agente e as circunstâncias da posse da res *constituem importantes elementos de convicção a respeito da ciência da origem criminosa do bem.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.010387-0, da comarca de Criciúma, em que são apelantes Antônio Valim e Luiz da Rocha, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial aos recursos para declarar extinta a punibilidade pela prescrição do crime de receptação e reduzir a pena do furto qualificado para 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa em relação a Antônio Valim; e reduzir a pena de Luiz da Rocha para 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa. De ofício, declarar extinta a punibilidade de ambos os apelantes pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Na comarca de Criciúma, Cláudio César da Silva, vulgo "Toca", Ivonei José da Rocha, vulgo "Nego", Ênio Biff, Antônio Valim, vulgo "Tune", e Luiz da Rocha foram denunciados como incursos, o primeiro nas sanções do art. 155, § 4º, I e IV, c/c os arts. 69 e 71 e art. 250, § 1º, II, a, c/c os arts. 14, II, e 69, todos do Código Penal; o último nas penas do art. 155, § 4º, I e IV, e art. 180, caput, c/c o art. 69, todos do Código Repressivo; e os demais, nas penas do art. 155, § 4º, I e IV, c/c os arts. 69 e 71, todos do mesmo es- tatuto.

Durante a fase instrutória foi declarada extinta a punibilidade do denunciado Ênio Biff, em razão de seu falecimento (fl. 110).

Concluída a instrução, a denúncia foi julgada procedente, em parte, restando condenados:

Cláudio César da Silva à pena de 9 (nove) anos, 9 (nove) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 94 (noventa e quatro) dias-multa, por infração ao art. 155, § 4º, I, c/c os arts. 62, I, 65, I e III, d, e 71, caput (3 vezes); e art. 250, § 1º, II, a, c/c os arts. 14, II, e 69, caput, todos do Código Penal;

Ivonei José da Rocha à pena de 5 (cinco) anos, 10 (dez) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, por infração ao art. 155, § 4º, I, c/c os arts. 62, I, 65, III, d, e 71, caput (3 vezes), todos do Có- digo Penal;

Antônio Valim à pena de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 90 (noventa) dias-multa, por infração ao art. 155, § 4º, IV, e art. 180, caput, c/c o art. 69, caput, todos do Código Penal;

Luiz da Rocha à pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, por infração ao art. 180, caput, c/c o art. 65, III, ambos do Código Penal.

Inconformados, Cláudio César da Silva, Antônio Valim e Luiz da Rocha apelaram, tendo o defensor dativo de Ivonei José da Rocha deixado transcorrer in albis o prazo recursal.

Atendendo ao requerimento de Cláudio César da Silva, o Dr. Juiz declarou extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa (art. 110, § 1º, art. 107, IV, c/c os arts. 109, III, 115 e

119, todos do Código Penal), restando prejudicado o recurso.

Antônio Valim requer, preliminarmente, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado. No mérito, pugna pela absolvição ao argumento de que não cometeu os delitos que lhe foram imputados, não havendo nos autos prova de sua participação.

Luiz da Rocha pleiteia, preliminarmente, a decretação da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. No mérito, requer absolvição, alegando que não cometeu o delito de receptação, pois desconhecia a origem ilícita dos bens adquiridos. Alternativamente, pugna pela desclassificação para receptação culposa e a redução da pena-base, sendo-lhe concedido o sursis.

Em contra-razões, alega o Dr. Promotor que a sentença, em relação ao apelante Antônio Valim deve ser mantida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

No tocante a Luiz da Rocha, diz o representante do Ministério Público que o apelante faz jus à suspensão condicional do processo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento de ambos os apelos, sendo provido parcialmente o recurso de Antônio Valim para que seja extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva em relação ao delito de receptação; e pelo desprovimento do recurso de Luiz da Rocha.

Os recursos seguiram os trâmites legais.

II — Voto

1 — Ante a pluralidade de apelantes, passo a analisar os recursos separadamente.

2 — Recurso de Antônio Valim

2.1 — Pleiteia o apelante o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado na forma retroativa.

A ação está prescrita somente no que tange ao delito de receptação (art. 180, caput, do CP).

Segundo o disposto no art. 119 do Código Penal, "no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente".

No caso, as penas privativas de liberdade impostas ao apelante foram de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão pelo furto e 2 (dois) anos de reclusão pela receptação.

A sentença foi publicada em 3 de outubro de 1997, fl. 180. A denúncia recebida dia 8 de março de 1991, fl. 2.

Entre a causa interruptiva da prescrição e a data da publicação da sentença, que transitou em julgado para a acusação, decorreu lapso de tempo superior a 4 (quatro) anos, estando prescrita a ação penal. Confiram-se os artigos 109, V, 110, § 1º, e 117, I e IV, todos do Código Penal.

Julio Fabbrini Mirabete ensina:

"Diante do disposto no artigo, no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade, inclusive quanto à prescrição da pretensão punitiva com base na pena em abstrato, incide sobre a pena de cada um, isoladamente. Assim, no concurso material,

não há que se fazer o cálculo sobre a soma das penas aplicáveis, mas com base em cada crime, isoladamente. O mesmo deve ser dito com relação ao concurso formal e ao crime continuado, devendo calcular o prazo da prescrição de cada delito" (Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, págs. 638/639).

Da jurisprudência:

"Apelação criminal. Prescrição. Pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão. Concurso material. Incidência sobre a pena de cada crime isoladamente. Lapso temporal de mais de dois anos entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença. Extinção da punibilidade devido à prescrição da pretensão punitiva, em sua forma retroativa (inteligência dos arts. 109, VI, e 110, §§ 1º e 2º, do CP, e artigo 61 do CPP).

"Recurso julgado prejudicado" (Ap. Crim. n. 99.016774-7, de Braço do Norte, rel. Des. Genésio Nolli).

"Ação penal. Receptação. Sentença condenatória. Prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, verificada entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória. Extinção da punibilidade decretada. Tratando-se de concurso material, o cálculo do prazo prescricional é decorrente da pena aplicada a cada um dos crimes, considerada isoladamente, consoante preconizado no artigo 119 do Código Penal" (Ap. Crim. n. 00.023288-2, de Xanxerê, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

2.2 — No que se refere ao delito de furto, razão não assiste ao apelante.

A materialidade restou evidenciada pelo laudo pericial (fls. 12/15), termo de apreensão (fl. 30), auto de avaliação (fl. 32) e termo de entrega (fl. 33).

Comprova-se a autoria pelos depoimentos dos co-réus que foram unânimes ao afirmar que o apelante foi chamado para ajudar no transporte dos bens furtados.

Cláudio César da Silva, perante a autoridade policial, afirmou que após a subtração percebeu que ele e os seus comparsas não conseguiriam levar os objetos para sua casa, tendo se dirigido à residência de Antônio para que este fizesse o transporte em seu veículo; "como não tinha mais lugares para o declarante e seus três colegas, já que o veículo estava lotado com as mercadorias furtadas, pediu para que Antônio levasse as mercadorias até Vila Lourdes, casa do declarante, o que não ocorreu, pois Antônio fugiu com as mercadorias e não mais apareceu, ficando apenas em poder do declarante alguns pares de sapatos, os quais transportava nos braços, em virtude de não mais ter espaço no veículo" (fl. 53v.). Reinquirido, manteve esta versão (fl. 55).

Em Juízo, aduziu que quem comandava os furtos era o apelante (fl. 79), o que não restou provado, levando a crer que Cláudio incriminou Antônio porque o comparsa desapareceu com a res furtiva, em vez de levá-la para sua casa, como combinado.

O apelante, tanto na polícia (fl. 50) como em Juízo (fl. 78v.), confessou ter feito o transporte das mercadorias furtadas da loja de calçados, alegando, no entanto, ter sido ameaçado por Cláudio, que estava acompanha-

do de Ênio Biff ou do menor M. B., não se recordando qual dos dois.

Ocorre que a coação não ficou demonstrada.

Ênio Biff, perante a autoridade policial, corroborou as declarações prestadas por Cláudio, declarando tê-lo acompanhado até a casa de Antônio, a quem solicitaram para fazer o transporte (fl. 61v.).

Em Juízo (fl. 80v.) confirmou que Antônio, em vez de levar a res para a casa de Cláudio, como prometido, desapareceu com os bens subtraídos.

No mesmo sentido as declarações de Ivonei José da Rocha (fl. 58), que também participou do furto.

O fato de a res não ter sido apreendida não implica falta de materialidade, pois a existência dos bens subtraídos pode ser demonstrada por outras formas, ainda mais quando o próprio apelante confessa que jogou o produto do furto num milharal (fl. 78v.).

Entendem, doutrina e jurisprudência, que a apreensão da res não é indispensável a comprovação do furto, inclusive porque o agente pode escondê-la, desviá-la ou destruí-la.

Para o furto basta que seja induvidosa a existência da subtração.

Já se decidiu:

"Furto — Prova — Prescindibilidade da apreensão ou exame da coisa furtada — Suficiência da induvidosa existência da subtração.

"Ementa oficial: Quando se tratar de furto simples, inexiste 'materialidade do delito' a ser provada ou demonstrada. A subtração de um objeto é, em geral, um fato transeunte, porque o agente pode dar-lhe sumiço, destruí-lo, comê-lo etc., ou, ainda que isto não ocorra, o encontro de uma coisa em determinado lugar apenas prova sua existência. A ação de subtrair, salvo exceções, não deixa marcas, motivo por que não é imprescindível, como prova da existência do fato delituoso, a apreensão e/ou exame das coisas furtadas. Basta, como é evidente, que seja induvidosa a existência da subtração" (TARS — RT 738/697).

No mesmo sentido o entendimento desta Corte:

"Crime contra o patrimônio. Furto. Autoria. Prova. Palavra da vítima. Validade. Reconhecimento pessoal. Ausência de apreensão da res. Irrelevância. Delito consumado. Condenação que se impõe.

(...)

"A apreensão do objeto subtraído não é indispensável à configuração do furto, quando a prova testemunhal apresenta-se suficientemente convincente para embasar um juízo de certeza quanto à existência do bem subtraído e da autoria delitiva.

"A consumação do crime de furto ocorre não pela detenção da coisa, mas pela sua subtração, vale dizer, desde que o agente se apossou da coisa pertencente a outra pessoa" (Ap. Crim. n. 99.010634-9, de Itajaí, rel. Des. Maurílio Moreira Leite).

"A circunstância de a res furtiva não ter sido encontrada na posse da agente não descaracteriza o delito de furto, visto que o furto consistente no fato da subtração e não na posse da coisa; a apreensão, assim, é dispensável desde que a prova colhida seja suficientemente convincente para em-

basar a certeza quanto à sua existência, assim como da autoria da subtração" (Ap. Crim. n. 99.009551-7, de Caçador, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

A chamada dos co-réus, além da localização de parte dos objetos do furto e da confissão do apelante, conferem certeza a respeito da materialidade e autoria.

2.3 — Não prospera a alegação de que as declarações do apelante não foram levadas em consideração na sentença condenatória.

O Magistrado a quo, analisando a prova, considerou que "a única versão que não encontra respaldo e eco é a versão do acusado Antônio Valim, que nega sua participação no delito, efetuando o transporte das mercadorias furtadas, afirmando durante a fase indiciária que foi chamado pelo co-réu Cláudio para que o ajudasse no transporte da mercadoria, o que não foi aceito. Já em juízo afirmou que ajudou no transporte porque foi coagido pelos acusados. Frise-se que apesar da negativa e contradição, não resta dúvida que Antônio Valim participou ativamente da empreitada delitiva. Percebe-se isto pelo material cognitivo constante dos autos".

É lícito ao juiz, na apreciação da prova, optar por uma das versões apresentadas.

Assim, existindo duas versões, uma do apelante e outra dos co-réus, firme, corroborada por indícios e circunstâncias coerentes e convergentes, podia o Magistrado optar por qualquer delas.

Dispõe o art. 157 do Código de Processo Penal, verbis:

"O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova".

Sobre o princípio do livre convencimento, Julio Fabbrini Mirabete leciona:

"Adotou a lei o princípio do livre convencimento (ou livre convicção, ou da verdade real), segundo o qual o juiz forma sua convicção pela livre apreciação da prova, não ficando adstrito a critérios valorativos e apriorísticos e é livre em sua escolha, aceitação e valoração" (Código de Processo Penal Interpretado, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, pág. 414).

É a jurisprudência nesta Corte:

"Processual — Prova — Princípio do livre convencimento — Precedentes jurisprudenciais — Recurso desprovido.

"Relativamente à análise e avaliação da prova, nosso Direito adotou o princípio do livre convencimento, baseado na fundamentação, lastreada nos autos do processo.

"Havendo crítica sã, raciocínio lógico, em forma de silogismo, demonstrando o magistrado os motivos do convencimento, é o que basta" (Ap. Crim. n. 99.012837-7, de Itajaí, que relatei).

"A teor do art. 157 do CPP, 'o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova', isto é, não existindo critérios preestabelecidos para a valoração dos diversos meios de convencimento reunidos no curso da instrução, o julgador decidirá com base em sua própria avaliação de tudo o que contiver os autos, estando obrigado, tão-somente, a fundamentar sua opção.

"Não há que se falar em dúvida ou insuficiência de prova que justifique a absolvição, quando os elementos contidos nos autos permitem a formação de um seguro juízo de convicção acerca da responsabilidade do acusado pelos fatos que lhe são imputados" (Ap. Crim. n. 98.017488-0, de Joaçaba, rel. Des. Paulo Gallotti).

2.4 — A dosimetria, no tocante ao furto, merece reparos.

Verifico que o douto Magistrado foi rigoroso na dosimetria da pena.

Analisando as circunstâncias judiciais, observo que a culpabilidade do agente é normal à espécie; o apelante não registra antecedentes; 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 foram normais à espécie, sendo, inclusive, recuperada parte da res; o comportamento da vítima em nada influiu.

Desse modo, fixo a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Inexistem agravantes e atenuantes, bem como causas de especial aumento ou diminuição de pena, razão pela qual a mantenho no mesmo quantum — 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo.

O MM. Juiz, equivocadamente, determinou que o apelante, por ser reincidente, deveria iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, mas não elevou a pena em razão desta agravante.

Verificando as certidões de fls. 73/74, 125 e 132, constata-se que Antônio Valim não é reincidente.

Assim, fixo o regime aberto para o início do cumprimento da pena, conforme determina o art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

3 — Recurso de Luiz da Rocha

3.1 — A ação não está prescrita.

Luiz da Rocha foi condenado a 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão por infração ao art. 180, caput, do Código Penal.

A denúncia foi recebida dia 8 de março de 1991, fl. 2, e a sentença publicada em 3 de outubro de 1997, fl. 180.

Considerando a quantidade de pena aplicada, tem-se que a prescrição ocorrerá se entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença decorrer o período de 8 (oito) anos (arts. 109, V, 110, § 1º, e 117, I e IV, todos do Código Penal), o que não é o caso.

O lapso temporal entre as causas interruptivas da prescrição foi de pouco mais de 6 (seis) anos; o apelante não era menor de 21 (vinte e um) anos, nem maior de 70 (setenta) anos quando cometeu o delito; portanto, em razão do quantum da pena aplicada, não há possibilidade de ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa.

É entendimento:

"Tráfico de entorpecentes — Recurso defensivo pretendendo o reconhecimento da prescrição — Inocorrência.

"Considerando a pena de 3 anos concretizada na sentença, inadmissível o reconhecimento da prescrição retroativa se, entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, não transcorreu prazo superior a 8 anos" (Ap. Crim. n. 28.811, de Brusque, rel. Des. Álvaro Wandelli).

3.2 — A receptação restou plenamente comprovada, não se podendo falar em desclassificação para a forma culposa.

Autoria e materialidade restaram demonstradas pelo termo de apreensão (fl. 31) da res que estava em poder de Luiz da Rocha.

O apelante não nega que estava na posse do aparelho de som, da televisão em preto e branco e de uma caixa de som, tamanho grande, subtraídos das vítimas Gilberto Felisberto e Gilmar Vieira. Alega, no entanto, que comprou os bens dos co-réus Cláudio César da Silva e Ivonei José da Rocha sem saber que eram produto de furto, mas tinha conhecimento que tais elementos "são dados ao hábito de furtos" (fl. 64).

A certeza do conhecimento da origem criminosa, sendo de natureza subjetiva, normalmente é comprovada pela conduta objetiva do agente e demais circunstâncias indicativas daquela ciência. Ademais, é pacífico o entendimento de que a posse injustificada da res inverte o ônus da prova.

O apelante não pode ser considerado pessoa ingênua. Sabia que quem lhe vendeu os bens cometia seguidos furtos na cidade. Tais circunstâncias mais que evidenciam a ciência inequívoca da procedência criminosa dos objetos que possuía.

Ensina João Roberto Parizatto:

"A prova do conhecimento da origem delituosa da coisa, no crime de receptação, pode extrair-se da própria conduta do agente e dos fatos circunstanciais que envolvem a infração penal (JTACrimSP 96:240). Os indícios concludentes e seguros que conduzem à certeza de que o agente era conhecedor da origem criminosa da res que recebera configura o crime em apreço (RT 629:338). (...)

"Provando-se que o agente, mesmo conhecendo a origem espúria da res, agiu com vontade livre e consciente de praticar as condutas incriminadas, tem-se o crime como caracterizado em sua forma dolosa (RJDTA CrimSP 14:123)" (Dos Crimes contra o Patrimônio, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 246).

Alberto Silva Franco e outros anotaram:

"'Para a afirmação do tipo definido no art. 180 do CP, é indispensável que o agente tenha prévia ciência da origem criminosa da coisa. No entanto, tratando-se de um estágio do comportamento meramente subjetivo, é sutil e difícil a prova do conhecimento que informa o conceito do crime, daí por que a importância dos fatos circunstanciais que envolvem a infração e a própria conduta do agente' (TACrimSP — AC — rel. Renato Mascarenhas — JTACrim 83/242)" (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 1, t. II, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 2.807).

"'Em crime de receptação, o fato dos agentes terem personalidade voltada à prática delitiva é circunstância que induz na certeza de que conheciam a origem ilícita dos objetos adquiridos, bem como de que agiram conscientes e imbuídos de evidente dolo ao adquirirem a res' (TACrimSP — AC — rel. S. C. Garcia — RJD 15/154)" (op. cit., pág. 2.808).

Neste Tribunal:

"Receptação dolosa — Certeza de que o agente conhecia a origem criminosa dos objetos — Condenação mantida — Recurso improvido.

'A prova do conhecimento da origem criminosa dos objetos adquiridos no crime de receptação pode extrair-se da própria conduta do agente e dos fatos circunstanciais que envolvem a infração' (Ap. Crim. n. 33.187, da Capital, rel. Des. José Roberge)" (Ap. Crim. n. 97.005884-5, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

"Penal — Receptação — Dolo — Indícios firmes capazes de convencer da vontade livre e consciente de adquirir produto de furto — Recurso desprovido.

"Sendo o dolo de natureza subjetiva, só fatos objetivos é que são capazes de demonstrar sua ocorrência" (Ap. Crim. n. 97.001912-2, de Itajaí, relatado pelo subscritor).

Em síntese:

Sendo a ciência da origem ilícita dos bens de natureza subjetiva, só fatos concretos podem justificar a certeza moral daquele conhecimento.

Na espécie, convence da referida ciência o fato de o apelante conhecer os agentes, sendo sabedor de que eram eles "dados à prática de furtos".

Assim, não ficou comprovada a receptação culposa, mas a dolosa, prevista no caput do art. 180 do Código Penal.

3.3 — No que tange à aplicação da pena-base acima do mínimo legal, razão assiste ao apelante.

O Magistrado a quo foi excessivamente rigoroso na dosimetria da pena, justificando o aumento ao considerar o apelante "tecnicamente primário", julgando que a sua conduta social "não é das melhores" e que possui personalidade "malformada". Quanto aos motivos, julgou-os "ditados pelo desejo de lucro fácil e desrespeito ao patrimônio alheio".

Analisando as circunstâncias judiciais, verifico que a culpabilidade do agente foi normal à espécie; não registra antecedentes, posto que a absolvição (fls. 124 e 133) em outro processo não pode ser levada em consideração; em relação à conduta social e à personalidade, inexistem elementos probatórios para uma segura análise; os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime foram próprias do tipo; o comportamento do ofendido em nada influiu.

Desse modo, fixo a pena-base em 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Não há agravantes. Presente a atenuante da confissão espontânea, deixo de aplicá-la por já se encontrar a pena no mínimo legal.

Não existem causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição, razão pela qual fixo a reprimenda em 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo. Mantido o regime aberto.

4 — Verifico que a ação está prescrita para ambos os apelantes.

Houve a adequação das reprimendas de Antônio Valim e Luiz da Rocha, restando condenados, o primeiro à pena de 2 (dois) anos de reclusão, e o segundo à pena de 1 (um) ano de reclusão.

A sentença foi publicada em 3 de outubro de 1997, fl. 180. A denúncia recebida dia 8 de março de 1991, fl. 2.

Entre a causa interruptiva da prescrição e a data da publicação da sentença, que transitou em julgado para a acusação, decorreu lapso de tempo superior a 4 (quatro) anos, estando prescrita a ação penal. Confiram-se os arts. 109, V, 110, § 1º, e 117, I e IV, todos do Código Penal.

5 — Pelo exposto, dou provimento parcial aos recursos para declarar extinta a punibilidade pela prescrição do crime de receptação e reduzir a pena do furto qualificado para 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa em relação a Antônio Valim; e reduzir a pena de Luiz da Rocha para 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa. De ofício, declaro extinta a punibilidade de ambos os apelantes pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Deram provimento parcial aos recursos para declarar extinta a punibilidade pela prescrição do crime de receptação e reduzir a pena do furto qualificado para 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa em relação a Antônio Valim; e reduzir a pena de Luiz da Rocha para 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa. De ofício, declararam extinta a punibilidade de ambos os apelantes pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa.

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. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 29 de maio de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.001293-1, DE LAGES

Relator: Des. Amaral e Silva

Lei de Imprensa — Matéria veiculada por periódico — Direito de resposta — Concessão no juízo a quo *— Inconformismo — Pretensão legítima — Recurso desprovido.*

Todo aquele que é acusado ou ofendido por publicação ou transmissão de radiodifusão, tem direito de publicar resposta ou retificação no mesmo meio de informação que veiculou a acusação ou a ofensa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.001293-1, da comarca de Lages, em que é apelante O Momento Jornalismo Ltda., sendo apelado Manoel Vitório Ávila:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Manoel Vitório Ávila ajuizou pedido de resposta contra o Jornal O Momento, amparado no art. 5º, V, da Constituição Federal, e art. 29 da Lei n. 5.250/67, alegando que, no mês de outubro do ano de 1999, referido jornal publicou, inclusive com chamada de capa, a matéria intitulada: "Juiz Aposentado condenado a devolver R$ 120 mil para o Caça", referindo-se à condenação do requerente em ação ordinária de indenização por ato ilícito penal movida pelo Clube Caça e Tiro 1º de Julho. Sustentou que a matéria teceu comentário malicioso, extrapolando a mera notícia, causando-lhe humilhação e menoscabo. Disse que a notícia omitiu sua absolvição na esfera criminal, e que, no âmbito civil, o processo pende de apreciação neste Tribunal de Justiça.

Exercendo extrajudicialmente o direito de resposta, com força na Lei n. 5.250/67, o autor solicitou publicação da matéria-resposta no mesmo lugar e em caracteres tipográficos idênticos à que lhe deu causa, havendo recusa por parte do periódico.

Concluída a instrução, o pedido foi julgado procedente, condenando o requerido a publicar a resposta na forma do art. 30 da Lei de Imprensa. Cominada, ainda, multa no valor de R$ 1.000,00 (mil reais) por edição, caso a resposta não se desse na edição imediatamente posterior.

Inconformado, apelou o periódico, sustentando, em síntese, que a publicação não noticiou nenhuma inverdade; que não teve o propósito de ofender ou humilhar o apelado, relatando apenas o conteúdo da decisão judicial. Alegou, ainda, que o teor da resposta ofertada pelo apelado extrapolou os limites da matéria divulgada. Invocou o direito fundamental de liberdade de expressão e da manifestação do pensamento, aduzindo que o teor da resposta é ofensivo ao jornal. Por fim, pleiteou a reforma da sentença, reclamando o pagamento pelo espaço ocupado no jornal.

O apelo foi recebido no efeito devolutivo.

Em contra-razões, Manoel Vitório Ávila pugnou pela manutenção da sentença.

O representante do Ministério Público opinou pela improcedência do pedido.

Pagas as custas, neste grau de jurisdição, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — Mantenho a r. sentença.

O pedido de resposta refere-se à publicação efetuada pelo Jornal "O Momento", de circulação na região de Lages, divulgando decisão judicial de primeira instância em que o apelado restou condenado ao pagamento de R$ 89.146,80 (oitenta e nove mil, cento e quarenta e seis reais e oitenta centavos), "acrescido de correção monetária, a partir do ingresso da ação e juros legais a partir da citação", ao Clube Caça e Tiro 1º de Julho, do qual era tesoureiro.

O direito de resposta está previsto no art. 29 da Lei n. 5.250/67, verbis:

"Art. 29. Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiofusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo, tem direito a resposta ou retificação".

Acerca da matéria, preleciona Darcy Arruda Miranda:

"O direito de resposta já foi considerado tão necessário à liberdade de imprensa que seria intolerável se não existisse, uma vez que a responsabilidade nasce da liberdade e, assim, defender o direito de resposta é defender também a liberdade de imprensa. Ambas se acham em relação de estreita conexidade. Cessando a liberdade de imprensa, cessa o direito de resposta. Este deve ser considerado um verdadeiro estado de legítima defesa, pois o ofendido age imediatamente, antes que o dano da ofensa cause males maiores. É o revide imediato e mais à mão com que conta o ofendido para restabelecer a verdade e lutar contra o poder coletivo do jornal" (Comentários à Lei de Imprensa, 2ª ed., Tomo 2, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pág. 524).

O direito de resposta, exercido extrajudicialmente, está previsto da seguinte forma:

"Art. 30. O direito de resposta consiste:

"I — na publicação da resposta ou retificação do ofendido, no mesmo jornal ou periódico, no mesmo lugar, em caracteres tipográficos idênticos ao escrito que lhe deu causa, e em edição e dias normais".

"Art. 31. O pedido de resposta ou retificação deve ser atendido:

"I — dentro de 24 (vinte e quatro) horas, pelo jornal, emissora de radiodifusão ou agência de notícias".

Se o pedido não for atendido imediatamente, poderá o ofendido recorrer ao Judiciário:

"Art. 32. Se o pedido de resposta ou retificação não for atendido nos prazos referidos no art. 31, o ofendido poderá reclamar judicialmente a sua publicação ou transmissão.

"§ 1º Para esse fim, apresentará um exemplar do escrito incriminado, se for o caso, ou descreverá a transmissão incriminada, bem como o texto da resposta ou retificação, em duas vias datilografadas, requerendo ao juiz criminal que ordene ao responsável pelo meio de informação e divulgação a publicação ou transmissão, nos prazos do art. 31".

Darcy Arruda Miranda comenta:

"Não tendo o acusado ou ofendido obtido êxito no pedido de resposta ou retificação extrajudicial poderá reclamar, judicialmente, a sua

publicação ou transmissão. Para isto deverá apenas aguardar os prazos previstos no art. 31. Decorridos estes, fica com a faculdade de requerer a publicação ou transmissão compulsória da resposta, ou ingressar, desde logo, com ação penal ou civil contra o responsável pela ofensa" (op. cit., pág. 550).

No caso, o apelante insistiu na resposta, seguindo todos os passos previstos na lei.

Como corretamente asseverou o culto Procurador de Justiça Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, "se faz necessário analisar se a matéria veiculada pelo jornal O Momento excedeu ou extrapolou as prerrogativas de uma imprensa livre e democrática. Se o jornal se limitou a exceder a sua responsabilidade social, reproduzindo a decisão judicial, atendendo à vocação de tranparência do Judiciário.

"Neste passo, tem-se que, conforme destacado na sentença atacada, a publicação não se limitou a relatar o histórico do processo, no qual restou condenado o apelado, mas associou a isto o seguinte comentário:

"'Na época do 'escândalo' culminou pela construção de uma mansão do réu, na praia de Itapema, e alguns sócios mais brincalhões, comentavam que com a carteirinha do Caça, se poderia ter acesso à famosa residência'.

"Assim, com tal comentário, forçoso é conhecer-se que a honra do apelado restou atingida de forma indevida, posto que se insinuou que o mesmo teria construído uma mansão com o dinheiro desviado, quando a decisão noticiada não faz qualquer menção a este fato.

"Em tais circunstâncias, legítima é a pretensão do apelado de ver publicada sua resposta, a fim de restabelecer a verdade dos fatos.

"No sentido do cabimento de resposta em casos que tais, por oportuno destacam-se os seguintes ensinamentos jurisprudenciais, verbis:

"'Direito de resposta — Finalidade – 'O direito de resposta tem por finalidade a defesa de quem é acusado ou ofendido por publicação ou transmissão de radiodifusão, ensejando-lhe apontar os erros, inexatidões ou distorções da matéria veiculada e restabelecer a verdade perante a opinião pública' (TACrimSP — AC — Rel. Dante Busana – RT 575/377 — JUTACrim 74/369).

"'Basta a ocorrência de qualquer uma das três hipóteses previstas pelo art. 29 da Lei de Imprensa, para justificar-se, em princípio, a possibilidade do direito de resposta' (TACrim SP — AC — Rel. Haroldo Luz — RT 676/307)".

Inconteste portanto o acerto da decisão de primeiro grau.

2 — Por outro lado, cumpre destacar que ao cumprir a decisão, o apelante fez inserir uma nota sob o título de esclarecimento da redação, justificando as razões por que fazia a publicação, informando ainda que havia recorrido da decisão que o obrigou a publicar a resposta.

Tal proceder é expressamente vedado pela Lei de Imprensa, no § 8º de seu art. 30: "A publicação ou transmissão da resposta ou retificação, juntamente com comentários em caráter de réplica, assegura ao ofendido direito da nova resposta".

Nesse sentido, o escólio de Darcy Arruda Miranda:

"Para que a resposta retificativa alcance o desideratum legal é indispensável que seja publicada ou transmitida sem qualquer comentário sobre o que nela se contém ou sobre o conteúdo da sentença que atendeu ao pedido do ofendido. A mínima referência ou moldura conceitual ou simplesmente vernacular, que se lhe acrescente, desnatura o instituto" (op. cit., pág. 543).

Também no tocante à gratuidade da publicação, tem-se da Lei que:

"Art. 30, § 3º: No caso de jornal, periódico ou agência de notícias, a resposta ou retificação será publicada ou transmitida gratuitamente, cabendo o custo da resposta ao ofensor ou ao ofendido, conforme decisão do Poder Judiciário, se o responsável não é o diretor ou redator-chefe do jornal, nem com ele tenha contrato de trabalho ou se não é gerente ou proprietário da agência de notícias nem com ela, igualmente, mantenha relação de emprego".

3 — Pelo exposto, nego provimento ao recurso, determinando que o apelante faça publicar novamente a resposta do apelado, atendendo-se desta feita as exigências contidas no art. 30, inciso I, e § 1º, a, da Lei n. 5.250/67, isto sem a inserção de qualquer comentário a título de réplica.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Negaram provimento ao recurso.

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. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 15 de maio de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.015673-3, DE TUBARÃO

Relator: Des. Amaral e Silva

Penal — Furto qualificado — Emprego de chave falsa e concurso de agentes — Apreensão de parte da res *— Confissão aliada à chamada do co-réu — Prova mais que suficiente — Condenação mantida — Dosimetria adequada — Reincidência — Recurso desprovido.*

A confissão obtida na presença de testemunhas, corroborada por indícios e circunstâncias e, inclusive, pela chamada do co-réu, é mais que suficiente ao decreto condenatório, principalmente nos crimes de furto, que na maioria das vezes são praticados às escondidas.

A utilização de qualquer instrumento, com ou sem forma de chave, capaz de fazer funcionar a fechadura ou dispositivo análogo, é suficiente para caracterizar a qualificadora do emprego de chave falsa.

Basta que um dos agentes esteja ciente de que participa da conduta do outro para que se esteja diante da qualificadora do concurso de pessoas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.015673-3, da comarca de Tubarão, em que é apelante Sérgio Figueiredo, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Nazareno Freitas Alves, vulgo "Paranga", Sérgio Figueiredo, Paulo Henrique Roussenq e Valdecy Manoel Borges foram denunciados. Os dois primeiros como incursos nas sanções do art. 155, § 4º, III e IV, c/c o art. 29, ambos do Código Penal. O terceiro como infrator do art. 171, caput, do referido estatuto. O último como incurso nas sanções do art. 180, § 1º, do CP.

Houve a suspensão condicional do processo em relação a Valdecy (fls. 51/52), tendo as condições sido devidamente cumpridas, razão pela qual foi julgada extinta a punibilidade.

Processados regularmente, Sérgio, Nazareno e Paulo Henrique foram condenados: o primeiro, à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime fechado (reincidência), e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor mínimo legal; o segundo, à pena de 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no mesmo valor; o último, à pena de 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, também no valor mínimo.

Foram julgadas extintas as punibilidades de Nazareno e Paulo Henrique, a teor do disposto no art. 61 do CPP, e arts. 107, IV, 109, V e VI, c/c o art. 110, § 1º, todos do Código Penal.

Inconformado com o teor da r. sentença, Sérgio pede, em síntese, a absolvição. Alternativamente, requer a exclusão das qualificadoras do concurso de agentes, porque apenas ajudou a carregar a res furtiva, e do emprego de chave falsa, haja vista ter usado um canivete para entrar na lanchonete; a redução da reprimenda ao mínimo legal; e o regime aberto para o cumprimento da pena. Por fim, pretende o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Também em resumo, diz o Dr. Promotor que a r. decisão deve ser mantida pelos próprios fundamentos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento.

O recurso seguiu os trâmites legais.

II — Voto

1 — Não houve prescrição.

O recorrente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

O fato ocorreu em 19/6/94 (boletim de ocorrência de fl. 8). A denúncia foi recebida dia 4/11/94 (fl. 2) e a sentença publicada em 5/9/00 (fl. 136).

Dispõe o art. 110 do Código Penal:

"A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente".

Sendo a reprimenda superior a 2 (dois) anos e não excedendo a 4 (quatro) anos, ocorre a prescrição da pretensão punitiva do Estado em 8 (oito) anos.

Considerando ser o apelante reincidente (certidão de fl. 89), a prescrição, no caso, só ocorreria passados 10 (dez) anos e 8 (oito) meses.

Entre a causa interruptiva (o recebimento da denúncia) e a data da publicação da sentença, que transitou em julgado para a acusação, não decorreu lapso de tempo superior a dez anos e oito meses, não estando prescrita a ação penal.

Passo à análise do mérito.

2 — Há prova mais que suficiente.

A conduta típica descrita no art. 155 é "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel".

A materialidade restou plenamente comprovada pelos termos de apreensão de fls. 12, 19 e 23, auto de exibição e apreensão de fls. 26/27, auto de avaliação de fl. 28 e termo de reconhecimento e entrega de fls. 30/32.

O apelante é confesso.

Perante a autoridade policial, admitiu que, "por volta das 3 horas da madrugada, chegou a sua casa seu conhecido que atende pela alcunha de 'Paranga', o qual disse-lhe que havia arrombado a porta de um bar e que precisava de ajuda e uma bolsa, para transportar alguns objetos que já estavam separados; que, diante da insistência de Paranga, o declarante deslocou-se juntamente com o mesmo, até um bar, (...) onde Paranga com um simples empurrão e com auxílio de um canivete abriu a porta e de seu interior foi furtado alguns pacotes de cigarros aproximadamente em número de doze pacotes, de diversas marcas, um televisor colorido marca Sanyo, e três talonários de cheques; que, diz o declarante que Paranga perdeu um dos talonários de cheques, segundo lhe informou; (...) que, diz o declarante que os dois talonários de cheques foram vendidos por Paranga para um conhecido do mesmo, de nome Paulinho, enquanto o televisor o declarante vendeu-o para um cidadão da cidade de Capivari, residente próximo a antiga Prefeitura de Capivari, o qual não sabe precisar o nome; que diz o declarante que o televisor foi vendido como sendo de boa procedência, pela quantia de 250.000,00 (duzentos e cinqüenta mil cruzeiros reais), moeda da época, cabendo ao declarante a quantia de 50% do valor, e a outra metade para Paranga; (...) que somente parti-

cipou juntamente com Paranga desses ilícitos por dificuldades financeiras" (fl. 16).

Em Juízo (fls. 56/57) manteve a versão, confirmando ter ido junto com o co-réu Nazareno, conhecido por Paranga, ajudar a transportar os objetos produto de furto e que, inclusive, vendeu a televisão a Valdecy.

Corroborando a confissão, tem-se a chamada do co-réu Nazareno que, na polícia, admitiu que "passava por um bar (...) sendo que na ocasião portava um canivete de sua propriedade; que resolveu experimentar o canivete na fechadura da porta de acesso ao bar, conseguindo abri-lo; que o declarante pegou alguns cigarros e verificando que não conseguiria levar os objetos que pretendia furtar sozinho, resolveu chamar um amigo para ajudá-lo, dirigindo-se até a casa de seu conhecido Sérgio (...) e efetuou o convite; que Sérgio acompanhou o declarante e voltaram ao referido bar, de onde furtaram um televisor da marca Sanyo em cores, alguns pacotes de cigarros, alegando o declarante que a quantidade (...) era mais ou menos doze ou treze pacotes de cigarros e ainda três talonários de cheques; (...) que o televisor ficou com o seu colega Sérgio; que Sérgio vendeu o televisor tendo dado ao declarante a importância de cinquenta mil cruzeiros reais, moeda da época; que os cigarros foram consumidos pelo declarante e Sérgio" (fl. 13).

Na fase judicial, o co-réu firmou a participação do apelante, porém disse que no dia dos fatos haviam "bebido bastante" e ao passar em frente àquele estabelecimento comercial "resolveram arrombá-lo para conseguir mais bebida alcoólica, tendo ao final levado também os outros objetos" (fl. 46).

Valdecy Manoel Borges afirmou ter adquirido a televisão do apelante, negando contudo tivesse conhecimento da origem ilícita (fl. 50).

A confissão obtida na presença de testemunhas, corroborada por indícios e circunstâncias e, inclusive, pela chamada do co-réu, era mais que suficiente ao decreto condenatório, principalmente nos crimes de furto, que na maioria das vezes são praticados às escondidas.

Agiu com acerto a digna Magistrada ao proferir decisão condenatória.

3 — O concurso de pessoas ficou claramente demonstrado, pois apesar de não ter sido o apelante quem entrou na lanchonete, o fato é que ajudou o comparsa a retirar os objetos de dentro do estabelecimento, tendo inclusive ficado com parte da res, obtendo vantagem ilícita com a venda da televisão e consumo de cigarros.

Julio Fabbrini Mirabete explica:

"O concurso de pessoas pode ser definido como a ciente e voluntária participação de duas ou mais pessoas na mesma infração penal. Há, na hipótese, convergência de vontades para um fim comum, que é a realização do tipo penal, sendo dispensável a existência de um acordo prévio entre as várias pessoas; basta que um dos delinqüentes esteja ciente de que participa da conduta de outra para que se esteja diante do concurso" (Manual de Direito Penal, vol. 1, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, págs. 223/224).

Citam Alberto Silva Franco e outros:

"'Simples anuência a empreendimento criminoso, ou a mera ajuda, ainda que sem participação direta na conduta criminosa, com vistas ao sucesso da atividade delinqüencial de outrem, basta ao reconhecimento da co-autoria' (TACrimSP — Ap. — rel. Luiz Ambra — RT 720/487)" (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, vol.1, t. I, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 448).

4 — Sem razão o apelante quando pretende a desclassificação para furto simples argumentando que o canivete não pode ser considerado chave falsa.

É cediço que, para caracterizar a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, III, do CP, basta a utilização de qualquer instrumento, com ou sem forma de chave, capaz de fazer funcionar, no lugar da verdadeira, a fechadura ou dispositivo análogo.

A respeito da matéria, Guilherme de Souza Nucci leciona:

"Chave falsa: é o instrumento destinado a abrir fechaduras ou fazer funcionar aparelhos. (...) A mixa — ferro curvo destinado a abrir fechaduras —, segundo nos parece, pode configurar a qualificadora. Afinal, deve-se notar que se a chave é falsa não há de possuir o mesmo aspecto ou a mesma forma da chave original" (Código Penal Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pág. 435).

Complementando a matéria, colho da lição de Julio Fabbrini Mirabete:

"A utilização de chave falsa também qualifica o furto. Seu conceito inclui não só a imitação da chave verdadeira como qualquer instrumento, com ou sem forma de chave, de que se utiliza o agente para fazer funcionar o mecanismo da fechadura ou dispositivo análogo. São as gazuas, 'michas', grampos, tesouras, arames e outros instrumentos que substituem, com maior ou menor eficiência, a chave verdadeira" (Código Penal Interpretado, São Paulo, Atlas, 1999, pág. 931).

Alberto Silva Franco e outros trazem os seguintes precedentes:

"'A qualificadora prevista no estatuto penal como 'chave falsa' pressupõe a abertura de uma fechadura, ou dispositivo semelhante, que impeça a execução do crime, não podendo estender-se o conceito em detrimento dos acusados' (TACrimSP — AC — rel. Prestes Barra — JUTACRIM 8/281).

'Emprego de chave falsa — Utilização de 'clips' para abrir cadeado de corrente a fim de subtrair bicicleta — 'Chave falsa é todo instrumento, com ou sem forma de chave, de que se utiliza o ladrão para fazer funcionar, em lugar de chave, verdadeira, o mecanismo de uma fechadura ou dispositivo análogo, possibilitando ou facilitando, assim, a execução do furto' (TACrimSP — AC — rel. Rubens Gonçalves — RJD 6/95)" (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 1, t. II, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 2.444).

De outro lado, ressalto que a ausência de apreensão e de perícia no instrumento também não descarac-

teriza a qualificadora, já que pode ser comprovado por prova indireta.

Na hipótese, as próprias confissões do co-réu Nazareno e do apelante, aliadas ao relato da vítima Antônio Agostinho da Silva, não deixam dúvida quanto ao emprego do citado instrumento:

"que quando saiu do estabelecimento deixou a porta respectiva devidamente fechada; que na ocasião a porta possuía apenas uma fechadura; que trata-se de uma porta de ferro, sendo que algum objeto deve ter sido colocado na fechadura para dar abertura a mesma" (fl. 78).

Julio Fabbrini Mirabete cita:

"Desnecessidade da perícia quando houver confissão — TACRSP: 'No delito de furto, não tendo sido encontrado vestígio algum de arrombamento, basta para o reconhecimento da qualificadora de emprego de chave falsa a própria confissão do acusado na Polícia e o depoimento da vítima que afirma ter deixado a casa trancada' (RJDTACRIM 25/166). TACRSP: 'Tendo o réu admitido que penetrou no imóvel da vítima com o auxílio de uma 'micha', ou seja, chave falsa, razão inexiste para o afastamento da qualificadora prevista no n. III do § 4º do art. 155 do Código Penal' (RT 438/438)" (op. cit., pág. 933).

Deste Tribunal:

"Apelação criminal — Furto qualificado pelo uso de chave falsa — Exame pericial desnecessário para o reconhecimento da qualificadora — Confissão do réu a evidenciar o emprego do artifício — Princípio da insignificância sem ressonância no caso dos autos — Dosimetria da pena aplicada com acerto — Sentença condenatória mantida" (Ap. Crim. n. 00.025051-1, de Criciúma, rel. Des. Solon d'Eça Neves).

Muito embora não fosse o apelante quem estivesse portando o canivete durante a prática do furto, a majorante deve ser mantida, pois havendo concurso de pessoas, basta que um dos agentes (co-réu Nazareno) utilize o instrumento, circunstância objetiva, para que a qualificadora se estenda a todos os demais co-partícipes.

5 — A dosimetria não merece reparos.

A Dra. Juíza, com propriedade, analisou as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, restando plenamente justificada a fixação da pena-base em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor mínimo.

O apelante é reincidente.

A certidão de fl. 92 comprova que houve condenação anterior com trânsito em julgado em 8/12/86, tendo sido extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão executória dia 3/4/96.

O crime, objeto deste processo, ocorreu em 19/6/94, antes, portanto, de decorridos os cinco anos da extinção da pena.

Desse modo, na segunda fase da dosimetria, a Magistrada procedeu acertadamente ao aumento referente à agravante da reincidência, bem como à diminuição em face da atenuante da confissão espontânea.

O regime para o cumprimento de pena deve, realmente, ser o inicialmente fechado, haja vista ser o apelante reincidente.

Mantidas as demais cominações da sentença.

6 — Pelo exposto, nego provimento.

III — Decisão

Acompanharam o voto do Relator. Negaram provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli e Solon d'Eça Neves. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 9 de outubro de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.009659-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Genésio Nolli

Apelação criminal. Representação contra adolescentes pelo cometimento de ato infracional descrito como homicídio.

Alegada nulidade processual pela não realização de laudos complementares. Eiva inocorrente, posto que inexigíveis. Art. 564, III, b, *do CPP.*

O exame exigido pela lei processual penal é o que diz respeito ao evento produzido pela conduta delituosa, de que houve o "resultado", do qual depende a existência do crime. Presente nos autos o necessário exame de corpo-delito atestando a morte da vítima, nenhuma nulidade advém pela ausência de laudos complementares, que, a propósito, não foram postulados pela parte em tempo oportuno.

Preliminar afastada.

Negada a autoria pelo apelante porque não participou de atos de execução. Irrelevância. Prova concludente da convergência de vontade dos representados na consecução do resultado morte.

"Para o reconhecimento do concurso de agentes, não é necessário que todos pratiquem os mesmos atos executivos, bastando o encontro de vontades para a prática do fato punível" (TACrimSP, in *RJDTACrim 23/98).*

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.009659-5, da comarca da Capital (Vara da Infância e Juventude), em que é apelante J. S., sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, afastar a preliminar de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

No Juízo de Direito da comarca da Capital, o representante do Ministério Público ofereceu representação contra A. L. L. e J. S., pois, segundo narra a exordial, os adolescentes representados "...tinham uma velha rixa com o traficante Itamar de Oliveira, ora vítima fatal, pois Itamar era chefe do tráfico no Morro Nova Descoberta e, segundo os adolescentes, eram desafetos, vez que estes exerciam as funções de segurança de um traficante, morto pelos próprios adolescentes em outubro/2000 (tramita ação socioeducativa própria).

"Assim, no dia 6 de fevereiro corrente (2001), por volta das 23h 15min, os adolescentes J. S. e A. e um terceiro retornavam de um ensaio de carnaval, no centro desta Cidade, quando se depararam com os traficantes Itamar e Miro, na Rua Anita Garibaldi, próximo à sapataria, também no centro desta Cidade.

"Ato contínuo ao avistamento da vítima, o adolescente A., fazendo uso de uma pistola 9mm, secundado por J. e um terceiro, estes portando pistolas PT 380 efetuaram disparos contra a vítima Itamar e Miro, sendo que Miro revidou os tiros.

"Em razão dos tiros desferidos, a vítima Itamar foi atingida e caiu no local, vindo a falecer pouco depois em decorrência dos projéteis das armas de fogo dos adolescentes e do terceiro, segundo a requisição de exame cadavérico em apenso".

Regularmente instruído o feito sobreveio sentença que, julgando procedente a representação, aplicou aos adolescentes A. L. L. e J. S. a medida socioeducativa de internação, por infração ao disposto no art. 121 do Código Penal.

Inconformado, a tempo e modo, o adolescente J. S. apelou, objetivando a reforma da decisão a quo para absolvê-lo do delito que lhe fora imputado, fundamentado no art. 386, IV e V, do CPP, ou a decretação da nulidade do processo, com fulcro no art. 564, III, b, do CPP, ante a não rea- lização de laudo pericial de comparação de balística e identificação de projétil. Alternativamente, postula pela aplicação da medida socioeducativa prevista no art. 112, I ou IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos a esta Superior Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o necessário relatório.

Cumpre, de início, analisar a preliminar de nulidade aventada pela douta defesa.

Sustenta o defensor a nulidade absoluta do processo porque não realizados "laudo pericial de comparação de balística" e "laudo pericial de identificação de projétil", fundamentando-se para tanto no disposto no art. 564, III, b, do Código de Processo Penal.

A aventada nulidade não procede.

O dispositivo em que se fundamenta o douto defensor dispõe:

"Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

"(...)

"III — por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

"(...)

"b — o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167".

Ora, o exame de corpo de delito a que se reporta o dispositivo em comento está acostado aos autos às fls. 43/44 (laudo pericial — exame cadavérico n. 31/1), que atesta a morte da vítima, tendo como causa "anemia aguda", causada por "energia de ordem mecânica — ação perfuro-contundente".

Não se pode olvidar que o delito praticado foi o de homicídio, e, assim, o exame que a lei faz exigir é o que demonstre o evento morte, nada mais.

A respeito do tema, é oportuna a lição esposada por Julio Fabbrini Mirabete:

"...Quando a infração deixa vestígios, é necessário que se faça uma comprovação dos vestígios materiais por ela deixados, ou seja, que se realize o exame do corpo de delito. Não se confunde, assim, o exame do corpo de delito com o próprio corpo de delito. Aquele é um auto em que se descrevem as observações dos peritos e este é o próprio crime em sua tipicidade. O exame destina-se à comprovação por perícia dos elementos objetivos do tipo, que diz respeito, principalmente, ao evento produzido pela conduta delituosa, de que houve o 'resultado', do qual depende a existência do crime (art. 13, caput, do CP). O corpo de delito se comprova através da perícia; o laudo deve registrar a existência do próprio delito" (Processo Penal, Atlas, pág. 269) (grifo nosso).

Outrossim, como muito bem ressaltou o douto Magistrado sentenciante, "além da ausência de exigência legal para a realização da perícia, cabe lembrar, para mais uma vez afastar a existência da propalada nulidade, que tal prova não se realizou porque a arma supostamente utilizada na infração por A. não foi apreendida e nem apresentada à autoridade policial pelo representado, que assumiu ser o único autor dos disparos, pois, segundo relatou na delegacia de polícia, a 'jogou no lixo assim que viu uma viatura da PM' (fl. 9)" (fl. 86).

Ademais, somente em alegações finais veio a defesa sustentar a imprescindibilidade dos referidos laudos, quando o momento oportuno para tal era o da defesa prévia, ocasião em que a parte deveria ter postulado por sua realização; mantendo-se inerte, quando o ônus lhe competia, não pode em adiantada fase alegar suposta nulidade a que também teria dado causa se de fato ocorrente.

Assim sendo, afasta-se a preliminar de nulidade argüida.

No mérito, o recurso não merece provimento.

A materialidade delitiva está comprovada, consubstanciada no boletim de ocorrência (fl. 7) e auto de exame cadavérico (fls. 43/44).

A autoria, por sua vez, é incontestável. Os próprios adolescentes confessaram a participação no evento em todas as ocasiões em que foram ouvidos, inclusive na fase policial (fls. 8/11).

Em audiência de apresentação, perante o representante ministerial (fls. 4/5), os dois adolescentes aduziram que estavam retornando de um ensaio de escola de samba, quando se encontraram com a vítima Itamar e com Miro (Resomiro Vieira Farias), e este imediatamente sacou de uma arma e começou a atirar contra os representados, que, então, "se atiraram no chão e A. começou a disparar".

As demais testemunhas, no entanto, apresentaram versão desigual à trazida pelos representados, e mais consentânea com a realidade dos autos.

Mario Vieira de Farias, que por ocasião do evento encontrava-se no local dos fatos "guardando" carros no estacionamento, em companhia da vítima e de Miro, informou que já estava se afastando destes quando ouviu tiros e "...viu que três pessoas dispararam tiros de arma de fogo contra Itamar e Miro tendo percebido que Itamar já estava caído e que Miro corria e os três o perseguiam atirando; que conhecia os representados mais ou menos anteriormente e pode dizer que foram os dois e mais um tal de Tico que efetuaram os disparos; que tem certeza que os três nominados dispararam suas armas porque 'foram muitos tiros' e que Miro não atirou contra os mesmos; que ficou mais ou menos uns 15 minutos junto a Itamar e Miro e nenhum dos dois estava armado (...)" (fl. 52).

Outra testemunha, Resomiro Vieira de Farias, o "Miro", que acompanhava a vítima no dia do fatídico evento, confirmou que se encontrava com Itamar sentado em frente a uma sapataria, "...quando olhou para o lado e viu a aproximação dos representados com armas na mão e apontadas para o declarante e seu companheiro quando então saiu correndo e Itamar também levantou-se mas levou um tiro na perna e caiu; que os representados saíram atrás do declarante disparando tiros e acha que depois voltaram para acabar o serviço em relação a Itamar; que os representados estavam acompanhados de outra pessoa que também atirou o qual é conhecido como Tico e é parente de J.; que o declarante e Itamar não estavam armados (...)" (fl. 53).

As demais testemunhas nada souberam esclarecer a respeito dos fatos.

Nesse contexto, como bem ressaltou o douto Procurador de Justiça, "O laudo cadavérico, de fl. 43, informa ter a vítima sido atingida por cinco projéteis, alguns dos quais 'de cima para baixo e de trás para a frente' e um deles na perna, consubstanciando assim as declarações das testemunhas acima referidas (Mário Vieira de Farias e Resomiro Vieira de Farias), as quais informaram que após Itamar estar caído no chão, já atingido, contra ele mais

disparos foram efetivados pelos representados (...)" (fl. 135).

Aliás, o laudo pericial, a que se reporta o douto Procurador de Justiça, afasta a versão apresentada pelos representados de que ao depararem-se com Miro e Itamar, aquele atirou, e, que, então "se atiraram no chão e A. começou a disparar" (fl. 8).

Conforme já ressaltado, o exame médico-legal indicou que a vítima Itamar foi atingida por cinco projéteis de arma de fogo, cuja trajetória foi atestada pelos senhores peritos: "Projétil 1 — da esquerda para direita, de cima para baixo e de trás para frente, seguindo uma linha oblíqua. Projétil 2 — da esquerda para direita detendo-se na região supra-espinhosa da escápula esquerda. Projétil 3 — da esquerda para direita, de cima para baixo detendo-se junto à 5ª vértebra torácica. Projétil 4 — da frente para trás, da esquerda para direita, de baixo para cima seguindo uma linha oblíqua. Projétil 5 — da esquerda para direita, de cima para baixo seguindo uma linha oblíqua" (grifos nossos).

Ora, se os representados es- tivessem em situação de defesa e caídos ao solo, como tentam fazer crer, não poderiam os projéteis que atingiram a vítima ter seguido a trajetória atestada pela perícia: "de cima para baixo", sendo que apenas uma bala seguiu caminho oposto, ou seja, "de baixo para cima". Outrossim, um dos projéteis, além de ter seguido a trajetória de "cima para baixo", atingiu a vítima "por trás" (Projétil 1), o que evidencia que esta foi surpreendida e ainda tentou fugir, quando então foi alvejada pelas costas.

Tal circunstância põe por terra a tese defensiva de legítima defesa aduzida pelo apelante. Aliás, ainda que se admitisse como verídica sua alegativa de que inicialmente foram alvejados por Itamar, iniludivelmente, pela prova pericial referida, após revidarem e este encontrar-se prostrado no chão, atingido que fora na perna, novos disparos contra ele efetivaram, o que por si só afasta a aventada excludente, pois nesse momento transmudaram-se de agredidos em agressores.

"Sendo exagerada, violenta, descabida e desnecessária a reação do acusado, não o socorre a legítima defesa, por falta de moderação na repulsa" (TJSP, in RT 525/351).

Outrossim, como bem salientou o douto Magistrado sentenciante, "não é demais lembrar que, segundo os relatos dos representados, era Resomiro Vieira de Farias, o 'Miro', quem estava armado e os atacava disparando uma possível pistola. Por que, então, os disparos concentraram-se unicamente em Itamar, que não teve qualquer atitude ou conduta agressiva relatada"? Ou seja, toda a prova coletada converge no sentido de que os representados agiram tendenciosamente, com intenção e ânimo de ceifar a vida da vítima.

No que respeita à alegação defensiva de que apenas o adolescente A. L. L. portava arma de fogo, e, assim, nenhuma participação poderia ser atribuída ao apelante, é assertiva que não merece ser acolhida.

Da prova coletada resta evidenciada a convergência de vontade de ambos os representados para a consecução do homicídio, circunstância suficiente para configurar o con-

curso de pessoas na figura da co-autoria.

É o entendimento unânime dos Tribunais:

"Para a caracterização da co-autoria no concurso de pessoas é necessário somente a colaboração do agente para o deslinde da prática delituosa, inexigindo-se que todos os partícipes tenham consumado atos típicos de execução" (TRF — 3ª R., in RT 751/695).

"Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito de sua consciência e vontade" (TACrimSP, in RJDTACrim 27/260).

E mais:

"Para o reconhecimento do concurso de agentes, não é necessário que todos pratiquem os mesmos atos executivos, bastando o encontro de vontades para a prática do fato punível" (TACrimSP, in RJDTACrim 23/98).

Assim, sendo certas a autoria e materialidade delitivas, impossível a absolvição do apelante.

No que respeita ao pedido de substituição da medida de internação aplicada por advertência ou liberdade assistida, não pode ser acolhido.

Como bem ressaltou o douto Procurador de Justiça (fl. 136), "é bem verdade que a medida socioeducativa de internação somente deverá ser aplicada se inexistente outra medida adequada. Porém, excepcionalmente, como é o caso presente, ela se impõe até mesmo no interesse do próprio menor infrator, conforme se depreende não apenas como corolário do ato infracional por ele cometido e acima referido, mas também como decorrente de sua personalidade desviada, pois, além de já responder a outro processo por ato infracional idêntico, conforme salientado na sentença: 'Se não bastasse, os elementos dos autos demonstram que são pessoas de índole violenta pois costumam portar armas de fogo, além de terem forte vinculação com o uso e tráfico de drogas, tanto que trabalhavam como 'soldados' para a vítima 'Cobrinha' e o fato em estudo também está relacionado com o comércio ilegal de drogas' (fl. 90).

"Ademais, é de se ter em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente visa à reeducação do adolescente de forma a possibilitar o seu retorno ao convívio social de maneira totalmente oposta ao comportamento até então demonstrado, e ante o contido neste feito a única medida socioeducativa recomendável é realmente a de internação e não outra mais atenuada, conforme pretendido pelo apelante, pois imprescindível tendo em vista a sua recuperação social e afastamento do mundo do crime".

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 Sirydakis.

Florianópolis, 7 de agosto de 2001.

Amaral e Silva,
Presidente para o acórdão;
Genésio Nolli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.011239-9, DE TIJUCAS

Relator: Des. Jorge Mussi

Citação para interrogatório — Réu preso que foi requisitado e devidamente apresentado em Juízo para o ato, sendo cientificado dos seus direitos e da acusação que lhe foi imposta — Inexistência de prejuízo, diante do fim alcançado — Vício não acolhido.

Cartas precatórias — Ausência de intimação do acusado e de seu defensor das respectivas expedições, com relação às testemunhas arroladas nas peças acusatórias — Ciência de ambos constante nos termos de audiência — Matéria, ademais, preclusa — Nulidade não ocorrente.

Requisição de réu preso para oitiva das vítimas — Ofendidos que foram ouvidos em outros estados da federação — Ato procedido na presença de defensor — Eiva afastada.

Sentença — Falta de análise do pedido de acareação — Pleito legalmente indeferido pelo Juízo a quo *— Decisão privativa e discricionária do magistrado, o qual tem a possibilidade de melhor sentir a necessidade da sua realização —* Decisum *que, embora de forma sucinta, rechaçou o requerimento — Mácula improcedente.*

Interrogatório de co-réu — Ausência de intimação do defensor — Ato personalíssimo, especialmente em se tratando de inquirição de co-denunciado — Condenação que, ao contrário do alegado, não se baseou única e exclusivamente na delação do co-acusado — Argüição, além disso, aventada a destempo — Preclusão — Nódoa repelida.

Aditamento à denúncia — Falta de intimação — Defesa que teve ciência do complemento à inicial acusatória em audiência e que foi oferecida com relação aos co-réus — Prefacial rejeitada.

Reconhecimento pessoal — Fase administrativa — Ato realizado dentro das formalidades legais, ex vi *do disposto no art. 226 do CPP — Validade.*

Denúncia — Inépcia no tocante à co-autoria no crime de extorsão consumada — Proemial que descreveu devidamente as condutas dos co-agentes — Apelantes que sequer foram denunciados no referido delito — Inexistência da apontada irregularidade.

Incompetência ratione loci *— Investigação iniciada por policiais de outra comarca — Funcionários que não exercem ato de jurisdição — Argüição inconsistente.*

Inquérito policial — Peça meramente informativa, na qual, se ocorrente qualquer vício, não se transfere ou contamina a ação penal — Mancha ausente.

Tentativa de extorsão — Agentes que não chegaram a constranger a vítima nem praticaram ação de execução — Atos meramente preparatórios — Condutas atípicas — Absolvição mantida.

Extorsão circunstanciada pelo emprego de arma — Co-réus que se fizeram passar por vendedores e, mediante ameaça, obrigaram a vítima a entregar numerário que portava para a realização do pseudonegócio — "Golpe do chute" caracterizado — Negativa de autoria insubsistente diante das declarações da vítima, que reconheceu pessoalmente os meliantes que atuaram diretamente na empreitada — Delação do co-réu uníssona com os demais depoimentos constantes nos autos — Álibis não comprovados — Farta prova dando conta da efetiva participação dos acusados condenados no evento criminal — Absolvição impossível e inaceitável — Recursos defensivos improvidos.

Crime contra o patrimônio — Art. 158, § 1º, do CP — Réus absolvidos — Ausência de indícios suficientes no tocante ao envolvimento de dois acusados no delito de extorsão consumada — Prova extremamente falha quanto à responsabilidade criminal de ambos — Anemia probatória que impunha a aplicação do princípio in dubio pro reo *— Sentença absolutória mantida — Recurso ministerial desacolhido.*

Quadrilha armada — Co-réus que constantemente se reuniam para planejar os crimes contra o patrimônio — Extratos telefônicos que demonstram a ligação sólida existente entre os co-acusados — Delação de co-autor que elucida a participação dos denunciados apenados no ilícito coletivo — Conjunto probatório que evidencia a associação estável e permanente entre eles como membros de organização criminosa, com o fim de praticar diversos delitos com emprego de arma — Contexto firme no tocante ao sistema estruturado pelos co-agentes — Inconformismos defensivos não providos.

Co-autoria — Réu que sequer foi citado na delação do co-acusado, a qual serviu de base para desvendar a associação dos demais agentes — Prova insuficiente para decretar-se uma condenação — Absolvição mantida — Apelo ministerial improvido.

Pena-base — Fixação acima do mínimo legal — Circunstâncias dispostas no art. 59 do CP quase que totalmente favoráveis aos apenados — Sanções exacerbadas — Mitigação que se impõe, com a devida adequação dos regimes prisionais.

Reincidência — Falta de inequívoca comprovação — Certidão que não traz o trânsito em julgado da condenação anterior — Exclusão da agravante que se impõe.

Regime prisional fechado — Réu reincidente — Sanção que permite o cumprimento no semi-aberto — Modificação, de ofício, operada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 00.011239-9, da comarca de Tijucas, em que são apelantes e apelados Conçuela de Miranda Balsanelli, Ivan Pacheco, Valdir Baumgartner, Elizeu Voltolini, Márcio Vitor Paoli, Izack Ferreira e a Justiça, por seu Promotor, e somente apelado Josué Schlemper:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, afastar as preliminares aventadas nos recursos; negar provimento aos apelos de Conçuela de Miranda Balsanelli, Márcio Vitor Paoli, Ivan Pacheco, Elizeu Voltolini e do Ministério Público; acolher parcialmente os recursos dos co-réus: Izack Ferreira para mitigar a pena e alterar o regime prisional, fixando-se-a em 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa; Valdir Baumgartner também para minorar a sanção, fixando-se-a em 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias-mul- ta; e, de ofício, adequar as sanções de Márcio e Conçuela, individualmente, pa- ra o

cumprimento de 2 (dois) anos de reclusão, e de Ivan para 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, modificando o regime prisional deste último acusado e de Elizeu para o semi-aberto.

Custas legais.

1 — Na comarca de Tijucas, Valdir Baumgartner, Izack Ferreira e Josué Schlemper foram denunciados como incursos nas sanções dos arts. 158, § 1º, e 158, § 1º, c/c art. 14, inciso II, e art. 288, em continuidade delitiva (art. 71), todos do Código Penal, e Conçuela de Miranda Balsanelli, Márcio Vitor Paoli, Ivan Pacheco e Elizeu Voltolini nas penas do art. 158, § 1º, c/c art. 14, inciso II, e art. 288, todos do Estatuto Repressivo, porque, consoante se infere da exordial acusatória de fls. 3 a 7:

"(...) os denunciados de comum acordo, associaram-se para praticar crimes, especialmente para aplicar o 'golpe do chute', que consiste na simulação de venda, de alguma mercadoria para empresários do país, que atraídos pela oferta, são aprisionados e extorquidos.

"Assim aconteceu com a vítima Ricardo José dos Santos Scott, gerente da empresa 'Metaciclo Reciclagem de Metais S.A.', estabelecida na cidade de Pindamonhangaba, São Paulo, no dia 14 de junho de 1999, um dos quadrilheiros não identificado, entrou em contato telefônico, com a sucursal da cidade de Salvador, Bahia, apresentou-se como funcionário da Receita Federal de Porto Belo, Flávio de Sá, oferecendo um lote de Sucata de Alumínio de 130.000kg, ao preço de R$ 1.200,00 a tonelada, exigindo para a concretização da transação um sinal no valor de R$ 26.000,00, que deveria ser em dinheiro, ocasião em que marcaram encontro para o dia 16/6/99, por volta das 9 horas, no Shopping das Águas, situado na cidade de Porto Belo, nesta Comarca, sendo fornecido para a vítima o telefone n. 047 967-6795, para a mesma manter contatos. A vítima Ricardo José dos Santos Scott, deslocou-se da cidade de São Paulo para esta Cidade utilizando-se do veículo Corsa, e chegando no local indicado pelo quadrilheiro, através do telefone fornecido, anunciou sua chegada para o Flávio de Sá, tendo o mesmo solicitado que permanecesse no local, pois, mandaria o seu motorista para buscá-lo. Logo em seguida, chegou ao local, um cidadão moreno, de bigode, estatura mediana, usava óculos escuros, e estava sem veículo, identificado pela vítima como o denunciado Izack Ferreira, que solicitou que a vítima seguisse por uma via secundária. Ato contínuo, a vítima Ricardo percebeu pelo espelho retrovisor do veículo, que estava sendo seguida por dois veículos, um de cor escura e um de cor vermelha, que se aparelharam com o seu veículo, e apontaram armas, e o denunciado Izack, naquele momento, sacou de uma arma — calibre 38 e exigiu que o mesmo parasse o veículo, e os denunciados Valdir Baumgartner e Josué Schlemper, desceram dos outros veículos, aproximaram-se e o denunciado Valdir falou com a vítima Ricardo José, dizendo que 'sabia do negócio', e sob ameaças exigiu que a mesma, entregasse o dinheiro, tendo esta, afirmado, de que o dinheiro estava no porta-malas do carro. Ato contínuo,

o denunciado Valdir abriu o porta-malas do veículo, pegou a quantia de R$ 27.700,00, e acompanhado pelo denunciado Izack, de posse do dinheiro que haviam extorquido, evadiram-se do local, e o denunciado Josué permaneceu dentro do veículo da vítima, por um longo período, e por volta das 14h, recebeu um telefonema, que a vítima conseguiu escutar, no qual avisava o mesmo, 'de que a casa havia caído', 'que a Conçuela havia sido presa, que o mesmo deveria ir embora'. Ato contínuo, o denunciado Josué pediu para que a vítima desembarcasse, e utilizando-se do veículo da mesma, imprimindo alta velocidade, voltou para a cidade de Tijucas. O veículo foi abandonado na madrugada daquele dia, no centro desta Cidade conforme faz prova termo de apreensão e entrega incluso.

"Em data de 9 de junho de 1999, através do telefone 8912314, de propriedade da vítima Luzia da Silva Oliveira, da empresa 'Calu Informática', situada em Viçosa, Minas Gerais, quadrilheiros não identificados, apresentaram-se como Dr. Moacir e Dr. Carlos da Receita Federal de Porto Belo, e ofereceram um lote de aparelhos de informática, alegando que era mercadoria de um navio acidentado, que o preço do mesmo seria R$ 25.000,00, e que deveria ser pago em dinheiro, ocasião em que combinaram que a transação comercial seria efetuada em data de 16/6/99, por volta das 13h30min, no Shopping das Águas, em Porto Belo, nesta Comarca, e que a vítima Luzia utilizaria para fins de identificação o veículo Fiat, Tipo, placa GNH 4197, da cidade de Viçosa, Minas Gerais. Após, a vítima passou a desconfiar que se tratava de golpes, e ligou para a polícia da cidade de Camboriú, local inicialmente indicado pelo quadrilheiro para a transação, ocasião em que o policial Nicodemus da Silva combinou com a mesma de que ela não viria e que eles (policiais) iriam simular a sua chegada e efetuariam o flagrante dos golpistas. Assim foi que, no dia e hora combinados, o policial Nicodemus da Silva em companhia de Carlos Alberto Amorin, utilizando-se de um veículo com as características que a vítima havia repassado para os quadrilheiros, chegaram no local indicado, ou seja, no Shopping das Águas, Porto Belo, nesta Comarca, e logo avistaram os denunciados Izack e Valdir, quadrilheiros conhecidos pelos policiais, pela prática do golpe do chute, em companhia do denunciado Ivan, oportunidade em que abordaram os mesmos, e ao efetuar uma revista encontraram em poder do denunciado Izack uma arma calibre 38, tendo os denunciados Izack e Valdir confessado a prática do delito, e apontaram para os denunciados Conçuela e Márcio que se encontravam próximos ao local, afirmando de que os mesmos estavam envolvidos, ocasião em que foi dada uma revista em ambos, sendo encontrado em poder da denunciada Conçuela um celular e anotações com as características da transação efetuada com a vítima Luzia. A extorsão não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos denunciados, ou seja, interferência da polícia e da prisão em flagrante.

"A associação dos denunciados restou devidamente comprovada pelas declarações da vítima Ricardo José dos Santos Scott que reconheceu três dos denunciados e das

demais observações que mencionou, ou seja, que um dos comparsas chamou o outro de Josué, além do telefonema que o denunciado Josué recebeu, comunicando a prisão de Conçuela, sendo que o flagrante ocorreu naquele horário e dia, vindo assim, também a comprovar que, após os denunciados extorquirem a vítima Ricardo, os denunciados Izack e Valdir, em continuidade delitiva, dirigiram-se para o Shopping das Águas, situado na cidade de Porto Belo, nesta Cidade e Comarca, para consumar a extorsão com a vítima Luzia da Silva Oliveira, que viria da cidade de Viçosa, Minas Gerais, enquanto o denunciado Josué mantinha a vítima Ricardo José sob a sua vigilância. A presença do denunciado Ivan no local dos fatos e a utilização do seu telefone e da Delegacia de Polícia de Porto Belo, comprovam pelos extratos anexos, que recebeu e fez ligações naquele dia com os demais denunciados, o que vêm a comprovar que faz parte da quadrilha. As declarações dos denunciados Izack e Valdir, apontando os denunciados Conçuela e Márcio como envolvidos, os telefones utilizados e apreendidos em poder dos mesmos e os extratos anexos, comprovam ligações naquele período com as vítimas e com os demais denunciados, além de se encontrarem no local indicado pela vítima é prova suficiente de suas participações. O denunciado Elizeu Voltolini, conforme comprova os extratos inclusos, manteve contato com todos os denunciados no dia dos fatos, e que os demais denunciados se reúnem no Bar e Cancha do mesmo na cidade de Porto Belo, para combinar e aplicar os golpes. E mais, a arma encontrada em poder do denunciado Izack, vem a comprovar que a extorsão era praticada com emprego de arma".

A denúncia foi aditada contra os acusados Ivan Pacheco, Elizeu Voltolini e Josué Schlemper, dando os dois primeiros como incursos nas sanções do art. 158, § 1º, c/c art. 71, ambos do Código Penal, e Josué também nas penas do art. 10, § 3º, inciso I, e § 4º, da Lei n. 9.437/97, c/c art. 69 do Estatuto Repressivo, nos seguintes termos:

"Os denunciados Ivan e Elizeu, juntamente com os acusados Izack Ferreira, Valdir Baumgartner, Márcio, Conçuela e Josué associaram-se para a prática de crimes, conforme já descrito na denúncia.

"O denunciado Elizeu adquiriu a linha telefônica celular 047 — 9676162, repassado ao denunciado Ivan, chefe e organizador do grupo, para contato entre os acusados e as vítimas. As reuniões de planejamento dos crimes eram, preferencialmente, realizadas no estabelecimento comercial do denunciado Elizeu, sempre com a presença do denunciado Ivan, onde, eventualmente, também ocorria a partilha do 'lucro'.

"Assim foi que, após prévio acordo entre todos os acusados, um dos quadrilheiros, não identificado qual deles, entrou em contato, via telefone, com a vítima Ricardo José dos Santos Scott, gerente da empresa 'Metaciclo Reciclagem e Metais S.A., estabele cida na cidade de Pindamonhangaba, São Paulo, apresentando-se como funcionário da Receita Federal de Porto Belo, nominando-se Flávio de Sá, oferecendo um lote de Sucata de Alumínio de 130.000kg, ao preço de R$ 1.200,00 a tonelada, exigindo para a concretiza-

ção da transação um sinal no valor de R$ 26.000,00 que deveria ser em dinheiro, ocasião em que marcaram um encontro para o dia 16/6/1999, por volta das 9h, no Shopping das Águas, situado na cidade de Porto Belo, nesta Comarca, sendo fornecido para a vítima o telefone n. 047 9676795, para a mesma manter contato. A vítima Ricardo José dos Santos Scott, deslocou-se da cidade de São Paulo para esta Cidade, utilizando-se do veículo Corsa, e chegando no local indicado pelo quadrilheiro, através do telefone fornecido, anunciou sua chegada para o Flávio de Sá, tendo o mesmo solicitado que permanecesse no local, pois, mandaria o seu motorista para buscá-lo. Logo em seguida, chegou ao local, um cidadão moreno, de bigode, estatura mediana, usava óculos escuros, e estava sem veículo, identificado pela vítima como o denunciado Izack Ferreira, que solicitou que a vítima seguisse por uma via secundária. Ato contínuo, a vítima Ricardo percebeu pelo espelho retrovisor do veículo, que estava sendo perseguida por dois veículos, um de cor escura e um de cor vermelha, que se aparelharam com o seu veículo, e apontaram armas, e o denunciado Izack, naquele momento, sacou de uma arma calibre 38 e exigiu que o mesmo parasse o veículo, e os denunciados Valdir Baumgartner e Josué Schlemper, desceram dos outros veículos, aproximaram-se e o denunciado Valdir falou com a vítima Ricardo José, dizendo que sabia do negócio, e sob ameaças exigiu que a mesma entregasse o dinheiro, tendo esta afirmado, de que o dinheiro estava no porta-malas do carro. Ato contínuo, o denunciado Valdir abriu o porta-malas do veículo, pegou a quantia de R$ 27.700,00, e acompanhado pelo denunciado Izack, de posse do dinheiro que haviam extorquido, evadiram-se do local, e o denunciado Josué permaneceu dentro do veículo da vítima, por um longo período, e por volta das 14h, recebeu um telefonema, que a vítima conseguiu escutar, no qual avisava o mesmo, de que a casa havia caído, que a Conçuela havia sido presa, que o mesmo deveria ir embora. Ato contínuo, o denunciado Josué pediu para que a vítima desembarcasse, e utilizando- se do veículo da mesma, imprimindo alta velocidade, voltou para a cidade de Tijucas. O veículo foi abandonado na madrugada daquele dia, no centro desta Cidade conforme faz prova termo de apreensão e entrega incluso' (denúncia fls. 2 a 9).

"Assim, conforme já descrito na denúncia, no dia 10/6/99, os acusados Valdir, Izack, Conçuela, Ivan, Josué e Elizeu praticaram em conluio os delitos de extorsão consumados contra a vítima Ricardo José e, juntamente com os acusados Marcos e Conçuela, tentado contra a vítima Luzia da Silva Oliveira, sendo o denunciado Ivan o chefe do 'bando'.

"No dia 8 de julho de 1999, o denunciado Josué possuía, mantinha sob guarda e em depósito em sua residência um revólver, marca Rossi, calibre 38, special, niquelado, cano 4, cabo emborrachado, de numeração — J201456, de fabricação nacional; 3 munições intactas de cal. 38 SPL-P, marca CBC; 4 munições recarregadas, de cal. 38 SPL, marca CBC; 5 munições intactas de cal. 38 SPL, marca CBC; e revólver de metal e sem identificação, conforme termos de apreensão de fl. 214, todos sem autorização e em desacordo com determi-

nação legal. Em relação a este último revólver o denunciado Josué suprimiu a identificação da referida arma, ressaltando-se ser o mesmo servidor público — policial civil" (fls. 396/398).

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada parcialmente procedente, para condenar: a) Valdir Baumgartner e Izack Ferreira, individualmente, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, por infração ao art. 288, parágrafo único, do Código Penal, e 6 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, por violação ao art. 158, § 1º, do mesmo Estatuto, totalizando, em razão do concurso material (art. 69 do CP), 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, sem qualquer possibilidade de substituição ou concessão do sursis, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, cada qual à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo-lhes negado o direito de recorrer em liberdade; b) Conçuela de Miranda Balsanelli à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, negados os benefícios da Lei n. 9.714/98, e Márcio Vitor Paoli ao cumprimento da pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, também em regime aberto, afastada a hipótese de substituição ou do sursis, ambos por infringir o disposto no art. 288, parágrafo único, do Estatuto Penal, sendo porém concedido o direito de apelar soltos; c) Ivan Pacheco à pena de 3 (três) anos de reclusão, por ter violado o descrito no art. 288, parágrafo único, do Código Penal, e 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no art. 158, § 1º, do mesmo Diploma Legal, resultando, por força do contido no art. 69 daquele Estatuto, em 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, sem qualquer concessão de benesses, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à data dos delitos, sendo-lhe, ainda, negado o direito de recorrer em liberdade; d) Elizeu Voltolini ao cumprimento da pena corporal de 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, não admitida a hipótese de substituição da reprimenda imposta ou a sua suspensão, por infração ao art. 288, parágrafo único, do Código Penal, c/c a Lei n. 9.807/99, permitindo-lhe, todavia, recorrer do decisum solto; e e) Josué Schlemper nas sanções do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.437/97, ao cumprimento da pena de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de detenção, em regime aberto, sem substituição ou outro benefício, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, cada qual no valor de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo-lhe concedido que apelasse em liberdade; e para absolver: a) todos do crime previsto no art. 158, § 1º, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal; b) Josué Schlemper das sanções dos arts. 288 e 158, § 1º, ambos do Estatuto Repressivo, com base no art. 386, inciso VI, do mesmo Diploma Processual; e c) Elizeu Voltolini das penas do art. 158, § 1º, do Código Penal, com supedâneo no dispositivo acima mencionado.

Irresignados com a decisão monocrática prolatada, Izack Ferreira e Valdir Baumgartner apelaram, de

próprio punho e por seu defensor, enquanto que Conçuela de Miranda Balsinelli e Márcio Vitor Paoli também apelaram, por procurador legal e com fulcro no art. 593, inciso I, do Código de Processo Penal, pretendendo as suas absolvições, ao argumento de que a sentença é contraditória, omissa e unilateral, uma vez que nenhum acusado os conhecia, alegando que Izack não os denunciou, havendo abuso de poder, aduzindo, além das condições pessoais favoráveis, que apenas saíram para comprar um terreno, negando a autoria delitiva e aventando a inexistência de provas para a condenação, já que não foram reconhecidos pelas vítimas, e de que, in casu, ocorreu crime impossível, eis que a ofendida Luzia nem veio até Santa Catarina, e que sendo absolvidos dos demais delitos não poderiam restar condenados no crime de quadrilha, acrescentando, por fim, que a denúncia não incursionou seus nomes como praticantes do ilícito contra a vítima Ricardo.

Do mesmo modo, o réu Ivan Pacheco, por seu defensor, interpôs apelação, também com fundamento no art. 593, inciso I, do Código de Processo Penal, requerendo a apresentação das razões recursais nesta superior instância.

Igualmente inconformado com o teor do decisum, o órgão ministerial recorreu, com base no dispositivo suso citado, objetivando a procedência total da vestibular acusatória, para condenar os acusados Valdir Baumgartner, Izack Ferreira, Conçuela de Miranda Balsanelli, Márcio Vitor Paoli, Elizeu Voltolini e Ivan Pacheco nas sanções do art. 158, § 1º, c/c art. 14, inciso II, c/c art. 71, todos do Código Penal; Josué Schlemper nas penas dos arts. 288, 158, § 1º, e 158, § 1º, c/c art. 14, inciso II, todos do Estatuto Repressivo, em continuidade delitiva; e Elizeu Voltolini também no crime de extorsão armada, alegando que é farta a prova dos autos a embasar um decreto condenatório contra os acusados por estes delitos.

Por derradeiro, Elizeu Voltolini, por seu procurador, apelou da decisão de primeiro grau, solicitando o oferecimento das razões do recurso nos termos do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal.

Contra-arrazoado o recurso ministerial por parte da defesa dos acusados Ivan e Elizeu, foram apresentadas as razões da apelação de Izack e Valdir, em que se objetivou, preliminarmente: a) a anulação da sentença por cerceamento de defesa, haja vista a não-análise do pedido de acareação, requerendo, ainda, o seu deferimento e retomando-se o prazo para a defesa prévia; e b) a declaração de nulidade processual, por violação ao princípio da ampla defesa, sob o argumento de que a condenação foi baseada na confissão de Elizeu, colhida sem a intimação do presente defensor, bem como por inexistir intimação da defesa no tocante ao aditamento da denúncia, alegando, entre outras irregularidades, que o reconhecimento realizado sem o contraditório é nulo. No mérito, pediu a absolvição dos apelantes, nos termos do art. 386, incisos IV e VI, do Código de Processo Penal, reportando-se às alegações finais, requerendo também que seja retirada a anotação feita pelo Magistrado sentenciante à fl. 1.242, aduzindo, ainda, que o decisum condenatório não se referiu às teste-

munhas arroladas pela defesa, bem como a vítima Ricardo não comprovou que pagou qualquer dinheiro aos acusados. Em alternativa, pugnou pela mitigação das reprimendas impostas ao mínimo legal.

Rebatido o apelo ministerial pelas defesas de Elizeu, Conçuela, Márcio e Josué, assim como pelo Parquet a quo os recursos de Valdir, Izack, Conçuela e Márcio, os autos ascenderam a este grau de jurisdição, manifestando-se a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça pela intimação dos defensores de Ivan e Elizeu, a fim de que fossem apresentadas as razões de apelação.

Acolhido o solicitado (despacho de fl. 1.577), no prazo assinalado, Ivan arrazoou o recurso, suscitando, em preliminar, a nulidade do processo por ausência de citação para ser interrogado de sua intimação e de sua defesa da expedição das precatórias para a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, bem como da falta de requisição para a ouvida da vítima que foi feita sem nomeação de defensor ad hoc. No mérito, pugnou pela sua absolvição, alegando anemia probatória, acrescentando que o veículo vermelho era de Conçuela, sendo que não estava no bar na companhia de Valdir e Izack, e que se não houve extorsão não houve quadrilha, mesmo porque alegou que inexistiu a permanência para caracterizar o crime.

Apresentadas, no prazo legal, as razões recursais de Elizeu, foi aventada a sua inocência, ao argumento de que as declarações prestadas durante toda a instrução criminal, e que deram azo a sua condenação e a dos demais apelantes, não condizem com a realidade dos fatos, sendo inválidas. Ademais, afirmou ter assim procedido, pois se sentiu coagido e amedrontado, eis que declarou: "diante das condições que lhe foram postas — era pegar ou largar — sua condenação seria de 10 (dez) anos ou mais" (fl. 1.618), tudo sem o contraditório e sem a presença do Juiz que presidiu o feito. Aduziu também que os acusados não se conheciam, tendo falado apenas sobre Ivan.

Contra-arrazoados os recursos de Ivan e Elizeu pelo Ministério Público, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento de todos os apelos, dando-se provimento ao da acusação e improvendo-se os demais.

É o relatório.

2 — Prima facie, deve ser analisada a preliminar de nulidade aventada pela defesa do acusado Ivan Pacheco, a qual entende que os autos estão maculados, tendo em vista o fato de o réu não ter sido citado para ser interrogado, de acordo com o disposto no art. 351 do Código de Processo Penal.

Em 7/7/99 a denúncia foi recebida (despacho de fl. 2), sendo designado interrogatório dos acusados, incluindo Ivan , para o dia 14/7/99 (despacho de fl. 178v.). Assim, o Juízo oficiou à Administração do Presídio Regional de Tijucas, onde o apelante encontrava-se preso, a fim de requisitá-lo a comparecer na especificada audiência (fl. 205). Houve resposta positiva (ofício de fl. 235), sendo ele, sem nenhuma surpresa, interrogado na data marcada e na presença de defensor constituído (termo de fls. 243/244), tendo naquele ato nenhuma

irregularidade alegado. Aberto prazo para defesa prévia, esta foi apresentada, nada porém argüiu-se a respeito (fls. 329 e 330).

Consta também nos autos que, diante de novas informações, houve aditamento à denúncia (fls. 395 a 399), o qual foi recebido, sendo designada outra data para interrogatório (despacho de fl. 423). Seu defensor foi intimado (certidão de fl. 423v.) e mais uma vez foi o acusado requisitado (ofício de fl. 440), apresentado (ofício de fl. 473) e interrogado na presença de seu advogado (termo de fl. 477).

Ora, a nulidade pretendida, ainda que ocorrente, não é de ser declarada, uma vez que, preso, o réu foi requisitado por duas vezes e interrogado antes de vencidas as fases dos artigos 499 e 500 do Código de Processo Penal, ficando, conseqüentemente, sanada qualquer irregularidade tangente à citação.

Enfim, foram cumpridas as exigências processuais legais, e, o que é mais importante, foi ele cientificado da acusação exordial, sendo interrogado antes da inquirição das testemunhas, não havendo qualquer prejuízo, até porquanto seu defensor constituído exercitou amplamente o direito de defesa, eis que oportunizada a apresentação das alegações preliminares, bem como a produção de provas e oferecimento das razões finais, tudo dentro do devido processo legal.

Esta é a lição de Vicente Greco Filho, leia-se:

"É certo que a defesa ficaria melhor assegurada se, além da requisição, que atenderia ao aspecto administrativo da apresentação, também se fizesse a citação por mandado. Todavia, a providência não é prevista na lei, de modo que a requisição efetiva integralmente a citação. Ademais, presente o réu ao interrogatório e esclarecida a acusação pelo juiz, não há mais nulidade a considerar nos termos do art. 570 do Código" (grifou-se) (in Manual de Processo Penal, São Paulo: Saraiva, pág. 258).

Ainda sobre o tema ressalta Julio Fabbrini Mirabete:

"Também a citação do acusado preso se faz por requisição, evidentemente, por não lhe ser possível o comparecimento sem a autorização do diretor do estabelecimento prisional. Dispõe o artigo 360: 'Se o réu estiver preso, será requisitada a sua apresentação em juízo, no dia e hora designados'. Tal disposição não exclui seja ele cientificado da acusação por mandado. Mas é praticamente pacífico na jurisprudência que, se o réu estiver preso e for requisitado regularmente, dispensa-se a sua citação por mandado. Isto porque na verdade, a nulidade está sanada por ter o interessado comparecido antes de consumar-se o ato, o seu interrogatório, tomando ciência da acusação (art. 570, 1ª parte)" (grifou-se) (in Processo Penal, São Paulo: Atlas, 1997, pág. 425).

Pertinente ao tema, a Suprema Corte de Justiça assim se manifesta:

"A falta de citação constitui nulidade insanável, se o réu não comparece em juízo para ser interrogado no início da ação penal. O mesmo não ocorre com os defeitos; estes podem ser sanados quando não alegados na defesa prévia, apresentada por defensor constituído pelo réu no interrogatório" (RTJ 101/568).

Também do Excelso Pretório destaca-se:

"A citação nula, por falta de formalidade essencial, importa em falta de citação e esta somente pode ser dispensada em face do comparecimento pessoal do réu para ser interrogado e se ver processar" (publ. no DJU n. 248, pág. 9.437).

Deste Sodalício extrai-se a mesma orientação, em caso análogo:

"Habeas corpus. Citação edital defeituosa. Falta de citação. Réu interrogado após sua prisão. (...) ausência de prova de prejuízo. (...).

"O defeito da citação edital, que pode acarretar nulidade, com a conseqüente renovação de atos praticados, mas não, só por si, a soltura do paciente, considera-se sanado se, efetuada a prisão e realizado o interrogatório do réu posteriormente, a quem se oportunizou ampla defesa (...) nem demonstra a ocorrência de prejuízo.

"A requisição de réu preso supre a falta de citação por mandado, falta esta que não constitui nulidade insanável se o mesmo comparece em Juízo e é interrogado no início da ação penal e apresenta defesa prévia sem alegar qualquer prejuízo na oportunidade, não podendo dizer posteriormente que desconhecia a acusação que se lhe lançava, pois que desta é expressamente cienificado antes do interrogatório (art. 188, CPP)" (destacou-se) (JC 59/252 — rel. Des. Gaspar Rubik).

Esta colenda Câmara, até mesmo em hipótese em que o réu sequer foi requisitado, mas compareceu em Juízo para ser interrogado, afastou a nulidade do ato, veja-se:

"(...) Interrogatório — Ausência de requisição e citação do réu para sua inquirição — Acusado preso e que compareceu em Juízo, sendo cientificado da acusação contra si imposta antes de ser inquirido — Ato realizado antes da oitiva de testemunhas e que alcançou seu objetivo final — Eiva rechaçada (...)" (Ap. Crim. n. 99.012194-1, de Palhoça, deste Relator, j. em 23/11/99).

E leia-se mais no mesmo diapasão, também deste Relator:

"Apelação criminal. Narcotraficância. Recurso defensivo pretendendo, preliminarmente, a nulidade processual por ausência de citação ou requisição do acusado para ser interrogado (...).

"Réu preso que compareceu em Juízo e foi cientificado da acusação contra si imposta antes de ser inquirido. Eiva afastada" (Ap. Crim. n. 97.010548-7, de Joinville, j. em 25/11/97).

Assim, como se frisou, na espécie, o primeiro interrogatório realizou-se no início da instrução criminal e o segundo logo após o aditamento à denúncia, ao que se deduz não ocorreu prejuízo ao acusado, pois alcançado o objetivo e a legalidade do ato, razão pela qual se afasta a eiva ventilada.

3 — Há que se analisar também outra prefacial de nulidade argüida pela defesa do recorrente Ivan Pacheco, qual seja, de que o processo encontra-se viciado, haja vista a ausência de intimação do acusado, bem como de seu advogado, pertinente à expedição das cartas precatórias para a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação.

Todavia, sorte não lhe socorre. A instrução criminal, que foi altamente conturbada, diante dos diversos requerimentos elaborados pelas defesas, assim como a necessidade de ouvida de testemunhas em diversas comarcas diferentes, fora do Estado, inclusive, transcorreu dentro dos ditames legais, não subsistindo a alegada nulidade.

Infere-se da peça vestibular que foram arroladas as seguintes testemunhas pela acusação: Nicodemus da Silva, Carlos Alberto Amorin, Jaime Furtado Bumm, todos de Balneário Camboriú; Ricardo José dos Santos Scott, vítima de São Paulo; Genésio João dos Santos, de Tijucas; e Luzia Gomes da Silva Oliveira, vítima de Minas Gerais (fl. 8).

No termo de audiência de fl. 236 consta que, após interrogados os acusados, o Juiz designou o dia 27/7/99 para a oitiva das testemunhas da acusação, determinando a expedição de cartas precatórias para a ouvida daquelas residentes em outras comarcas, ato este assinado pelo então defensor do acusado.

Para a oitiva na comarca de Tijucas o réu foi devidamente requisitado (ofício de fl. 250), sendo devidamente apresentado (ofício de fl. 364), onde, na sua presença e de seu defensor, o qual fez perguntas, foi inquirida a pessoa de Genésio João dos Santos (fls. 367/368). Naquele mesmo ato, o Magistrado designou o dia 6/8/99 para a oitiva das três primeiras testemunhas arroladas na denúncia, dando as partes como intimadas (termo de fl. 366).

Foi novamente requisitado (ofício de fl. 369), porém a referida audiência restou adiada (ofício de fl. 389), sendo, então, oferecido aditamento à denúncia (fls. 395/399), com a oitiva de mais duas testemunhas (Elcimar Amorim Reis e Adelino Gentil Marcon), tendo-se procedido outro interrogatório do réu (fl. 477), constando no termo de audiência, o seguinte:

"(...) Ficaram neste ato intimados os advogados de Josué Schlemper e Elizeu Voltolini e Ivan Pacheco, para apresentarem defesa prévia em três dias. Restaram intimados também os defensores de Valdir, Izack, Ivan e Josué e Elizeu dos documentos juntados às fls. 465/470. Designou o MM. Juiz o dia 20/8/99 às 14h30min para as ouvidas das testemunhas arroladas na denúncia, devendo ser expedido ofício requisitando a presença dos mesmos na data aprazada. Determinou ainda a expedição de precatórias para a oitiva das testemunhas arroladas no aditamento. Intimados os presentes" (grifou-se) (fl. 474).

A apresentação das testemunhas policiais (Nicodemus, Carlos e Jaime) foi requisitada (ofício de fl. 481), bem como do acusado Ivan (ofício de fl. 484). Foi expedida carta precatória para a oitiva do testigo Adelino Gentil Marcon (fl. 488), a qual não se concretizou, tendo o Ministério Público desistido da sua ouvida (despacho de fl. 841). Houve cumprimento e devolução em 6/8/99 da carta precatória referente à ouvida da vítima Ricardo José dos Santos Scott (certidões de fl. 579 e fl. 685). Nesse ínterim, Ivan Pacheco contratou outro advogado para elaborar sua defesa (fls. 584 e 585). Do mesmo modo, foi expedida carta

precatória para que fosse tomado o depoimento da vítima Luzia Gomes da Silva Oliveira (fl. 587), a qual foi cumprida (fl. 591), sendo devolvida com o apontamento de que esteve presente na audiência a defensora pública Dra. Maria Aparecida Rocha de Paiva (termo de fl. 590).

Verifica-se também que Ivan foi apresentado para audiência da oitiva das testemunhas policiais (ofício de fl. 650), as quais prestaram suas declarações (fls. 652/661), constando no termo de audiência que o advogado de Ivan estava presente no ato, tanto que fez perguntas àquelas (fls. 653, 657 e 660).

Seu novo defensor apresentou requerimentos, nada se referindo às alegadas irregularidades, sendo então acostada a carta precatória na qual a testemunha Elcimar prestou depoimento (fl. 854). Este testigo ratificou as declarações que prestou perante a Superintendência Regional da Polícia Federal (fls. 221/230) e, mesmo sem assinatura do defensor ad hoc, vê-se que o advogado estava presente (termo de fl. 853), tanto que a ele foi dada oportunidade de fazer perguntas. Salienta-se, ademais, que esta testemunha nada relatou a respeito dos fatos narrados na denúncia e sequer tocou no nome do acusado Ivan. A sentença, de igual forma, não se utilizou da aludida declaração para embasar a condenação do acusado.

Aberto prazo para as diligências do art. 499 do Código de Processo Penal (despacho de fl. 869), o defensor do acusado Ivan foi devidamente intimado (certidão de fl. 967v.) e nada foi requerido ou alegado. Sobreveio contratação de novo advogado para a sua defesa (fls. 1.153/1.154) que, intimado para a apresentar razões finais, nelas nada argüiu a respeito das referidas nulidades (fls. 1.205/1.212).

Na verdade, não há qualquer vício a se reconhecer no processo, no tocante à ausência de intimação do réu e da sua defesa quanto à expedição das cartas precatórias relativas à oitiva das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, eis que, pelo suso explanado, a defesa do acusado Ivan Pacheco, bem como o próprio réu, teve ciência dos referidos atos, pessoalmente, em audiência. De mais a mais, todas as testemunhas foram ouvidas na presença do defensor constituído ou ad hoc, os quais fizeram perguntas, não restando qualquer prejuízo a sua defesa.

Consoante o verbete n. 155 da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

"É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de carta precatória para a inquirição de testemunha".

E não se pode olvidar que, a teor do art. 222, caput, do Código de Processo Penal, o advogado deve ser intimado apenas da expedição da carta precatória, sendo ônus da defesa acompanhar o seu curso.

Damásio E. de Jesus, com sabedoria, salienta sobre a matéria:

"Intimada a defesa da expedição de precatória, desnecessária nova intimação designada para a audiência no juízo deprecado. Essa providência não é tida por lei como essencial ao exercício da defesa, por considerar que, primordialmente cabe ao defensor inteirar-se naquele juízo sobre a data escolhida para a realização da prova (TJSP, RT 525/352)" (in

Código de Processo Penal Anotado, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, pág.170).

Não fosse isso, ressalta-se que foi dada vista à defesa e, na fase dos arts. 499 e 500 do Código de Processo Penal, não aventou qualquer nulidade referente à oitiva das apontadas testemunhas, o que, por si só, faz operar-se a preclusão do pedido, eis que o nosso Código de Processo Penal expressa que "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa" (art. 563).

E no caso sub examen foi exatamente o que aconteceu, pois o defensor do acusado ao ser intimado para os fins do art. 499 do Código de Processo Penal nada requereu, não o fazendo também quando da apresentação das alegações finais, deixando precluir, dessa forma, o seu direito a pretender a nulidade do feito em razão das ouvidas das testemunhas que a acusação arrolou, e das quais teve ciência da expedição das cartas precatórias.

A propósito, assenta a jurisprudência pátria:

"Sem ocorrência de manifesto prejuízo, não há como falar-se em nulidade, sendo de notar ainda que a sua argüição deve ser feita em tempo oportuno, sob pena de serem consideradas sanadas, tal como preceitua o art. 571 do CPP" (RT 438/377).

Esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, leia-se:

"Nulidade — Articulação — Art. 572 do CPP. 'Ocorre a preclusão quando a nulidade não é argüida no momento propício — art. 572 do CPP'" (Rel. Min. Marco Aurélio — RT 673/379).

Portanto, não constatada a ocorrência das irregularidades indicadas, haja vista o fato de a defesa ter conhecimento de que havia expedição das cartas precatórias; não havendo qualquer omissão a fim de acarretar vício no procedimento criminal, uma vez que os atos foram todos realizados dentro dos ditames legais; inexistindo referência pretérita quanto às nulidades agora apontadas, não há acolher a aludida prefacial, razão pela qual é afastada.

4 — A terceira e última nulidade apontada no recurso de Ivan Pacheco refere-se à ausência da sua requisição para a inquirição das vítimas, contudo impossível dar-se guarida ao pleito.

Efetivamente, nos termos do artigo 360 do Código de Processo Penal, quando "o réu estiver preso, será requisitada a sua apresentação em juízo, no dia e hora designados". A disposição presente, em que pesem decisões em contrário, não deve ser encarada com radicalismo, mas o seu cumprimento deve ficar subordinado às circunstâncias que envolveriam a presença do réu, tal como o seu deslocamento quando preso em outra comarca, caso dos autos. Mormente levando-se em conta que a presença será, para efeitos defensivos, de nenhuma valia, pois tal mister é ônus do defensor, quedando o réu presente à audiência como mudo e estático espectador.

Aliás, a respeito do assunto, o Exmo. Sr. Des. Marcílio Medeiros assim se pronunciou:

"Num país das dimensões do Brasil exigir a presença do preso às inquirições realizadas noutra comarca criaria dificuldades praticamente insuperáveis, pelo permanente vaivém dos presos pelo imenso território nacional, pior ainda quando vários os juízes deprecados, ficando estes longe uns dos outros" (JC 3/4, pág. 511).

E nesse sentido encontra-se a lição de Damásio E. de Jesus:

"Réu preso não requisitado para a audiência por precatória. O STF entende que não é absoluta, mas relativa a nulidade da audiência de testemunhas na ação penal contra réu preso não requisitado para o ato, mesmo porque o CPP não determina essa requisição em se tratando de inquirição mediante carta precatória" (in Código de Processo Penal Anotado, São Paulo: Saraiva, pág. 150).

Essa matéria, como as demais antes analisadas, está praticamente pacificada pela jurisprudência, como se vê de recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

"Recurso em habeas corpus. Processual penal. Alegação de nulidade no processo por cerceamento de defesa. Inocorrência. Requisição do réu preso para a oitiva de testemunha no juízo deprecado. Desnecessidade. Precedente do STF.

"Requisição de réu preso para acompanhar oitiva de testemunha em outra comarca. Desnecessidade. Precedente do STF.

"In casu, a nulidade alegada é relativa, sendo necessária para o seu reconhecimento a demonstração de prejuízo, o que não ocorreu. De outro eito, o prejuízo, se existente, decorreu da ausência não do réu, mas do seu defensor, que, inobstante intimado, não compareceu à audiência" (RHC n. 10.847, de São Paulo, Quinta Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 13/2/2001, publ. no DJU n. 59-E, de 26/3/2001, pág. 437).

Na mesma linha, tem-se a seguinte decisão tratando do assunto:

"Carta precatória. Ausência do réu à audiência. O art. 360 do CPP incide sobre as audiências realizadas no juízo da causa. Não exige o Código de Processo Penal que o réu preso no foro onde tramita o processo acompanhe a precatória inquiritória. Basta que da expedição sejam intimadas as partes (art. 222). Ademais, a ausência do paciente à audiência não acarretou prejuízo para a defesa" (RT 551/415).

Ora, o que se tem do caderno processual é que as vítimas foram inquiridas, uma em Viçosa, Minas Gerais, e outra em Pindamonhangaba, São Paulo, por meio de cartas precatórias, das quais, tanto a defesa quanto o próprio réu tiveram ciência (termos de fls. 236 e 366).

Desse modo, impossível anular-se o processo como requerido, somente porque o acusado não foi requisitado para as referidas audiências, não se esquecendo, outrossim, como já repisado, nada foi alegado a respeito nas fases dos arts. 499 e 500 do Código de Processo Penal, motivo por que rejeita-se a prefacial.

5 — Por outro lado, a defesa dos acusados Izack Ferreira e Valdir Baumgartner também apontaram nulidade no feito, no que toca ao pedido de acareação, argüindo que houve cerceamento de defesa, porquanto a sentença não analisou o requerimento

apresentado junto com as alegações finais.

Antes de se adentrar na referida preliminar, mister fazer-se um breve relato de como tramitou o processo: nas alegações preliminares, a defesa dos recorrentes Izack e Valdir, com base na negativa de autoria, requereu "Acareação entre as supostas vítimas e o ora Defendido, nos termos dos artigos 229, e seu parágrafo único, e 230, ambos do Código de Processo Penal" (fls. 308 e 309); no termo de audiência de fl. 381 extrai-se que o Juiz determinou abertura de vista ao Ministério Público "para análise dos pedidos de todos os acusados", o qual ofereceu aditamento à denúncia (fls. 395/399), que foi recebido (despacho de fl. 423); mais à frente foi decidido o seguinte:

"Vista às partes, a iniciar pelo MP, para os termos do art. 499 do CPP, sendo que após decidirei sobre as diligências a serem requeridas, especialmente a possibilidade da realização das acareações, cujos pedidos já foram formulados no processo, os quais deverão ser ratificados, demonstrando, a parte, o interesse na realização de tal prova, o que poderá, inclusive, determinar o desmembramento do processo, a fim de que o feito seja julgado o mais rapidamente possível, já que há acusados presos" (despacho de fl. 869).

O defensor dos acusados foi devidamente intimado (certidão de fl. 968v.), nada apresentando na primeira etapa e, intimado para as derradeiras alegações (certidão de fl. 1.165v.), requereu novamente a acareação nos termos da defesa prévia (fls. 1.240/1.249).

Sobreveio sentença, a qual, embora de forma sucinta, indeferiu o pleito, afastando a preliminar, e entendendo não haver "cerceamento de defesa eis que foram ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes e na fase do art. 499 do CPP nenhum requerimento foi efetuado, tendo sido decidido sobre a não realização de acareação" (fls. 1.302/1.303).

E pela apertada síntese apresentada, bem se vê que o pedido foi analisado na decisão monocrática, quando da aferição das prefaciais aventadas nas alegações finais pelas partes.

O decisum em hipótese alguma cerceou a defesa dos apelantes ou afrontou o princípio do devido processo legal, eis que, consoante se infere do entendimento doutrinário "a acareação não é providência obrigatória, cabendo a decisão ao prudente arbítrio do juiz"; sendo que o seu indeferimento "não caracteriza cerceamento de acusação ou defesa" (MIRABETE, J. F., in Código de Processo Penal Interpretado, 4ª ed., São Paulo: Atlas, pág. 279).

A jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo não diverge, veja-se:

"Trata-se de prova privativa do juízo a acareação, de modo que o indeferimento de sugestão da parte, se o juiz entendeu ser irrelevante a sua realização, não implica constrangimento" (Ap. Crim. n. 345.291, rel. Juiz Edmeu Carmesini).

No contexto exposto, colaciona-se também o seguinte julgado:

"A acareação não é providência obrigatória, mesmo quando presentes divergências irreconciliáveis entre os

depoimentos, embora possa se realizar por decisão ex officio, não caracterizando cerceamento de defesa, o indeferimento pelo juiz, do requerimento para sua realização" (RJTACrim 31/240).

As decisões, nesse norte, não param por aí, veja-se:

"Prova. Acareação. Indeferimento do pedido pelo juiz. Admissibilidade. Nulidade. Inocorrência.

"A acareação é providência conferida ao prudente arbítrio do Juiz, titular do livre convencimento essencial à formação da vontade judicial, sendo certo que, entendendo o julgador, desnecessário o confronto entre réu e vítima, o indeferimento do pedido de acareação não inquina o feito de nulidade" (Ap. Crim. n. 1.006.959, rel. Renato Nalini, 11ª Câmara, TACrimSP, JUIS — Jurisprudência Informatizada Saraiva, vol. 11).

Desta Corte de Justiça colhe-se também ementa nessa linha de pensamento, como a que segue:

"Apelação criminal. (...) Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa ante indeferimento de acareação. Inocorrência. Providência facultativa sujeita ao prudente arbítrio do magistrado" (Ap. Crim. n. 98.006259-4, de Xanxerê, rel. Des. Genésio Nolli, publ. no DJSC de 2/10/98).

E leia-se mais, no mesmo sentido, decisão desta egrégia Câmara:

"Apelação criminal — Preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa ante o indeferimento da realização de acareação entre os acusados — Desnecessidade — Nulidade afastada.

"A acareação não é providência obrigatória, cabendo a decisão pela sua realização ou não, ao prudente arbítrio do juiz, não caracterizando o indeferimento do pedido da parte cerceamento de defesa, tanto mais quando do contexto geral do processo, tal diligência resulta inoperante, já que ambos os acusados negaram o cometimento do delito na fase judicial" (Ap. Crim. n. 98.006772-3, de Canoinhas, rel. Des. José Roberge, publ. no DJSC de 14/10/98).

Não há dúvidas, inexiste "cerceamento de defesa no indeferimento de acareação, que não é obrigatória, por caber ao prudente arbítrio do juiz decidir sobre sua pertinência, uma vez que a finalidade da instrução probatória é a formação do livre convencimento do julgador acerca da autoria e materialidade do delito" (Apelação Criminal n. 99.006312-7, de São José, relator Des. Francisco Borges, julgada em 21/9/99).

Afasta-se, assim, a preliminar de cerceamento de defesa, por indeferimento de acareação, primeiro, por não se tratar de ponto relevante ao desate da questão, e segundo porque o deferimento ou não do ato é mera faculdade do Juiz, o qual, quando sentenciou o caso, rechaçou o pedido, não havendo o que falar em falta de análise da tese defensiva.

6 — Outra nulidade argüida no apelo de Izack e Valdir refere-se ao fato de ausência da intimação do defensor para o interrogatório do co-réu Elizeu, ao argumento de que a condenação de ambos baseou-se no depoimento daquele.

Primeiramente, destaca-se que, conforme Julio Fabbrini Mirabete, "O interrogatório é ato personalíssimo, com característica da judicialidade e do princípio da não intervenção da acusação ou da defesa adotado pela nossa legislação. A presença do defensor tem apenas o sentido de fiscalização do ato judicial, sendo, portanto, facultativa. Por isso, também é desnecessária a intimação do defensor, que, aliás, na maioria dos casos ainda não foi constituído ou nomeado. O que se reclama é, apenas, a nomeação e a presença de curador do réu menor (art. 194)" (in Código de Processo Penal Interpretado, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1996, pág. 241).

Ressalta-se também que não presta o réu o compromisso de dizer a verdade, como a testemunha e o perito, sendo-lhe assegurado tão-somente responder ao interrogatório livre e conscientemente, sem coação nem erro, não lhe devendo o juiz armar ciladas e muito menos lhe fazer perguntas sugestivas, incertas, obscuras, equívocas ou insidiosas, como ensina TORNAGHI (Instituições, vol. 4, pág. 378).

E a jurisprudência do Excelso Pretório não discrepa, quando se refere ao ato do interrogatório:

"Defesa. Interrogatório. Defensor ausente. Irrelevância. Arts. 261 e 563 do CPP. Inteligência. A falta de designação de defensor na fase em que interrogado o acusado não acarreta a nulidade quando, na instrução probatória, ficam elucidadas, ante as provas técnica e testemunhal, a materialidade e a autoria relativas ao crime. Repousando o provimento condenatório em elementos existentes nos autos e não apenas na confissão, afigura-se pertinente a regra segundo a qual 'nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'" (HC n. 69.063-7, de São Paulo, Segunda Turma, rel. Min. Marco Aurélio — RT 685/401).

Também da Suprema Corte extrai-se:

"Ausência de defensor no interrogatório judicial não anula o processo, eis que o Código de Processo Penal não reclama presença de defesa. Possibilidade de anulação dependente de demonstração de prejuízo, inexistente no caso em exame. Ordem denegada" (HC n. 67.609-0, de São Paulo, Segunda Turma, rel. Min. Francisco Rezek — RT 674/359).

Por oportuno, cita-se a seguinte decisão do Estado de São Paulo:

"Interrogatório judicial — Falta do comparecimento do defensor — Ausência de nulidade.

"O Código de Processo Penal não obriga a presença de defensor no interrogatório donde ser 'desnecessária a intimação da defesa' para a solenidade. Participará do ato, querendo, se espontaneamente comparecer. E haverá fazê-lo sem interferir no que se estiver a indagar" (Rev. n. 283.604/3, Quarta Câmara, rel. Juiz Luiz Ambra — RT 729/556).

In casu, reclama a defesa de Izack e Valdir a não intimação para o interrogatório do co-réu Elizeu. Ora, se não é necessária a intimação e a presença de defensor na inquirição do próprio acusado, quem dirá em relação à do co-denunciado. E não é demais lembrar que o causídico dos re-

correntes nas fases dos arts. 499 e 500 do Código de Processo Penal nada alegou sobre o assunto, sendo portanto despiciendo qualquer comentário a mais a respeito de ferimento à ampla defesa e da aventada nulidade.

Importante, ainda, destacar que a defesa insurgiu-se contra referido interrogatório, ao argumento de que serviu de base à condenação de ambos.

Com efeito, a confissão dada pelo co-réu Elizeu prestou-se como fundamento do edito repressivo prolatado contra Valdir e Izack, contudo vê-se que a sentença, além da aludida prova, amparou-se em muitos outros elementos probatórios como motivação do decreto, a exemplo: extratos de ligações telefônicas; prisão destes no local do crime; apreensão de arma em poder de um dos apelantes; reconhecimento pela vítima Ricardo, bem como seu depoimento; entre outras.

Assim, insubsistente a prefacial ventilada, razão por que é repelida.

7 — Impõe-se examinar também o vício apontado ainda no recurso de Izack e Valdir, consistente na falta de intimação do defensor pertinente ao aditamento apresentado à denúncia.

Referida peça foi ofertada (fls. 395/399) e recebida pelo Juízo a quo, no qual, diante da nova definição jurídica dada, foi designada data para interrogar os réus envolvidos, quais sejam, Elizeu, Josué e Ivan (despacho de fl. 423). Nessa audiência, vislumbra-se a presença do defensor de Izack e Valdir, tanto que consta no termo a sua assinatura (fl. 474). E pelo consignado nesse mesmo termo, vê-se que a aludida defesa teve ciência da existência do aditamento.

A peça complementar da proemial acusatória não se referiu aos apelantes, mas sim aos acusados já apontados, e, a teor do disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, consubstanciado no princípio do prejuízo, não merece amparo a pretensão de declaração da nulidade por ofensa à ampla defesa, ainda mais quando os recorrentes pleiteiam pelo reconhecimento de nulidade referente a coréus, eis que o aditamento não incluiu condutas respeitantes a eles.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"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).

Não existiu qualquer prejuízo e, se não bastasse, repisa-se, nas etapas descritas nos arts. 499 e 500 do Estatuto Processual Penal, nenhuma linha sobre o reclamado foi dedicada, razão pela qual inoportuna e inconsistente a argumentação levantada agora, em grau de recurso.

Nesse passo, afasta-se, de plano, a apontada preliminar articulada no recurso defensivo de Izack e Valdir, não merecendo, assim, maiores digressões.

8 — Pleiteou ainda a mesma defesa a nulidade do reconhecimento feito pela vítima Ricardo José dos Santos Scott, na delegacia de polícia, amparando-se no fato de que fora realizado sem obediência ao princípio

constitucional e processual do contraditório.

É patente que o valor do reconhecimento de acusado feito ainda na fase inquisitorial é relativo, mormente quando não ratificado em Juízo. Porém, na espécie, adquiriu fundamental importância, porquanto a impossibilidade de reconhecimento perante a autoridade judiciária deveu-se pelo motivo de ter sido a vítima inquirida por carta precatória, no Estado de São Paulo, e o reconhecimento extrajudicial encontra respaldo em outros elementos de prova.

Ensina Julio Fabbrini Mirabete, a respeito:

"Como a confissão e a prova testemunhal extrajudiciais, o reconhecimento de pessoa efetuado no inquérito policial tem um valor reduzido, e não absoluto, como prova. Para preservar a credibilidade do reconhecimento extrajudicial é que se devem observar as formalidades e modos procedimentais do artigo 226. Obedecidas estas e havendo reconhecimento seguro pela vítima ou testemunhos, pode ela ser prova suficiente para a condenação, conforme jurisprudência. Não sendo obedecidas as formalidades legais, o reconhecimento, mesmo assim, não perde todo o seu valor, valendo como elemento de convicção do julgador, de acordo com os princípios aceitos em nossa legislação sobre o livre convencimento" (in Processo Penal, 4ª ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 305).

A jurisprudência não diverge, veja-se:

"O valor do reconhecimento pessoal depende, essencialmente, do reconhecedor e da clareza com que ele antes observou e percebeu o reconhecido" (RT 704/352).

E mais seguindo a mesma alheta:

"Reconhecimento — Realização durante o inquérito policial — Impossibilidade de ratificação plena na instrução — Valor probante — Entendimento:

"Uma coisa é a renegação do ato recognitivo policial e outra, bem diversa, a impossibilidade ocasional de sua ratificação plena. Nesta última hipótese, basta a atestação de que o reconhecimento foi levado a cabo regular e seguramente para que se atribuam ao ato foros de prova relevante" (RJDTACrim 18/124).

Esta colenda Câmara também já decidiu, no que toca ao reconhecimento pessoal feito na fase indiciária:

"(...) Reconhecimento do apelante — Ato realizado na fase administrativa — Obediência ao disposto no art. 226 do CPP — Irregularidades inexistentes (...)" (Ap. Crim. n. 99.012339-1, da Capital, deste Relator, j. em 5/10/99).

In specie, observa-se que o Auto foi realizado dentro dos ditames legais exigidos, sendo que apresentadas seis pessoas à vítima esta reconheceu tanto Izack quanto Valdir como autores do crime narrado pela acusação, e isso depois de ter descrito ambos perante a autoridade policial.

Dessa forma, não havendo qualquer irregularidade no ato, rechaça-se a nulidade argüida.

9 — Impende, por outro lado, refutar a nulidade do processo, ventilada nas contra-razões apresentadas

pela defesa dos co-réus Márcio e Conçuela, as quais alegam que a denúncia é inepta, no tocante ao crime de extorsão consumada, haja vista a não descrição da co-autoria.

O vício ventilado não se encontra presente.

Frisa-se que sequer houve denúncia de ambos no delito suso mencionado. De idêntica forma, quando do seu aditamento, não existiu incursão dos co-réus no referido ilícito. Além disso, o Ministério Público em nenhum momento requereu a condenação dos apelantes no crime cometido contra a vítima Ricardo José dos Santos Scott.

Portanto, dispensável qualquer descrição da co-autoria no delito apontado, eis que nele não foram Conçuela e Márcio denunciados.

10 — Também ao rebater o recurso ministerial, a defesa dos acusados acima mencionados acoimou a polícia de Balneário Camboriú incompetente para atuar no inquérito policial, alegando que os fatos desenrolaram-se na comarca de Tijucas.

Ora, depreende-se do processado que a descoberta da prática do "golpe do chute" veio à tona, porque uma das supostas vítimas, Luzia Gomes da Silva Oliveira, da cidade de Viçosa, Minas Gerais, desconfiada do possível ilícito, entrou em contato com o policial Nicodemus Silva, comissário de polícia e responsável pelo expediente da Delegacia de Polícia de Balneário Camboriú, o qual, diante da informação, tomou todas as providências cabíveis.

Após constatado que o crime seria efetivado em Porto Belo, na comarca de Tijucas, nesta foi regularmente aberto inquérito policial.

Quanto aos atos praticados pela polícia de Balneário Camboriú, inicialmente, é de ter-se em conta que "Não estão os policiais sujeitos a uma atividade jurisdicional que os radicaria no lugar da sua lotação, porque jurisdição que importe nulidade de ato praticado por aquele que não a tem é privativa do Poder Judiciário e diz respeito à competência ratione loci" (RT 542/315).

Como se vê, nenhuma irregularidade houve por parte da polícia de Balneário Camboriú, porquanto, segundo ensinamento de Julio Fabbrini Mirabete, in Processo Penal, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1995, "tem-se entendido que, não exercendo a Polícia ato algum de jurisdição, inexiste razão para falar-se em incompetência ratione loci", sendo válido até mesmo em casos de lavratura de auto de prisão em flagrante por autoridade diversa daquela mencionada na lei (grifou-se) (pág. 374).

Sobre o mesmo tema, leciona E. Magalhães Noronha, in Curso de Direito Processual Penal, 21ª ed., São Paulo: Saraiva:

"Considerando isso é que o Código permite a apresentação à autoridade mais próxima, o que nenhum prejuízo acarreta, considerando-se que, em regra, a que lavra o flagrante é a policial, quando a competência ratione loci não tem sentido, pois como escreve Ranieri, o critério que determina a competência pelo território funda-se na razão de fazer julgar o crime pelo juiz do lugar onde

ocorreu, na vantagem da colheita de provas mais fácil, na mais exata apreciação da personalidade do réu, do ambiente em que foi realizado e também no fim da prevenção geral" (pág. 167).

A jurisprudência não diverge dessa orientação, veja-se:

"Habeas corpus. Prisão em flagrante efetuada em uma comarca e auto lavrado em outra, mas pela mesma autoridade. Fato ocorrido próximo à divisa dos municípios, fixando circunstâncias que efetivam a regularidade do ato em prejuízo da norma geral. Argüição de nulidade irrelevante para o caso. Ordem denegada" (JC 62/231, rel. Des. Nauro Collaço).

Na mesma esteira: RT 535/393, 559/332, 562/297, 585/307, 649/268 e 376/332, RJTJESP 100/502 e 104/504, JTACrimSP 56/81 e 61/90 e RJDTACrim 4/188.

Nesse passo, sendo remansosas a doutrina e a jurisprudência, quanto à matéria, nenhuma irregularidade sucedeu-se no ato realizado pela polícia, motivo pelo qual não merece qualquer relevância.

11 — Argumentou, ainda, em contra-razões a defesa de Márcio e Conçuela que o inquérito policial que deu azo à denúncia e ao processo crime em questão é nulo, contudo razão não lhe assiste.

As investigações transcorreram dentro da normalidade, eis que requeridas diversas diligências e colheita de dados para fins de esclarecimentos, tudo realizado nos termos legais.

Aliás, mesmo que tivesse ocorrido qualquer irregularidade no procedimento investigatório, destaca-se que, conforme segura orientação doutrinária e jurisprudencial, as falhas porventura ocorrentes no inquérito policial não se transmitem à ação penal.

José Frederico Marques leciona:

"O inquérito, como instrumento da denúncia, não está sujeito a formas indeclináveis, tanto que, a não ser para o interrogatório e para o auto de prisão em flagrante, norma alguma está traçada, pelo Código de Processo Penal, no tocante ao assunto. Tudo o que vem disposto sobre as atividades da autoridade policial, no texto do Código, constitui uma série de preceitos ditados em razão da eficiência investigatória da autoridade policial, e não como procedimento ou modus faciendi obrigatório. É contra-senso, por isso mesmo, falar em nulidade do processo, por ser nulo o inquérito policial, como já vimos num habeas corpus impetrado ao Tribunal de São Paulo, e por este acertadamente repelido. O inquérito, como instrumento da denúncia, nunca é nulo, não estando sujeito, assim, às sanções que o Código prevê para os atos processuais" (in Elementos de Direito Processual Penal, Forense, vol. 1, pág. 159).

Deste egrégio Tribunal é a seguinte decisão:

"Os eventuais defeitos do inquérito policial não impedem a deflagração do processo criminal nem justificam, igualmente, a sua nulidade. Como mera peça informática, basta apenas que, para esse fim, o inquérito contenha elementos indicativos do delito" (JC 39/391 — Rel. Des. Ayres Gama).

Ainda, acerca da matéria, o já citado doutrinador Julio Fabbrini Mirabete esclarece:

"O inquérito policial, em síntese, é mero procedimento informativo e não ato de jurisdição e, assim, os vícios nele acaso existentes não afetam a ação penal a que deu origem" (in Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 1994, pág. 37).

O Supremo Tribunal Federal, tratando de vícios do inquérito policial, decidiu:

"Inquérito policial. Vícios formais. Em se tratando de peça meramente informativa da denúncia ou da queixa, os vícios formais que o inquérito policial contenha não se estendem ao processo, de modo a contaminá-lo".

Diante de todo o exposto, não há mais nada a falar sobre o apontado pela defesa de Conçuela e Márcio, tangente aos alegados vícios no inquérito policial.

12 — Concernente ao mérito, de início, examina-se a pretensão ministerial de ver todos os acusados também condenados no crime de tentativa de extorsão circunstanciada pelo concurso de pessoas e emprego de arma, referente à vítima Luzia da Silva Oliveira.

O ilícito previsto no art. 158 do Código Penal trata-se de crime complexo, eis que tem como objeto jurídico imediato a inviolabilidade do bem patrimonial e, embora seja delito contra o patrimônio, possui como objeto secundário a liberdade de locomoção, tendo seu momento consumativo na privação desta última.

Há que se consignar ainda que mister, para a caracterização da infração, a existência do emprego de ameaça, causadora de constrangimento, intimidação ou temor à vítima, a fim de que esta faça ou deixe de fazer algo. Sem a configuração do ato coercitivo pode a ação do agente traduzir-se em outro tipo penal ou em nenhum ilícito, haja vista a ausência do início da execução. Portanto, impossível admitir-se, no caso de extorsão, a forma tentada, quando o sujeito ativo não chegou a empregar qualquer meio de ameaça à vítima.

Ora, a "nossa lei penal exige, para a configuração da tentativa, um começo de execução, mas não definiu o que seja começo de execução. Executar um crime é, antes e acima de tudo, realizar conduta típica. Começar a executar o crime é começar a realizar conduta típica. Crime tentado é crime começado e inacabado, é tipo truncado, cortado. É a realização incompleta do tipo. É fragmento de crime. Se crime consumado é a realização do tipo penal por inteiro, a tentativa, que é um pedaço do crime, não pode situar-se fora do tipo. Aliás, a tentativa, que é uma porção do crime, é crime. E não se admite crime sem tipicidade, seguindo-se daí que a atividade integradora da tentativa há de ser atividade típica. Início de execução, dessa maneira, há de ser início de conduta típica. Admitir que atos atípicos possam corporificar tentativa de crime conduz, forçosamente, a meu aviso, à aceitação de crime sem tipicidade, pelo menos, em sua forma tentada. (...) Cuida-se, sem dúvida, de critério que realmente aperta o âmbito de incidência da tentativa, mas menos certo não é que o do plano do autor enseja o seu alargamento a

limites intoleráveis, com ofensa ao princípio da legalidade. Mesmo a composição dos dois permite essa exagerada ampliação da órbita da tentativa, viabilizando o seu reconhecimento em atos e em momentos anteriores ao princípio da ação típica, com violação do princípio do nullum crimen sine lege. Possibilita, a meu sentir, a atuação do arbítrio, representando sério perigo à liberdade individual. Prefiro ficar com o critério formal-objetivo" (Juiz Fernandes Ramas — JUTA CrimSP 71/67).

Sobre o tema impende transcrever a lição de Julio Fabbrini Mirabete, acerca do caminho a se percorrer entre a cogitação, preparação e execução de conduta típica:

"Na realização do crime há um caminho, um itinerário a percorrer entre o momento da idéia da sua realização até aquele em que ocorre a consumação. A esse caminho dá-se o nome de iter criminis, que é composto de uma fase interna (cogitação) e de uma fase externa (atos preparatórios, atos de execução e consumação).

"A cogitação não é punida, segundo a lei: cogitationis poenan nemo patitur (Ulpiano). Nem mesmo a cogitação externada a terceiros levará a qualquer punição, a não ser que constitua, de per si, um fato típico (...).

"Os atos preparatórios são externos ao agente, que passa da cogitação à ação objetiva, como a aquisição de uma arma para a prática de um homicídio ou a de uma chave falsa para o delito de furto, o estudo do local onde se quer praticar um roubo etc. Também escapam, regra geral, a aplicação da lei penal, apesar da opinião dos positivistas que reclamavam a punição como medida de prevenção criminal (teoria subjetiva), uma vez que a lei exige o início de execução (...).

"De qualquer forma, 'o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado' (art. 31).

"Atos de execução (ou atos executórios) são os dirigidos diretamente à prática do crime, 'quando o autor se põe em relação imediata com a ação típica'. A distinção entre atos preparatórios — usualmente impunes — e atos de tentativa — observam Zaffaroni e Pierangelli — é um dos problemas mais árduos da dogmática e, seguramente, o mais difícil da tentativa. Vários critérios são propostos para a diferenciação, considerando-se como atos preparatórios os atos distantes da consumação e atos de execução como os próximos desta (...).

"O Código Brasileiro adotou a teoria objetiva (formal) e exige que o autor tenha realizado de maneira efetiva uma parte da própria conduta típica, penetrando, assim, no 'núcleo do tipo', ao dispor no art. 14, que o crime se diz tentado 'quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias a vontade do agente' (...)" (in Manual de Direito Penal, 8ª ed., São Paulo: Atlas, vol. 1, págs. 149/150).

Magalhães Noronha leciona que "o iter criminis se compõe das seguintes etapas: cogitação, atos preparatórios, atos executórios e consumação (...) Alega, ainda, que a opinião que hoje predomina funda-se em dois critérios: um do ataque ao bem jurídico tutelado; o outro o do início da

realização do tipo; um é de natureza material e o outro formal. Acrescenta que o critério material funda-se no perigo corrido pelo bem jurídico tutelado. Se o ato não representar esse perigo, não será de execução (in Direito Penal, 12ª ed., 1975, vol. I, págs. 118/120)" (do corpo do acórdão da Apelação Criminal n. 118.579-7, do TACrimMG, rel. Juiz Caio de Castro).

Seguindo esse entendimento Heleno Cláudio Fragoso lecionou:

"A distinção entre atos preparatórios e atos de execução constitui difícil problema, tendo sido formuladas a propósito diversas teorias.

"Tendo em vista o sistema de nossa lei, prevalece a doutrina um critério objetivo de distinção, sendo irrelevante, em princípio, o plano delituoso do agente. Materialmente constitui ato de execução aquele que inicia o ataque ao bem jurídico tutelado; formalmente, tal ato distingue-se pelo início de realização da ação típica prevista pela lei. Ato preparatório é o que possibilita, mas não constitui, ainda, a execução.

"Não basta, portanto, a revelação do propósito de cometer o crime nem a prática de atos inequívocos dirigidos à ação incriminada, que ainda não correspondam a seu início" (in Lições de Direito Penal, 13ª ed., pág. 241).

Consoante a jurisprudência pátria, "ato executivo (ou de tentativa) é o que ataca efetiva ou imediatamente o bem jurídico. Ato preparatório é o que possibilita, mas não é ainda, sob o prisma objetivo, o ataque ao bem jurídico. A mera cogitatio não basta para configurar o conatus" (RT 605/287).

É também da jurisprudência:

"O crime é tentado quando se iniciam atos de execução, os quais não são coroados de êxito, por circunstâncias alheias às vontades dos agentes. Verifica-se que, ao acolher a afirmação da tentativa, há necessidade de início da execução. Antes desse início, outros atos são praticados e são considerados preparatórios não puníveis. O agente que não ultrapassa os limites dos atos preparatórios, não ingressando no território dos atos iniciais de execução, não é alcançado por nossa legislação penal, a não ser em casos excepcionais, que a própria norma prevê. Em suma, não pratica nenhuma infração penal" (JUTACrim 99/326).

Portanto, diante do decidido pelo Juízo a quo, bem como da irresignação ministerial, há que se inferir se realmente as condutas narradas na peça inicial acusatória caracterizaram, nos termos do art. 14, inciso II, do Código Repressivo, que segue o critério exclusivamente objetivo para a aferição da tentativa, início de execução do delito descrito no art. 158, § 1º, do Estatuto Penal.

E efetivamente a conduta descrita na exordial acusatória nada mais é do que a preparação dos agentes para a execução do crime que sequer se iniciou.

Na verdade, tanto a acusação quanto a prova contida no processado revelam que pessoas indeterminadas telefonaram para a vítima Luzia da Silva Oliveira, a fim de aplicar-lhe o famoso "golpe do chute". Então, em contato com a empresa "Calu Informática", situada na cidade de Viçosa, Minas Gerais, apresentaram-se como

sendo os Drs. Moacir e Carlos, da Receita Federal de Porto Belo, oferecendo aparelhos de informática, ao argumento de que tinham preço bom, com relação ao mercado, haja vista a proveniência (navio acidentado). Combinaram a transação comercial que seria efetuada no dia 16/6/99, sendo acertado que Luzia deveria trazer o dinheiro para o pagamento, ajustando também a sua identificação pelo veículo que conduziria. Desconfiada de que tudo não passava de um golpe, Luzia entrou em contato com a polícia, tendo, então, acordado que ela não viria e que uma agente policial passar-se-ia por aquela, com o intuito de flagrar os golpistas. Assim se procedeu, todavia os policiais, ao chegarem no lugar ajustado, de pronto viram Izack, Valdir e Ivan em um bar próximo, quando, ao revistar o primeiro, lograram encontrar uma arma de fogo, sendo que o segundo apontou para Conçuela e Márcio que ali perto estavam, alegando que eles também iriam perpetrar o delito, que não ocorreu diante da interferência policial.

Como visto, realmente o crime não foi perpetrado graças à ação da operante força policial, entretanto não se pode acoimar de início de execução as condutas narradas na vestibular. Tanto dessa peça quanto do elenco probatório, que é uníssono nesse sentido, denota-se que os acusados não chegaram a praticar qualquer ato de execução. Não se tem qualquer informação de que a vítima tivesse sido ameaça para vir até este Estado e concretizar o negócio. Dos seus depoimentos restou bem claro que simplesmente foi-lhe oferecida a referida mercadoria, nada mais. Em nenhum momento relatou que houve qualquer constrangimento para a efetivação da transação; leiam-se, na íntegra, suas declarações:

"Que recorda-se que no dia 10 de junho de 1999, recebeu vários telefonemas de duas pessoas sendo que uma delas se identificava como Dr. Moacir e o outro, Dr. Carlos; que ofereceram à depoente produtos de informática pelo preço de vinte e cinco mil dólares, em dinheiro; as duas pessoas disseram à depoente que tratava-se de mercadoria vinda em navio que havia se acidentado e por isso o preço era baixo; os homens disseram à depoente que a quantia deveria ser paga em dinheiro e que eles não aceitariam cheque nem pagamento através de agência bancária; a depoente combinou com os dois homens que iria encontrá-los na cidade de Camboriú no dia 16 de junho de 1999, quando então efetuaria a transação; a depoente desconfiou da suposta transação e entrou em contato com a delegacia de Camboriú fornecendo as informações ao policial Nicodemus que então fazendo-se passar pela depoente, efetuou a prisão dos meliantes; posteriormente ficou sabendo, através do delegado, que quatro pessoas foram presas; que confirma inteiramente as declarações prestadas na fase policial, às fls. 100/101" (em Juízo, fl. 591).

O relatado pela suposta vítima e na denúncia demonstram que os atos dos réus, até então, foram apenas preparatórios, ou seja, uma forma de atraí-la para o litoral catarinense, a fim de, posteriormente, constrangê-la a entregar certa quantia em dinheiro. Contudo, consoante os depoimentos prestados pelos próprios policiais que diligenciaram no caso, tal conduta

nem de longe chegou a acontecer, o que, aí sim, poderia dizer-se, seria o início da execução do crime de extorsão, como também ocorreria se nos telefonemas trocados entre Luzia e os meliantes tivessem estes a ameaçado sob qualquer forma, o que, porém, não aconteceu.

O policial Nicodemus deixou bem claro no contraditório que "não chegou a ser exigido dinheiro da suposta vítima" (fl. 657).

Ressalta-se, os entendimentos jurisprudenciais colacionados (um deles deste Relator) pelo nobre Ministério Público nas razões recursais não se prestam à hipótese em questão, uma vez que se reportam à tentativa de extorsão em que o agente, "após empregar constrangimento à vitima, através de exigência, com possibilidades de causar-lhe temor ou intimidação", não logrou obter a vantagem ilícita. Da mesma forma, a referência feita à Súmula 96 do Supremo Tribunal Federal e precedente do Superior Tribunal de Justiça.

Como se demonstrou não se deu início à conduta dos verbos descritos no art. 158 do Código Penal: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com intuito de obter para si ou para outrem indevidamente vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa".

É certo, como aventou o Órgão Ministerial que, para a tipificação do ilícito, não se faz imprescindível a presença da vítima no local. Com razão também quando diz que os acusados só não obtiveram êxito, em razão da preparação policial e esperteza da suposta vítima que a acionou. Não se olvida, de outra banda, que os réus estavam prontos para o cometimento do delito, isto é, fizeram ligações a Luzia, oferecendo-lhe o produto, marcando encontro para a entrega do dinheiro, e que se esta estivesse presente o crime ocorreria. Mas daí, a afirmar que a simples negociação, sem qualquer constrangimento ou ameaça, caracterizou atos executórios, estar-se-ia negando a vigência do ordenamento penal brasileiro, o qual, como já exposto na doutrina e na jurisprudência, ampara-se na teoria objetiva para fins da configuração da tentativa, ou seja, a necessidade de que o agente pratique partes do tipo, mesmo que formal, o que na espécie não se operou.

Portanto, a absolvição do delito de extorsão na forma tentada era medida que se impunha, razão pela qual não merece provimento, nesse ponto, o recurso ministerial.

13 — O órgão acusador pleiteou, ainda, em seu recurso, a condenação do acusado Josué, no crime de extorsão consumada e no de quadrilha, ao argumento de que existe prova mais que suficiente de que ele foi um dos autores dos delitos, porém, da análise contida nos autos, restam sérias dúvidas no tocante a sua culpabilidade pertinente à efetiva perpetração dos crimes em questão, porquanto a prova mostra-se anêmica nesse sentido.

A vítima Ricardo registrou boletim de ocorrência, no qual declarou que, ao chegar no local combinado para o negócio, foi interceptada por dois veículos, um preto e outro vermelho, sendo que levaram o dinheiro e mantiveram-na em cativeiro, dentro de

seu próprio automóvel até, aproximadamente, 13h30min (fl. 58).

Quando inquirido na Delegacia de Polícia, Ricardo José dos Santos Scott narrou detalhadamente o ocorrido, desde a transação feita pelo telefone até a sua chegada aqui neste Estado, salientando que um dos meliantes adentrou no seu carro como se fosse o motorista da pessoa que o contactou para a venda, e que andaram cerca de 500 metros, quando notou que atrás vinham um automóvel de cor preta e outro vermelha, sendo que "ambos veículos 'emparelharam' com o do declarante", notando que "os ocupantes de tais veículos, apontavam revólveres em direção ao declarante; que nesse momento o rapaz que estava com o declarante, mandou que parasse o carro e descesse; que notou que esse rapaz que estava em sua companhia também estava armado; que mandavam que o declarante passasse para o banco de trás de seu veículo, passando para o interior do carro mais dois elementos que estavam no veículo de cor preta; que andaram em frente por mais cerca de quinhentos metros, tendo sido o veículo do declarante conduzido por um dos elementos que estava no veículo preto", o qual reconheceu como sendo o co-réu Valdir, sendo que disseram que sabiam do negócio e indagaram sobre o dinheiro, que o "declarante falou que os R$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais) estavam no porta-malas de seu veículo; que apanharam o dinheiro, tendo um dos elementos deixado o veículo de posse da quantia, notando o declarante de que ele embarcou noutro veículo e tomou o sentido contrário ao que estavam; que o declarante foi levado por um dos elementos, um tipo polaco, forte, aparentando ter cerca de uns 35 anos, com uma cicatriz no supercílio direito e que tinha orelha direita grossa, tipo de lutador, usava bigode com cavanhaque ralo". Nesse mesmo depoimento, contou a vítima que "um de seus colegas, via celular, dirigiu-se a ele chamando-o de Josué e disse a Josué que 'a casa tinha caído' e que Conçuela havia sido presa e que era para ele ir embora logo; que, em seguida, mandou que o declarante descesse do carro e, que permanecesse ali por uns cinco minutos e depois fosse embora". Assim, na mesma oportunidade, disse que lhe foi apresentada uma foto, sendo que, sem dar qualquer certeza, reconheceu Josué como a pessoa que o manteve no interior do automóvel e que atendeu ao telefonema falando-lhe sobre a Conçuela (fls. 59/61).

Por outro vértice, ouvida, pela carta precatória, em São Paulo, a vítima Ricardo narrou os fatos com a mesma riqueza de detalhes, esclarecendo que a "pessoa que permaneceu no carro recebeu um telefonema dizendo para que 'se mandasse' e pronunciando o nome Conçuela; o depoente pôde ouvir a conversa porque o volume do celular estava alto", acrescentando que "quando o celular tocou, a pessoa do outro lado chamou o atendente de Josué; o depoente, já na Delegacia no dia seguinte, ouviu novamente esse nome, lembrando-se do ocorrido do dia anterior; o depoente afirma com certeza que o nome ouvido foi Josué" (fls. 685 e verso).

Todavia, nessa mesma ocasião, foram enviadas fotos de Josué pela carta precatória, sendo que a vítima disse que não era da mesma pessoa que a manteve sob ameaça, afir-

mando que a foto apresentada na delegacia parecia ser de uma pessoa mais magra, destacando que era em preto e branco de uma revista e que estava muito ruim.

Josué foi ouvido na fase administrativa, negando que conhecesse os demais acusados ou a prática de qualquer delito, sendo que alegou estar de plantão até o período da manhã do dia dos fatos, e que depois foi para Blumenau com Yhon e Júlio, e que provavelmente a vítima o reconheceu por estar muito nervosa (fl. 104). Em Juízo continuou negando a autoria do delito, reafirmando que estava em Blumenau com Júlio e Yhon, chegando em casa mais ou menos às 12h30min, e que ficou sabendo que a vítima o reconheceu por uma foto da revista "Momento Policial" (fl. 332).

Yhon e Júlio, também policiais, confirmaram que Josué foi até Blumenau (fls. 264 a 267, 796, 1.173/1.174 e 1.175/1.176) e, efetivamente, dos documentos acostados, vê-se que o policial Josué estava de plantão.

Seu sobrinho, ao prestar depoimento no contraditório, disse que Josué, no dia dos fatos, chegou em casa depois de meio-dia, para o aniversário da sua esposa Rosane (fl. 754). A mesma afirmação fez a testemunha Francisco Alflen (fl. 755), bem como Maria Duarte Alflen (fl. 756) e Nelson Albino (fl. 994).

Ora, há testemunhas afirmando que Josué chegou em casa por volta do meio-dia e que esteve em Blumenau no período da manhã. A vítima, num primeiro momento, sem dar certeza, reconheceu-o "por fotografia" e, em Juízo, disse não se tratar da pessoa que a manteve no interior do veículo. Então, o que se tem sobre este réu são apenas indícios incertos e não suficientes para se concluir pela sua participação no delito de extorsão consumada.

A própria jurisprudência e doutrina atestam ser temerários os reconhecimentos feitos por meio de fotografias, as quais, por vezes, retratam fisionomia totalmente diferente da verdadeira pessoa e isoladamente não têm forte valor probatório, podem e devem servir para corroborar os demais elementos que venham a ser produzidos durante a instrução criminal (RT 677/422), mas não como no caso em testilha, em que não há qualquer elemento forte de que Josué era a pessoa que lhe manteve no interior do veículo.

Assim, no que tange ao reconhecimento fotográfico, não se olvida da sua validade quando amparado em outra prova que seja segura, caso contrário é entendimento jurisprudencial que:

"Insuficiente a responsabilização penal do acusado, simples reconhecimento fotográfico efetivado na polícia, máxime quando não confirmado judicialmente. Impõe-se a absolvição, eis que o próprio reconhecimento legal previsto no art. 226 do CPP, quando existente, constitui prova de valor meramente relativo" (Tribunal de São Paulo, Ap. Crim. n. 58.105, de São Paulo).

Deste Tribunal de Justiça, colhe-se no mesmo diapasão:

"Revisão criminal. Reconhecimento fotográfico. Precariedade. Condenação. Inobservância das normas estatuídas no artigo 226 do Código de Processo Penal. Ausência de outros

elementos probantes. Absolvição decretada.

"É sabido que o velho costume de se reconhecer um indivíduo pelo simples confronto de fotografias exibidas à vítima, constitui método sumamente empírico, que tem propiciado os mais lamentáveis enganos e atirado, muitas vezes, ao cárcere, pessoas que mais tarde se veio a reconhecer completamente inocentes" (Ap. Crim. n. 1.890, de Criciúma, rel. Des. Ayres Gama, JC 54/488).

Do corpo do acórdão destaca-se:

"O Supremo Tribunal Federal decidiu que: 'o reconhecimento fotográfico é meio válido de prova, que deve, como todos os demais, sofrer o exame crítico do magistrado. Reconhecimento confirmado por provas diretas e circunstanciais, pode legitimar o convencimento do juiz para condenar o indiciado' (RTJ 93/571) (...)".

Esta Câmara, aliás, já decidiu:

"Apelação criminal. Delito de roubo em co-autoria. Reconhecimento fotográfico. Precariedade. Co-réu que se apresentava com o rosto coberto. Impossibilidade de se efetuar um reconhecimento com certeza. Absolvição mantida pela dúvida.

"O reconhecimento fotográfico é meio precário de prova, e somente pode conduzir à condenação quando presentes outras provas concretas acerca da autoria delitiva.

"Havendo dúvidas quanto à autoria delitiva, a absolvição se impõe. Em sede de direito penal, indícios, ainda que veementes, não são suficientes para a condenação, que exige certeza" (Ap. Crim. n. 28.290, de Tubarão, deste Relator, j. em 16/9/94).

Portanto, o reconhecimento indireto, feito por meio de exame de álbum de fotografias de delinqüentes exibidos pela polícia às vítimas, por si só, não autoriza a lavratura de decisão condenatória.

Josué, como os demais denunciados, foi absolvido do delito de extorsão tentada, haja vista sequer ter-se iniciado a execução do referido delito. Sua conduta ou participação não mereceu qualquer análise. Do mesmo modo, quanto ao crime de extorsão consumada há fortes dúvidas quanto a sua participação, pois, incertamente, reconhecido por fotografia pela vítima, na polícia, em Juízo, o ofendido afirmou não ser ele a pessoa que lhe manteve no interior de seu veículo.

Agora, quanto ao crime de quadrilha, ele foi desvendado pelo co-réu Elizeu, o qual narrou a conduta de cada denunciado, entretanto, este afirmou, em Juízo, veementemente que "Josué não participava desses encontros" (fl. 379).

Josué, por sua vez, sempre que foi inquirido, negou peremptoriamente qualquer envolvimento na quadrilha.

Não se olvida que indícios seguros servem para a prolação de decreto condenatório, porém sem qualquer prova conclusiva produzida no contraditório, e presentes contra-indícios, como no caso em tela, impossível, diante da fragilidade e com base em ilações e presunções, chegar-se à prolação de edito repressivo contra o acusado.

Embora existam fortes indicativos de que o apelado fosse um dos autores dos crimes, isto, por si só, não basta, no caso, à prolação do decreto condenatório, eis que não "pode haver condenação sem prova plena do crime e de sua autoria. Indícios, ainda que veementes, desautorizam-na" (RT 181/89), razão pela qual, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, devia mesmo ser absolvido dos delitos de extorsão consumada e de quadrilha armada, consoante vem reiteradamente decidindo a melhor jurisprudência, leia-se:

"Processual penal — Prova — Furto qualificado — Falta de prova da participação do réu no delito — Chamamento de adolescente que, por si só, não basta para a condenação — Princípio do in dubio pro reo — Absolvição decretada — Precedentes jurisprudenciais.

"Não basta a chamada do coréu. A condenação exige que ela venha alicerçada em indícios e circunstâncias convergentes e convincentes a respeito da participação.

"A condenação exige prova convincente capaz de gerar certeza, não bastando mera probabilidade" (Ap. Crim. n. 00.009648-2, de Fraiburgo, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 13/6/2000).

Seguindo essa mesma alheta, colaciona-se julgado também deste Sodalício:

"Roubo qualificado. Prova insuficiente para alicerçar o decreto condenatório. Absolvição.

"Tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é pacífico o entendimento de que a sentença condenatória criminal somente pode vir fundada em provas que conduzam a uma certeza. Até mesmo a alta probabilidade servirá como fundamento absolutório, pois teríamos tão-só um juízo de incerteza que nada mais representa que não a dúvida quanto à realidade.

"Recurso desprovido" (Ap. Crim. n. 99.022193-8, de Joinville, rel. Des. Francisco Borges, j. em 20/6/2000).

Traz-se, ainda, à colação, a seguinte decisão:

"Crime contra o patrimônio — Furto simples — Prova — Imputações deduzidas no inquérito, não repetidas em Juízo — Função do inquérito policial — Absolvição — Recurso ministerial não provido.

"Não se admite a condenação de alguém sem prova, mesmo que fraca, colhida durante a instrução criminal, onde se cumprem as garantias da ampla defesa e do contraditório.

"Se há referência à prática de condutas que tipificam o crime apenas no inquérito, sem repetição em Juízo, onde não se produziu qualquer prova de ação delitiva, a absolvição é o caminho que se impõe" (Ap. Crim. n. 99.022683-2, de Chapecó, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 29/2/2000).

E a doutrina não discrepa:

"A sentença condenatória criminal somente pode vir fundada em provas que conduzam a uma certeza. Até mesmo a alta probabilidade servirá como fundamento absolutório, pois teríamos tão-só um juízo de incerteza que nada mais representa que não a dúvida quanto à realidade.

"Note-se, como ficou mencionado linhas atrás, que a certeza exigida é a certeza moral e não a certeza absoluta. A sentença condenatória criminal deve ser 'moralmente certa' e não 'absolutamente certa', o que não seria possível.

"(...) Como disse Nelson Hungria, a dúvida é sinônimo de ausência de prova. E finaliza Pannaim: 'Se há dúvida, é porque a prova não está feita'.

"Concluindo: a condenação criminal somente pode surgir diante de uma certeza quanto à existência do fato punível, da autoria e da culpabilidade do acusado. Uma prova deficiente, incompleta ou contraditória, gera a dúvida e com ela a obrigatoriedade da absolvição, pois milita em favor do acionado criminalmente uma presunção relativa de inocência" (Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, in Da Prova no Processo Penal, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, págs. 64/5).

A solução, portanto, do caso, como fundamentado na sentença, não podia ser outra senão a absolvição, pois não é possível fundar edito repressivo em prova que não conduza à certeza, como afirmava Heleno Cláudio Fragoso, acrescentando: "este é um dos princípios basilares do processo penal em todos os países democráticos (...) A condenação exige a certeza e não basta, sequer, a alta probabilidade, que é apenas um juízo de incerteza de nossa mente em torno à existência de certa realidade. Que a alta probabilidade não basta, é o que ensina Walter Stree, em sua notável monografia In dubio pro reo, 1962, 19 (Eine noch so grosse Wahrscheinlichkeit genügt nicht)" (Jurisprudência Criminal, 3ª ed., vol. 2, pág. 806, n. 446).

E em que pesem os argumentos do Ministério Público a quo e o entendimento exposto pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, embora não tenha o acusado seguramente comprovado o seu álibi, igualmente não restou seguramente demonstrado que ele foi autor dos crimes em testilha.

Assim, não havendo elementos certos que permitam vislumbrar a participação do apelado nos crimes que lhe foram imputados, a aplicação do princípio in dubio pro reo era medida que se impunha, devendo, assim, ser mantida a sua absolvição.

Por fim, salienta-se que a defesa deste acusado, nas contra-razões ao recurso ministerial, assim se manifestou:

"No que concerne ao crime de porte ilegal de armas, no qual foi o mesmo condenado, esta defesa busca a reforma da sentença por não concordar com a imputação formulada" (fl. 1.558).

Porém, não houve apresentação de qualquer recurso tempestivo por parte do réu ou de seu defensor, razão pela qual não há o que se analisar no tocante àquele delito.

14 — Sem razão também o órgão ministerial, quando pretende ver o acusado Elizeu condenado ao crime de extorsão consumada, eis que a prova carreada no processado não é segura de que ele, como os demais réus, fez parte da perpetração criminosa.

Na primeira vez que foi interrogado, Elizeu negou a autoria do delito, alegando que era amigo de Ivan, tendo trocado telefonemas, relação que também era mantida entre suas mulheres (fl. 237). Ivan, da mesma forma, revelou ter com ele um bom relacionamento (fls. 243 e 244). Porém, numa segunda oportunidade, a seu pedido, foi novamente inquirido, tendo narrado a prática delituosa no tocante à quadrilha, mas não quanto à extorsão em apreço, leia-se:

"que o telefone 967-6162 foi adquirido pelo depoente, no início da expansão do plano de telefonia celular; que o n. anterior do telefone era 9730399; que faz três meses que foi trocado para 967-6162; que o depoente usou o telefone até receber um telefone convencional, mais ou menos dois anos atrás; que de lá para cá o telefone sempre ficou na posse do denunciado Ivan Pacheco, que era bem relacionado com o depoente; que a conta telefônica vinha no endereço do depoente; que o depoente então entregava a conta para Ivan, para pagamento; que na referida conta ainda era debitado valores devidos para TV por assinatura, Sky e Jornal de Santa Catarina; que o jornal ia direto para a casa de Ivan; que a televisão estava instalada na casa de Ivan também; que o depoente identificava a conta pelo n. constante no envelope; que o depoente é proprietário de um bar e nesse estabelecimento Ivan se reunia com pessoas (...) que comentavam o nome de Valdir, Conçuela, um filho da Conçuela, que dizem ser um cara forte, gordo (...) que na manhã dos fatos, Valdir, Rogério e Ivan estiveram no bar do depoente; que o depoente escutou Ivan falar para os dois ter ganho naquela manhã cinco mil reais; que com o celular Rogério e Valdir fizeram e receberam várias ligações; que deveria ser por volta das 10h30min; que ficaram por aproximadamente meia hora; que pediram um bife que foi feito pelo depoente; que o depoente não lembra o carro em que estavam Valdir e Rogério; que o depoente esclarece que primeiro chegaram Valdir e Rogério e depois Ivan; que os dois saíram antes e em seguida saiu do local Ivan (...) que antes de saírem Valdir falava ao celular 'vamos lá para o local que o pessoal está chegando'; que o depoente sabia que as pessoas que compareceram em seu estabelecimento davam golpes do 'chute', mas não sabia como o mesmo funcionava; que anteriormente este golpe foi dado por várias vezes; que de vez em quando se reunia no estabelecimento do depoente para estes golpes; que falaram que no golpe da manhã quem teria trazido a vítima foi um tal de 'Dr. Roberto'; que o depoente não sabe quem era a vítima; que também falavam muito num tal de 'Dr. Flávio'; que o depoente esclarece que de todos que eles tratam eram chamados de 'doutor'; que Ivan inclusive mostrou para o depoente um maço de dinheiro com notas dobradas; que às vezes quando se reuniam no bar do depoente, Ivan e os outros falavam 'hoje deu certo', então demonstravam muito contentamento (...) que quando se reuniam no estabelecimento do depoente, o tal de Dr. Flávio e Dr. Roberto, falavam que Conçuela tinha carteira de Promotora; que falavam que a mesma era de Joinville; que no momento da prisão do depoente não acompanhava Ivan e os demais; que quando os golpes davam certo o depoente sempre ganhava um

dinheiro a mais na hora de cobrar a conta; que nunca ganhou dinheiro para ficar quieto (...) que ninguém forçou o depoente a dar essas declarações o que faz de livre e espontânea vontade (...)" (fls. 379/380).

Na mesma data, Elizeu havia prestado o seguinte depoimento, perante a Corregedoria-Geral da Polícia Civil:

"Que o declarante é estabelecido no município de Porto Belo, já há aproximadamente 11 (onze) anos, sendo proprietário de um bar lanchonete; Que, por igual período alega conhecer o policial civil Ivan Pacheco; Que, Ivan era freqüentador regular de seu estabelecimento, usando dependência relativamente separada das instalações principais, para promover 'reuniões'; Que, tais reuniões, além da presença de Ivan contavam com a participação de pessoas diversas, que pode referir através dos nomes citados nessas ocasiões; Que, o declarante pode recordar-se da menção dos nomes 'Dr. Rogério, Dr. Valério, Dr. Luiz, Silvino, Dr. Carlos, Dr. Flávio, Carlinho, Rogério e Valdir' (...) Que, Valdir trata-se da pessoa envolvida no crime de estelionato consumado na data de 16 de junho do corrente ano (1999); Que, há aproximadamente um ano e seis meses o declarante cedeu a Ivan um aparelho e respectiva linha de telefonia celular, sem contudo formalizar tal transferência; Que, Ivan quitava as faturas telefônicas, não se preocupando o declarante com tais despesas; Que, o aparelho, em funcionamento regular foi devolvido ao declarante no curso da segunda quinzena do mês próximo passado; Que, o declarante tem conhecimento que nas reuniões referidas anteriormente o grupo engendrava 'golpes', traçando estratégias e atribuindo funções aos membros; Que o declarante tem conhecimento que a Ivan cabia o quinhão de 20% (vinte por cento) sobre o quantum obtido na prática criminosa; Que, Ivan teria dito ao declarante que essas quantias eram rateadas com os policiais plantonistas na ocasião da prática criminosa, podendo citar os policiais civis Jerusalém e Aires; Que, tal 'rateio' somente ocorria quando havia 'berro', ou seja quando as vítimas procuravam a ação policial (...) Que, o declarante admite que ao menos em quatro oportunidades recebeu ligações telefônicas da parte da indiciada Conçuela; Que, Ivan visitava o declarante quase sempre utilizando-se do automóvel Chevrolet Kadet de cor vermelha, que sabe ser de sua propriedade; Que, na data de 16 de junho do corrente ano, por volta do meio dia, no estabelecimento comercial do declarante, pôde presenciar Ivan manusear, considerável quantia em moeda nacional, que posteriormente soube aproximar-se de R$ 6.000,00 (seis mil reais); Que, pelo que pode recordar, tal grupo, contando com todos os nominados ou não, reuniu-se em seu estabelecimento ao menos em onze oportunidades, a fim de planejarem ações criminosas nos moldes da ocorrida na data de 16 de junho do corrente; Que, tais pessoas participantes dos 'encontros', sempre se apresentavam bem vestidas, sempre se tratando respeitosamente, referindo-se uns aos outros como 'Doutor'; Que, o declarante indagado especificamente sobre o conhecimento ou não de crimes desta mesma espécie praticados pelo grupo, pode referir-se as seguintes atividades delituosas: crime de es-

telionato, em que obteve-se a quantia aproximada de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), em que atuaram os elementos conhecidos por 'Dr. Luiz e Dr. Paulo', circunstância em que o quinhão de Ivan foi repassado em cédulas de R$ 100,00 (cem reais), comentando este policial com o declarante que o quantum alcançou a cifra de R$ 9.800,00 (nove mil e oitocentos reais) ou R$ 10.000,00 (dez mil reais) (...) alegando por fim o declarante ter recebido de 'Roberto' somente a quantia de R$ 300,00 (trezentos reais) (...)" (grifou-se) (fls. 465/467).

E por nova ocasião foi interrogado declarando que "reafirma as declarações prestadas às fls. 379/380. Que consegue reconhecer as pessoas que se reuniam juntamente com Ivan para articular e comemorar o sucesso dos golpes praticados. Que entregou o telefone celular à pessoa de Ivan, tendo este se comprometido a pagar uma conta de aproximadamente quinhentos reais que estavam pendentes sobre a linha; que Ivan ficou com o telefone por aproximadamente dois anos só o de- volvendo dois ou três dias após a prisão de Valdir" (fl. 478).

Pertinente ao depoimento do acusado, vê-se que implicitamente confessou a sua participação somente na quadrilha, que mais adiante será analisada, porém, quanto à extorsão consumada, não se vislumbra qualquer detalhe que demonstre que ele soubesse certeiramente da perpetração delituosa, pois sequer sabia quem era a vítima, onde contra ela seria investido, bem como qual seria a transação. Narrou detalhes de outros crimes mas não do delito descrito na exordial acusatória cometido contra a vítima Ricardo.

Ademais, não há nos autos qualquer indicação de que ele teve participação nesse crime, e, diante das suas declarações, impossível condenar-se o acusado Elizeu do crime de extorsão praticado contra a referida vítima, pois, embora tivesse conhecimento de que os demais acusados reuniam-se para cometer delitos, não há ampla comprovação de que ele também estava imbuído na prática da extorsão.

E embora, ao reconhecimento da co-autoria no crime não se reclama a participação efetiva de cada agente em cada ato executivo, podendo haver repartição de tarefas, restam dúvidas de que ele conhecia o procedimento ilícito que iria ser executado, ficando descaracterizada a co-autoria, pois inexiste indicativo de que ele empregou qualquer atividade para a realização do evento criminoso, não podendo ser considerado responsável pela sua prática, diante da incerteza de que agiu com forças concorrentes que adentraram no âmbito de sua consciência e vontade.

Ora, uma condenação não pode ser baseada em meros indícios ou "no que parece ser"; deve fundamentar-se em elementos seguros, convincentes de que realmente o suposto acusado é agente do crime que está sob análise.

E, no caso, em que pese o fato de o réu conviver com os demais denunciados, nem por isso se pode afirmar com convicção que estava praticando o ilícito sub judice, eis que todos os outros elementos probatórios convergem no sentido de prolatar-se a

sua absolvição, porquanto não restou claramente comprovado e evidenciado seu envolvimento com a extorsão apontada, tornando duvidosa a autoria do crime assestado ao acusado.

Nesses casos, e por tudo isso, é que o pronunciamento do non liquet se fazia necessário.

A jurisprudência de nosso Tribunal é uníssona nesse sentido, leia-se:

"(...) No processo criminal, máxime para condenação, 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 na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio" (Ap. Crim. n. 29.991, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 16/8/93).

E, tratando de casos bem assemelhados ao presente, já se decidiu no colendo Supremo Tribunal Federal:

"Ante a inexistência ou insuficiência dos elementos probatórios, deve o juiz, como ordinário efeito conseqüencial, proferir o non liquet" (RTJ 143/160).

Veja-se também:

"Ainda que plausível, em tese, a versão dada pela acusação aos fatos, deve prevalecer a presunção de inocência que milita em favor do réu quando o estado não prova, estreme de dúvida, o fato criminoso imputado na ação penal" (Ap. n. 126.465, TACrim, rel. Geraldo Ferrari).

Da lição de Heleno Cláudio Fragoso, citado por Camargo Aranha traz-se:

"Nenhuma pena pode ser aplicada sem a mais completa certeza dos fatos. A pena, disciplinar ou criminal, atinge a dignidade, a honra e a estima da pessoa, ferindo-a gravemente no plano moral, além de representar a perda de bens ou interesses materiais" (in Da Prova no Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 1994, pág. 67).

E completa, com a ensinança do jurista Alemão Eberhardt Schmidt: "constitui princípio fundamental do Processo Penal de que o acusado somente deve ser condenado quando o juízo, na forma legal, tenha estabelecido os fatos que fundamentam a sua autoria e culpabilidade, com completa certeza. Se subsistir ainda apenas a menor dúvida, deve o acusado ser absolvido" (obra já citada, pág. 64).

Assim, merece mantida a sentença absolutória impugnada, pois "ainda que plausível, em tese, a versão dada pela acusação aos fatos, deve prevalecer a presunção de inocência que milita em favor do réu quando o Estado não prova, estreme de dúvida, o fato criminoso imputado na ação penal" (Ap. n. 126.465, rel. Geraldo Ferrari — apud Camargo Aranha, obra já citada, pág. 67).

Portanto, não estando a culpabilidade do apelado quantum satis demonstrada, não há como dar provimento ao recurso ministerial, para condenar Elizeu pelo crime de extorsão consumada praticada contra a vítima Ricardo.

15 — Pugnou a defesa de Ivan Pacheco a sua absolvição, com base na anemia probatória. Entretanto, a montagem do quebra-cabeça contido na prova do feito, consistente em quatro volumes, permitiu a conclusão de que o apelante definitivamente foi co-autor do delito de extorsão consumada, pelo qual restou condenado, não lhe assistindo, por isso, melhor sorte.

Num primeiro momento o réu negou a autoria delitiva, afirmando que não conhecia os acusados Valdir e Izack (fase policial, fls. 69 e 70). Todavia, basta atentar-se para o restante da prova colacionada, para se retirar qualquer dúvida pertinente ao seu envolvimento com os denunciados.

O acusado Ivan (fl. 238), perante a autoridade judicial, negou novamente a autoria delitiva, alegando que naquele dia estava de folga e foi chamado para atender a uma ocorrência no Shopping das Águas, questão elucidada, na fase policial, pelas testemunhas Edsonir (fl. 87) e Mariane (fl. 89).

Porém, consta no processado o já citado reinterrogatório de Elizeu, o qual, sem titubear, declarou que tinha um telefone celular (n. 9676162), que repassou para Ivan, seu amigo, pessoa que no seu bar reunia-se com os demais comparsas, citando nomes de envolvidos nos delitos como Valdir, Conçuela e Márcio, e que no dia dos fatos Ivan e Valdir estiveram no estabelecimento, contando o primeiro que havia lucrado R$ 5.000,00 (cinco mil reais), e que "inclusive mostrou para o depoente um maço de dinheiro com notas dobradas" naquela manhã, acrescentando que em determinada oportunidade Valdir disse ao celular "vamos para o local que o pessoal está chegando" (fls. 379 e 380). Este mesmo réu, perante a Corregedoria-Geral da Polícia Civil, deixou expresso que Ivan era o mentor dos crimes contra o patrimônio (fls. 465/467).

Nessa última oportunidade, Ivan continuou negando os fatos (fls. 468/470) e, no seu reinterrogatório, afirmou só conhecer Elizeu, mencionando que este foi forçado a depor contra a sua pessoa (fl. 477), o qual, todavia, mais uma vez, confirmou a acusação (fl. 478).

Não restam dúvidas de que Ivan foi visto no mesmo local em que se encontravam Valdir e Izack, os quais pretendiam praticar mais um crime, consoante se infere dos testemunhos policiais de fls. 655/661, em Juízo. As testemunhas arroladas pela defesa de Elizeu relataram que Ivan freqüentava a sua lanchonete (fase judicial, fls. 751 e 752).

Os testigos indicados pela defesa de Ivan nada puderam esclarecer a respeito dos fatos (fls. 758 a 762); as demais testemunhas serviram apenas como abonatórias (fls. 1.173/1.175).

A ligação entre os denunciados restou límpida no feito. O advogado dos co-réus Valdir e Izack, na Corregedoria-Geral da Polícia Civil, coincidentemente declarou que foi chamado urgente na casa de um ex-policial, onde se encontrava Ivan; também coincidência! (fls. 826/829).

Apega-se a defesa ao documento acostado à fl. 331, ou seja, ofício do Delegado de Polícia remetido ao Juízo, no qual consta que a vítima Ricardo não o reconheceu como um dos meliantes, contudo prescindível a

presença do co-autor para caracterizar a sua participação no delito, mormente no caso do recorrente, o qual foi apontado pelo co-réu Elizeu como o mentor intelectual das empreitadas criminais, pouco importando também se o carro com o qual foi perpetrado o delito não lhe pertencia.

Como se sabe, co-autor é quem executa a ação ou omissão que configura um delito juntamente com outros elementos.

"Co-autoria 'é a realização conjunta de um delito por várias pessoas que colaboram consciente e voluntariamente' (Muñoz Conde, ob. cit., pág. 292). Cada co-autor é um autor e, por isso, deve apresentar as características próprias de autor. Isto significa que o co-autor é 'aquele autor que tem o domínio da realização do fato conjuntamente com outro ou outros autores, com os quais tem um plano comum e uma distribuição de funções na realização de mútuo acordo' (Juan Bustos Ramirez, ob. cit., pág. 331). Destarte, embora as contribuições dos co-autores para a concretização do fato criminoso possam materialmente variar, o resultado total deve ser debitado a cada um" (Alberto Silva Franco et alii, in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, pág. 194).

E dos melhores julgados, cita-se:

"A co-autoria não exige, necessariamente, a presença física do agente. Organizadores e chefes nem sempre precisam estar presentes em delitos planejados. Há distribuição de tarefa a cada membro, de forma que todos são concorrentes para o mesmo fim: êxito da empresa criminosa" (TACrimSP, RT 450/434).

Por fim, traz-se à colação artigo publicado in RT volume 761, Breves anotações sobre o concurso de pessoas, de autoria de André Luís Callegari (Advogado Criminal, Professor de Direito Penal na Universidade do Vale do Rio dos Sinos e na Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Doutorando em Direito Penal pela Universidade Autônoma de Madrid), veja-se:

"Considera autor todos os intervenientes que trazem uma contribuição causal na realização do tipo, com independência da importância que corresponda a sua colaboração no marco da totalidade do sucesso. Como conseqüência, a causalidade constitui o único critério de relevância jurídico-penal de um comportamento e o conceito de acessoriedade resulta supérfluo. Ao Juiz, confia-se o castigo de cada cooperador de acordo com a intensidade de sua vontade delitiva e a importância de sua contribuição ao fato" (pág. 455).

Continuando, assinala:

"Mir Puig, citando Jescheck, explica as conseqüências concretas da teoria do domínio do fato: 1) sempre é autor quem executa por sua própria mão todos os elementos do tipo; 2) é autor o co-autor, que realiza uma parte necessária da execução do plano global (domínio funcional do fato), mesmo que não seja um ato típico em sentido estrito, mas participando em todo caso da comum resolução delitiva (...).

"Também a co-autoria baseia-se no domínio do fato, mas, posto que em sua execução vários intervêm,

o domínio do fato tem que ser comum. Cada co-autor domina o sucesso total em união com outra ou outras pessoas. A co-autoria consiste assim em uma 'divisão de trabalho', que é o que chega a fazer possível o fato, ou lhe facilita, ou reduz notavelmente o seu risco. Requer, no aspecto subjetivo, que os intervenientes vinculem-se entre si mediante uma resolução comum sobre o fato, assumindo cada qual, dentro do plano conjunto, uma tarefa parcial, mas essencial, que o apresenta como co-titular da responsabilidade pela execução de todo o sucesso" (págs. 458/9).

E finaliza:

"Para que ocorra o concurso de pessoas é necessária a concorrência de mais de uma pessoa na execução de uma infração penal. Não necessariamente todos praticam atos executórios do delito, pois enquanto alguns desenvolvem a ação descrita do verbo nuclear do tipo, outros realizam atividades acessórias (atípicas inicialmente), contribuindo de outro modo para o resultado, mas respondendo pelo fato típico em razão da norma de extensão do concurso" (pág. 468).

Desse modo, caem por terra os álibis trazidos pelo acusado, com o intuito de dizer que não perpetrou o delito em questão.

Nesse sentido, apresenta-se a melhor jurisprudência, veja-se:

"Quem invoca um álibi, para recusar a co-autoria ou a participação em delito, não o provando, faz despontar indício de má justificação, a ser utilizado contra o réu" (RJDTACrim 16/214).

É o entendimento deste Tribunal:

"É sabido que ao Ministério Público cabe o ônus da prova da materialidade do fato e sua autoria, enquanto que ao acusado incumbe a prova de fatos extintivos ou impeditivos da imputação. Assim, cabe ao acusado que fundamenta a sua defesa em fato singular e contrário ao que normalmente ocorre em circunstâncias semelhantes, o ônus da prova do argumento" (Ap. Crim. n. 18.628, de Pomerode, rel. Des. Tycho Brahe, in JC 42/396).

Veja-se da jurisprudência desta colenda Câmara a respeito da negativa de autoria:

"Estelionato na forma fundamental — Concurso de agentes — Negativa de autoria — Participação do apelante, na qualidade de mentor intelectual, comprovada tanto pelo depoimento dos co-autores, como pela prova testemunhal e documental — Co-autoria devidamente evidenciada — Crime tipificado — Absolvição pela dúvida inviável — Condenação mantida — Recurso desprovido" (Ap. Crim. n. 98.006192-0, de Itajaí, deste Relator, j. em 22/9/98).

Ora, a delação do co-réu Elizeu aliada aos demais elementos presentes no caderno processual é suficientemente satisfatória para formar um juízo de convicção. Ademais, é cediço, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que a delação ou a "chamada do co-réu" tem o mesmo peso das outras provas colhidas desde que não inspirada por razões de ódio ou vingança.

O entendimento doutrinário assim se direciona:

"O interrogatório do acusado pode, também, ter valor probatório em relação a outro personagem do crime:

se o acusa, temos 'a chamada do co-réu'".

E prossegue:

"A clássica chamada do co-réu implica a confissão da responsabilidade por parte de quem a faz. Por conseguinte, a primeira condição necessária para que ela seja verdadeira, é que verdadeira seja a confissão, a segunda é que não seja inspirada em razões de ódio e a terceira é que não mascare o escopo oculto de atenuar a responsabilidade própria. De um modo geral, pode, portanto, afirmar-se que, quando concorrem estas três condições, a chamada do co-réu é um elemento probatório de confiança" (Altavilla, in Psicologia Judiciária, Coimbra, trad. de Fernando Miranda, vol. 3, págs. 177/8).

Julio Fabbrini Mirabete também tece alguns comentários acerca da delação:

"Na confissão pode ocorrer também a delação, ou seja, na afirmativa feita pelo acusado, ao ser interrogado em Juízo ou na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa. Trata-se de prova anômala, admissível, sem qualquer previsão ou regulamentação legal (...) Não há dúvida, porém, que a delação é de grande valor probatório, podendo servir de suporte para a condenação, principalmente quando harmoniosa e coerente, encontrando apoio na prova circunstancial" (in Processo Penal, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 286).

A jurisprudência não diverge desse entendimento:

"(...) Concurso de agentes. Continuidade delitiva. Prova segura apontando o apelante como um dos autores. Condenação mantida. Recurso desprovido. A chamada do cúmplice deve ser aceita desde que não haja razões de inimizade entre o depoente e o indivíduo a quem se refere" (Ap. Crim. n. 27.369, de Tubarão, rel. Des. Nilton Macedo Machado, publ. no DJSC n. 8.623, de 16/11/92, pág. 11).

E ainda nesse sentido cita-se:

"(...) Concurso de agentes. Autoria comprovada.

"Ainda que negada, é de ser considerada certa a autoria quando, além de fortes indícios, os demais co-réus confirmam a presença do recorrente nas ações delituosas (...)" (Ap. Crim. n. 28.879, de Balneário Camboriú, rel. Des. José Roberge, j. em 27/11/92).

E mais, seguindo a mesma orientação:

"Prova — Confissão de co-réu — (...) Palavra coerente, harmoniosa e apoiada na prova circunstancial colhida nos autos — Validade probatória da delação reconhecida" (RT 660/330).

Por fim, do Estado de São Paulo extrai-se:

"Prova — Delação de co-réu — Validade — A delação de co-réu, quando feita sem o escopo liberatório do delator, reconhecendo sua dose de culpabilidade na ação delituosa, é elemento probatório de inequívoca validade na formulação da convicção do julgador, em relação a conduta do delatado" (RJDTACrim 18/77).

Por derradeiro, quanto à alegada fragilidade das provas, colaciona-se:

"É irrelevante a existência de poucas provas, para que seja o réu condenado, pois, na aferição do conjunto probatório, o que prevalece é a idoneidade, segurança e harmonia para se tirar a conclusão e firmar a certeza para o desate da demanda, sendo que a prova não se mede pelo seu volume, mas pela sua qualidade, clareza e seriedade, mesmo porque todo malfeitor da sociedade sempre busca não deixar provas, ou dificultar o colhimento (...)" (RJDTACrim 16/138).

O egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em acórdão do Juiz Francisco Brito, in RT 673/357, a respeito da prova assim se posicionou:

"Prova indireta. Livre convencimento do juiz. É válido, de acordo com o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, que o Juiz forme sua convicção através de prova indireta, ou seja, a partir de indícios veementes que induzam àquele convencimento de maneira induvidosa (...) Já se decidiu que 'em matéria criminal, dado o sistema do livre convencimento que o Código adota, o valor da prova indiciária mostra-se em tudo igual ao da prova indireta' (acórdão do TJPR, in RT 261/342). Também o Tribunal de Justiça de nosso Estado manifestou-se no sentido de que 'pode o magistrado calcar seu veredicto em indícios e circunstâncias do factum probandum, se os mesmos são de tal monta a gerar convicção da verdade' (JMineira 71/160), bem como que 'a prova indireta, indiciária, circunstancial, poderá gerar a mesma convicção que a prova direta' (Minas Forense 30/135). 'Na hipótese, a falta de testemunhas oculares não tem nenhuma influência no sentido de beneficiar o réu, porque há indícios veementes de que só pode ter sido ele (...) Somente quando existem contra-indícios, trazendo eles profundas e fundadas dúvidas quanto à incriminação é que não se pode condenar; mas, no caso, não há contra-indícios (...)' (RT 611/397)".

Esta Corte de Justiça já assentou que "A sucessão de indícios coerentes e concatenados indicando a autoria com uma dose de certeza pode fundamentar a condenação, ainda mais no sistema do livre convencimento do julgador" (Apelação Criminal n. 00.003230-1, de São José do Cedro, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 18/4/2000).

Sobre o tema cita-se também:

"Penal (...).

"Processual — Prova — Princípio do livre convencimento — Precedentes jurisprudenciais — Recurso desprovido.

"Relativamente à análise e avaliação da prova, nosso Direito adotou o princípio do livre convencimento, baseado na fundamentação, lastreada nos autos do processo.

"Havendo crítica sã, raciocínio lógico, em forma de silogismo, demonstrando o magistrado os motivos do convencimento, é o que basta.

"Assim, pode o julgador optar por declarações no inquérito, desde que corroboradas por elementos produzidos ao crivo do contraditório (...)" (Ap. Crim. n. 99.012837-7, de Itajaí, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 29/2/2000).

O consectário do livre convencimento exsurge de um encadeamento lógico, que tranqüiliza a consciência do julgador, diante dos elementos constantes no processado.

Por oportuno, vale lembrar o ensinamento de Nicola Framarino Dei Malatesta, em sua festejada obra A Lógica das Provas em Matéria Criminal, ao depois de dizer que poucos acontecimentos ocorrem por nossa visão direta, que "entre uma coisa e outra existem fios secretos invisíveis aos olhos do corpo, mas 'visíveis aos do espírito, fios tênues que são o meio providencial pelo qual o espírito chega à conquista do ignoto; fios tênues, percorrendo o espírito humano, partindo daquilo que conhece diretamente, chegando ao que diretamente não pôde perceber. É por estes caminhos invisíveis aos olhos do corpo, que o espírito humano, encontrando-se diante das causas, se dirige através do pensamento, aos seus efeitos, e, estando diante dos efeitos orienta-se à reflexão das causas'" (citado no voto da Apelação n. 1.043.783/6, in RT 744/602).

Assim, evidente que o apelante desempenhou papel fundamental na empreitada criminosa denunciada quando, motivado pela obtenção de lucro fácil, passou a planejar e organizar a prática delitiva, utilizando-se de seus conhecimentos como policial, o que lhe possibilitou, temporariamente, segurança de qualquer suspeição, uma vez que policial "é pago pelo Estado justamente para coibir condutas criminosas e não delas participar em posição de destaque" (STJ — HC n. 15.586, do Rio de Janeiro, Sexta Turma, Min. Fernando Gonçalves, publ. no DJU de 16/4/2001, pág. 118).

Portanto, claro restou que o apelante em tudo pactuou, tendo organizado o crime que foi cometido mediante grave ameaça de emprego de arma de fogo, caindo por terra todos os argumentos trazidos pela defesa nas suas contra-razões, motivo por que a sua condenação pelo delito descrito no art. 158, § 1º, do Código Penal, era medida que se impunha.

16 — De idêntico modo, não merece provimento o recurso interposto pela defesa de Izack e Valdir, pretendendo as suas absolvições pelo delito de extorsão consumada, eis que a prova contida no feito é por demais sólida a dar guarida à pretensão favorável.

Inicialmente, esclarece-se que Izack foi flagrado portando arma de fogo (termo de apreensão de fl. 16 e depoimentos de fls. 17 a 23 e 652/ 661, nas fases policial e judicial); com ele foi também aprendido um telefone celular (9717503, fl. 44), sendo que com a co-ré Conçuela foi encontrado bilhete no qual estava escrito o respectivo número, verificando-se também que Conçuela fez-lhe diversas ligações (fls. 147, 149/152 e 174/176).

Mas primordial ao deslinde da questão foi o reconhecimento da própria vítima Ricardo, perante a autoridade policial, a qual relatou que, ao encontrar Izack, este se apresentou como o motorista da pessoa com quem negociou a transação, dizendo "que iria levar o declarante até o depósito onde estava o material a ser vendido; que tão logo deixaram o shopping, o rapaz mandou que o declarante adentrasse a uma via secundária, estrada de terra, que segundo ele, era o trajeto para chegar até o local onde estava a

carga", quando, então, ocorreu a consumação delitiva, tendo Izack determinado "que parasse o carro e, descesse; que notou que esse rapaz que estava em sua companhia também estava armado", sendo posteriormente o seu veículo conduzido por Valdir, o qual reconheceu no momento que prestou o depoimento, apanhando ambos o dinheiro que estava no porta-malas do automóvel, oportunidade em que ressaltou que reconhecia pessoalmente também o acusado Izack "como o elemento que o apanhou no shopping e que usou de um revólver calibre 38" (fls. 59/61), conforme consta também no auto de fl. 62.

Não fossem essas declarações de principal importância, há também a delação do co-réu Elizeu, o qual demonstrou que Valdir foi um dos autores do crime em questão (fls. 379/380 e 465/467).

Ao ser interrogado Izack negou a autoria delitiva, bem como o porte da referida arma, afirmando que sofreu agressões físicas na delegacia de polícia (fls. 246 e 247). Elizeu e Ivan alegaram não conhecê-lo (fls. 379/380 e 69/70, respectivamente), sendo que as testemunhas arroladas pela defesa nada puderam elucidar sobre os fatos, servindo, quando muito, como abonatórias (fls. 1.282/1.284).

Na fase judicial Valdir negou a autoria delitiva ou que conhecesse os demais acusados (fl. 245). A testemunha trazida pela sua defesa nada esclareceu sobre os acontecimentos, versando seu depoimento apenas em abono da sua conduta (fl. 1.101v.).

Ora, os argumentos defensivos aventados pelos acusados e pela defesa, consistentes na negativa de autoria, bem como na irrelevância que o decisum condenatório deu ao teor dos testemunhos defensivos, alegando, outrossim, que a vítima Ricardo não comprovou que fez o pagamento da quantia que seria destinada ao negócio, são totalmente inconsistentes. As testemunhas arroladas pela defesa, como já esposado, não relataram qualquer detalhe com o condão de modificar a descrição feita na exordial acusatória. E se a vítima teve extorquido o dinheiro que trouxe para a transação, a princípio legal, impossível comprovar o aludido pagamento, o qual não houve, uma vez que o dinheiro foi-lhe retirado sob ameaça (extorquido). A simples negativa de autoria não tem o poder de excluir a responsabilidade criminal dos réus pelo delito em apreço, especialmente, no caso em tela, em que o ofendido narrou em minúcias toda a empreitada dolosa, tendo, sem hesitação, reconhecido ambos como os autores do ilícito.

Ora, nada foi dito contra a credibilidade das palavras da vítima, sendo sabido que as suas declarações merecem crédito, sendo sumamente valiosas quando incidem sobre o proceder de desconhecidos, em que o único interesse do lesado é apontar os verdadeiros culpados e narrar-lhes a atuação e não acusar pessoas inocentes.

Acerca da importância dessas declarações, Antônio Scarance Fernandes pondera:

"A oitiva da vítima não é imprescindível, mas deve ela sempre que possível ser ouvida.

"Interessa à justiça que preste declarações. Suas palavras importam muito, pois, de regra, tem ela conhe-

cimento direto do fato e de seu agente. Pode, assim, influir decisiva- mente na solução final" (in O Papel da Vítima no Processo Penal, São Paulo: Malheiros, 1995, pág. 220).

Também a respeito da credibilidade das palavras da vítima nos crimes contra o patrimônio, extrai-se:

"A vítima é sempre pessoa categorizada a reconhecer o agente, pois sofreu o traumatismo da ameaça ou da violência, suportou o prejuízo e não se propõe a acusar inocente, senão procura contribuir — como regra — para a realização do justo concreto" (RT 739/626).

E sendo certo que comete o crime de extorsão quem "Pratica ameaça àquele que pretende somente incutir medo ou temor ao sujeito passivo; já o que leva a mira obrigá-lo a procedimento positivo, consistente na obtenção de vantagem indevida, perpetra o delito de extorsão, que absorve, com seus elementos integrantes, as figuras penais de ameaça e de constrangimento ilegal" (TASP — Ap. Crim. n. 1.065.353/3, rel. Des. Carlos Biasotti, j. em 30/10/97, AJURIS — Banco de Dados Jurisprudenciais da Associação dos Juízes do RS), o que exatamente restou comprovado no caso em testilha, com relação aos acusados Izack e Valdir, afasta-se o argumento da fragilidade de provas para embasar a condenação, mormente porque as palavras da vítima, firmes e seguras dando conta da prática delituosa por parte dos apelantes, reconhecendo-os pessoalmente, é prova cabal dos seus envolvimentos com os demais comparsas na prática delitiva contra si empregada.

As sevícias alegadas pela defesa de Izack em nada influenciam na conclusão do caso, eis que ele sempre negou a autoria delitiva.

Por esses motivos, é de manter-se a condenação de ambos no referido crime.

Todavia, requereu, ainda, a defesa, que fossem excluídas as anotações (colchete e ponto de interrogação) feitas pelo Sentenciante no quarto parágrafo da página 1.242, referentes às razões finais, alegando tal atitude antiética, ilegal, impertinente e parcial.

Entretanto, destaca-se que o ordenamento processual penal nada regulamenta a respeito do assunto e pelo Código de Processo Civil, o Juiz, de ofício, pode ordenar que se exclua determinadas expressões utilizadas pelas partes (art. 15).

Assim, não havendo norma que vede anotações por parte do Magistrado, não consistiu em ilegalidade seu ato, a contrario sensu bem demonstra que dessa forma procedeu para enfatizar seu estudo no presente feito que é extremamente volumoso.

17 — Pretendem, ainda, os co-réus Conçuela, Márcio, Izack, Valdir, Ivan e Elizeu desconstituir a decisão que os condenou no delito de quadrilha armada.

Analisando-se cuidadosamente todos os elementos contidos no processado, chega-se à conclusão de que os apelantes faziam parte da quadrilha armada, devendo por isso ser mantida a sentença no tocante à condenação ao crime disposto no art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

Consoante a doutrina, acerca do delito em tela:

"O núcleo do tipo é associar-se, que significa unir-se, ajuntar-se, reunir-se. É necessária a reunião de mais de três pessoas, caracterizando a quadrilha ou bando, ou seja, exige-se, no mínimo, quatro pessoas. Entende-se por quadrilha ou bando a 'reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes' (Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, vol. IX, Rio, Forense, 1959, pág. 177). A associação tem como objetivo a prática de crimes, excluídos a contravenção ou atos imorais" (Luiz Regis Prado, in Código Penal Anotado e Legislação Complementar, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág. 849).

Continuando na lição, ressalta o autor:

"A associação de forma estável e permanente, bem como o objetivo de praticar vários crimes, é o que diferencia o crime de quadrilha ou bando da co-autoria. A incidência da qualificadora (parágrafo único) não requer que todos os integrantes da quadrilha estejam armados (...)" (obra já citada, pág. 850).

No caso, ao contrário do que sustentam as defesas dos réus, pela perfeita explanação do órgão ministerial e pelo elenco probatório, infere-se que os denunciados, entre outros indivíduos, associaram-se para o fim de praticar extorsões à mão armada, dentre as quais a que restaram aqui condenados: contra a vítima Ricardo José dos Santos Scott.

Impende ressaltar que a união dos acusados revestiu-se da qualidade de permanência, eis que há necessidade da "efetiva existência de um concerto de vontades, de um liame psicológico, de uma ligação efetiva no afã da prática de crimes pelos envolvidos", para a tipificação do delito sub examen, "e isso está devidamente evidenciado" pelo elenco de provas amealhado.

A organização criminosa formada pelos acusados veio à tona, porque, como já explanado, uma das pessoas que seria a próxima vítima do "golpe", desconfiada, entrou em contato com a polícia que conseguiu deter Valdir e Izack antes que praticassem qualquer ato executório. Na ocasião, com eles foram apreendidos aparelho celular e arma de fogo (termos de fls. 44, 54/46 e 16, respectivamente) e no mesmo local encontrava-se Ivan (fls. 69/70, 85 e 367/368). Naquela oportunidade Valdir declarou aos policiais que Conçuela e Márcio, que estavam próximos ao local, também iriam perpetrar o delito (depoimentos dos policiais de fls. 17/23, 652 e 654/661). Com a ré foi apreendido um aparelho celular (9645708, fl. 45) e bilhete com vários números de telefones, entre eles os que mantinham contato com a vítima Ricardo (depoimentos de fls. 59/61 e 652/661), o de Elizeu, que também era utilizado por Ivan e o de Izack (termo de apreensão de fls. 54/56v.). Por outro lado, a vítima Ricardo reconheceu Izack e Valdir (fls. 59/61, 685 e verso).

Todos negaram que faziam parte da quadrilha, bem como a autoria de qualquer delito, porém Elizeu, proprietário de uma lanchonete, relatou como tudo ocorria: Ivan, seu co-

nhecido e mentor intelectual, reunia-se no seu estabelecimento com os demais meliantes, onde trocavam telefonemas e depois de concretizados os delitos, para lá iam festejar o sucesso, exibindo-se e vangloriando-se com o lucro ilegalmente obtido com as empreitadas criminosas, vejam-se partes, que ainda não foram referidas, do seu depoimento:

"(...) que o depoente sabia que as pessoas que compareceram em seu estabelecimento davam golpes do 'chute' (...) que anteriormente este golpe foi dado por várias vezes; que de vez em quando se reunia no estabelecimento do depoente para estes golpes (...) que às vezes quando se reuniam no bar do depoente, Ivan e os outros falavam 'hoje deu certo', então mostravam muito contentamento (...) que quando os golpes davam certo o depoente sempre ganhava um dinheiro a mais na hora de cobrar a conta (...)" (em Juízo, fls. 379 e 380);

"que reafirma todas as declarações prestadas às fls. 379/380. Que consegue reconhecer as pessoas que se reuniam juntamente com Ivan para articular e comemorar o sucesso dos golpes praticados (...)" (fase judicial, fl. 478);

"(...) Que, o declarante tem conhecimento que nas reuniões referidas anteriormente o grupo engendrava 'golpes', traçando estratégias e atribuindo funções aos membros; Que, o declarante tem conhecimento que a Ivan cabia o quinhão de 20% (vinte por cento) sobre o quantum obtido na prática criminosa (...) Que, o declarante admite que ao menos em quatro oportunidades recebeu ligações telefônicas da parte da indiciada Conçuela (...) Que, pelo que pode recordar, tal grupo, contando com todos os nominados ou não, reuniu-se em seu estabelecimento ao menos em onze oportunidades, a fim de planejarem ações criminosas nos moldes da ocorrida na data de 16 de junho do corrente (...) Que, o declarante indagado especificamente sobre o conhecimento ou não de crimes desta mesma espécie praticados pelo grupo, pôde referir-se às seguintes atividades delituosas: crime de estelionato, em que obteve-se a quantia aproximada de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), em que atuaram os elementos conhecidos por 'Dr. Luiz e Dr. Paulo', circunstância em que o quinhão de Ivan foi repassado em cédulas de R$ 100,00 (cem reais), comentando este policial com o declarante que o quantum alcançou a cifra de R$ 9.800,00 (nove mil e oitocentos reais) ou R$ 10.000,00 (dez mil reais) (...) alegando por fim o declarante ter recebido de 'Roberto' somente a quantia de R$ 300,00 (trezentos reais) (...) Que, em outra feita, também através de comentários realizados por Ivan, o grupo criminoso teria obtido U$ 20.000 (vinte mil dólares americanos); Que, também a partir de comentários efetuados abertamente no local onde efetuavam-se as reuniões do grupo (sala de jogos, no estabelecimento do declarante), soube que 'Dr. Carlos', 'Carlinho', Roberto e Ivan Pacheco teriam obtido criminosamente a quantia de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais); Que, indagado o declarante sobre alguma peculiaridade acerca dos crimes de estelionato praticados pelos integrantes do grupo já mencionado, este pôde recordar-se, especifi-

camente de uma suposta transação comercial envolvendo 'tripas' bovinas, praticada por dois elementos que desconhece, auxiliados pelo elemento conhecido por 'Dr. Flávio' e Ivan Pacheco; Que, acerca do delito desta mesma espécie, recorda-se também de suposta venda de lote de motosserras da marca Sthil, no montante aproximado de R$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), transação levada a cabo pelos elementos 'Dr. Flávio', 'Dr. Roberto' e Ivan Pacheco, circunstância, outrossim, em que o declarante ao observar o interior de um veículo Chevrolet Monza de cor escura, identificou uma caixa com a gravura descritiva de uma motosserra (...)" (Corregedoria-Geral da Polícia Civil, fls. 465/476).

Desnecessário dissertar-se mais sobre a delação do co-réu e, por outro lado, pelos extratos telefônicos, constatou-se diversas ligações entre os meliantes, bem como com as vítimas: Conçuela para Izack (fls. 147, 149/152 e 174/176); Elizeu para Conçuela (fls. 116, 118, 134/140, 144, 146, 147 e 149/152); Conçuela para as vítimas (fls. 122, 126 e 128); Elizeu para Ivan (fls. 118, 160, 168, 171 e 170); Luzia (de Minas Gerais) para Elizeu (fls. 121, 123, 125/128, 160, 168 e 171) .

Este foi só o começo da constatação de que os acusados vinham, estavelmente e em conluio, praticando diversos delitos no Estado.

Verifica-se perfeitamente a ligação forte entre os denunciados, especialmente pela extorsão cometida contra a vítima Ricardo e pela extorsão que iriam praticar contra a vítima Luzia.

À exceção de Ivan e Elizeu (fls. 237, 243 e 244), não obstante os denunciados negarem que se conheciam, alguns detalhes levam à conclusão de que entre todos os apenados e outros elementos não identificados havia uma associação permanente, tanto que formaram a organização criminosa em tela.

Elizeu confirmou que seu telefone celular era utilizado por Ivan (fls. 379/380, 465/467 e 478). O defensor de Izack e Valdir, na Corregedoria-Geral da Polícia Civil, implicitamente delineou a ligação entre todos os condenados (fls. 826/829).

A negativa por parte de Márcio, filho de Conçuela, o qual alegou que estava com esta, que tinha o intuito de comprar um terreno, é argumento isolado nos autos (fls. 48 e 49). Aliás, quando ouvido pela autoridade judicial afirmou que iam ver um apartamento (fls. 239 e 240). Importante ressaltar também que, mesmo, conforme alegou, ser injustamente apontado por Valdir como um dos integrantes da quadrilha, Márcio ainda assim emprestou sua jaqueta ao comparsa Izack que estava com aquele; fato também confirmado por este, que, por sua vez, negou conhecê-lo (fls. 50 e 51). Ademais Elizeu disse que seu nome era pronunciado nas reuniões — o filho forte da famosa Conçuela (fls. 379 e 380).

Conçuela, na fase policial, também alegou que iria comprar um terreno, afirmando não conhecer Izack e Valdir (fls. 46 e 47), e depois em Juízo disse que se tratava de um apartamento (fls. 241 e 242).

Ora, dos elementos carreados ao caderno processual, evidente que houve a associação não eventual com aderência dos apenados e demais envolvidos não identificados, para a prática de um número indeterminado de delitos, os quais somente não continuaram ocorrendo em razão da pronta intervenção da polícia, que logrou prender parte do bando.

No entendimento dos tribunais, para a caracterização do delito do art. 288 do Estatuto Penal, "é suficiente a preparação estável, pois a habitualidade não é requisito do crime (TJSP, RJTJSP 68/380). Basta a associação em caráter estável e permanente, reveladora da ameaça que sempre se renova (TACrimSP, RT 505/352)" (Celso Delmanto, in Código Penal Comentado, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, pág. 437).

Os péssimos registros criminais de alguns dos denunciados, na sua maioria em infrações contra o patrimônio, reforçam ainda mais a tese acusatória da formação de quadrilha, visando à prática de delitos contra o patrimônio, vejam-se:

a) Elizeu: Processo Crime n. 072.92.000060-8, reincidente nos crimes de furto e receptação (certidão de fl. 956);

b) Izack: condenações pelos crimes de tentativa de extorsão e quadrilha no Processo Crime n. 3.830/98 (certidões de fls. 34 e 39, sentença de fls. 75/79, fl. 1.086); e

c) Valdir: condenado por furto, falsificação e estelionato (registro de fl. 66); Processo Crime n. 0001, condenado por roubo circunstanciado; Processo Crime n. 3.889, condenação nos arts. 329 e 333 do Código Penal; Processo Crime n. 033.99.002579-1, suspenso nos termos da Lei n. 9.099/98, como incurso na tentativa de estelionato (certidões de fls. 82 e 1.091); Inquérito Policial n. 080/80; Auto de Prisão em Flagrante n. 043/87, por lesões corporais, ameaça e art. 331 do Código Penal; Inquérito Policial n. 029/70, incurso nos crimes de furto e estelionato; Inquérito Policial n. 224/79, acusado por roubo (certidão de fl. 83); Processo Crime n. 4.302, reincidência por estelionato (certidão de fl. 1.163).

As circunstâncias em que se deram os fatos aqui denunciados, a forma em que ocorreu a prisão dos réus, as informações de que a amizade de alguns dos acusados materializou-se sem sombra de dúvidas, aliadas à prova oral e telefônica coletada, atestam a estreita e livre união entre eles, com o fim comum de cometimento dos crimes contra o patrimônio, o que, à evidência, caracteriza a permanência do vínculo associativo, não havendo como se absolver Conçuela, Márcio, Elizeu , Valdir, Ivan e Izack do crime descrito no art. 288, parágrafo único, do Código Penal.

Esse órgão fracionário assim já se manifestou:

"(...) Crime de quadrilha. Tipo autônomo e permanente. Estabilidade da aliança entre seus membros demonstrada (...)" (Ap. Crim. n. 28.905, de Chapecó, rela. Desa. Odete Maria de Oliveira, j. em 21/5/93).

Nesse mesmo diapasão coloca-se desta colenda Câmara:

"(...) Crimes contra o patrimônio. Quadrilha armada e roubos de caminhões qualificados pelo uso de arma e concurso de pessoas.

Seqüestro. Crimes cuja autoria e materialidade estão estampadas nos autos. Condenações mantidas (...).

"2. Tratando-se de quadrilha armada, destinada a praticar roubos de caminhões, mediante violência aos motoristas, havendo, inclusive, um caso de seqüestro, e demonstrando os autos, de forma inequívoca, a autoria e materialidade dos crimes, há que ser mantida a condenação (...)" (Ap. Crim. n. 97.006873-5, de Chapecó, rel. Des. José Roberge, j. em 26/2/98).

Seguindo essa mesma alheta, tem-se:

"No crime de formação de quadrilha ou bando pouco importa que os seus componentes não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa ou que cada um desempenhe uma tarefa específica. O que importa verdadeiramente é o propósito deliberado de participação ou contribuição, de forma estável e permanente, para o êxito das ações do grupo" (RT 655/319).

Por fim, de acórdão da Primeira Câmara Criminal, da lavra do Exmo. Sr. Des. Paulo Gallotti, hoje integrante do Superior Tribunal de Justiça, retira-se:

"Para o reconhecimento do crime de quadrilha ou bando, basta a caracterização do vínculo associativo estável e permanente, com o fim de praticar indeterminado número de crimes, entre quatro ou mais indivíduos, prescindindo-se da análise de como cada um dos concorrentes houve por participar nas ações do grupo.

"(...) A impossibilidade de identificação de alguns dos seus membros não impede a condenação pelo crime de quadrilha, desde que certa a existência e a intervenção dessas pessoas na societas delinquentium (...)" (Ap. Crim. n. 97.008566-4, de Blumenau, j. em 23/9/97).

A incidência da qualificadora delineada no parágrafo único, por ser a quadrilha em análise "armada", era mesmo de ser reconhecida, eis que o elenco de provas amealhadas dão conta de que vários dos integrantes do bando faziam o uso de armas de fogo, tendo sido inclusive apreendidos alguns dos instrumentos ofensivos.

Por outro lado, no dizer de Nelson Hungria, citado por Julio Fabbrini Mirabete, "basta que um só dos integrantes da quadrilha esteja munido de arma para que se reconheça a qualificadora", considerando, ainda, Mirabete, que "deve-se reconhecer que o bando é armado, quando, pela quantidade de membros que portem armas ou pela natureza da arma usada, seja maior o perigo e o temor causado pelos malfeitores" (in Manual de Direito Penal, 7ª ed., São Paulo: Atlas, vol. 3, págs. 191/2).

E, no caso, os integrantes da quadrilha portavam armas quando do crime cometido contra a vítima Ricardo, bem como quando estavam a caminho da prática que seria cometida conta a vítima Luzia, pelo que perfeitamente caracterizada a qualificadora em apreço.

Da jurisprudência do nosso Tribunal coleta-se:

"O aumento de pena pelo fato de ser armada a quadrilha justifica-se por sua maior potencialidade ofensi-

va, sendo suficiente ao seu reconhecimento a disponibilidade de armamento pelo bando, pouco importando qual dos integrantes seja seu proprietário" (Ap. Crim. n. 97.008566-4, de Blumenau, rel. Des. Paulo Gallotti, j. em 23/9/97).

Inconsistente a alegação de que a delação de Elizeu foi obtida ilegalmente, ante a ausência do Juiz Presidente do feito, e que tudo não passou de um acordo feito entre o Ministério Público e o Corregedor da Polícia, mediante coação psicológica, razão pela qual a acoimaram de nula, porque colhida sem o contraditório, e, ainda, ao argumento de que os denunciados não se conheciam.

Este co-réu, às fls. 379 e 380, ao prolator da sentença delatou toda a organização, tendo ressaltado ao final de seu interrogatório que "ninguém forçou o depoente a dar essas declarações o que faz de livre e espontânea vontade". Posteriormente, no reinterrogatório, disse que "reafirma todas as declarações prestadas às fls. 379/380" (fl. 478).

Não há, portanto, falar em acordo ou qualquer ilegalidade ou desvalia dos interrogatórios suso citados, servindo sim como meio de prova para a condenação, não só sua mas como dos demais acusados.

Improcedente também a argüição pela defesa de Márcio e Conçuela de que a sentença é omissa, porque ninguém conhecia ninguém. Esse aspecto já restou superado. Ou então que a decisão é contraditória, haja vista Izack não ter apontado ambos como co-autores. Também ficou clara a evidência de que eles faziam parte da quadrilha, eis que os policiais foram unânimes e firmes nas declarações quanto a este fato, inexistindo qualquer abuso de autoridade. Pouco importa, de igual forma, se a vítima Ricardo não os reconheceu, entendendo necessária acareação, porquanto não foram sequer denunciados por este delito, sendo irrelevante qualquer argumento indicado contra o registro do boletim de ocorrência. Impossível, de igual modo, admitir-se a versão apresentada por Conçuela de que foi vítima de Izack, o qual se fez passar por Juarez para lhe vender um terreno.

Não há invalidar os depoimentos dos policiais, os quais relataram que Valdir apontou Conçuela e Márcio como integrantes do bando, eis que é sabido que as palavras destes têm valor probante como o relato de qualquer outra testemunha, desde que isentos de má-fé ou suspeição, como no caso, e pequenas contradições ocorridas sobre os fatos não são suficientes para afastar a credibilidade das suas declarações.

Nesse norte já decidiu este egrégio Tribunal:

"Pequenos desencontros nos depoimentos de policiais não retiram a validade da prova, posto que se referem a acontecimentos periféricos, não essenciais à caracterização do crime" (Ap. Crim. n. 32.940, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 11/10/93).

Cabia sim à defesa dos acusados a produção de prova eficiente para a desconstituição das declarações colacionadas, fato que não se concretizou. Dessa forma, plenamente válidos os indícios coletados e os testigos dos policiais como prova da autoria do ilícito imputado aos réus.

Colaciona-se da jurisprudência nesse vértice:

"Prova. Testemunho de policiais. Validade.

"Em sede de prova penal queda majoritário o entendimento de que os policiais não estão impedidos de depor sobre fatos de cujo conhecimento tomaram em decorrência de diligência que participaram, dando-se ao testemunho, no caso concreto, o valor que, como qualquer depoimento, merecer, tendo, portanto, peso probatório" (Ap. Crim. n. 32.718, de Criciúma, rel. Des. Alberto Costa, j. em 5/2/96).

Destaca-se também que a alegação de que se não foram condenados nos demais crimes não poderiam ser penalizados pela quadrilha é insubsistente, eis que sabidamente para caracterizar referido delito não há necessidade da comprovação de que tenha o agente praticado ilícito anterior. A sociedade em si é suficiente para caracterizar a infração organizada.

Delineando bem os elementos do tipo em quaestio o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

"Crime de quadrilha. Elementos de sua configuração típica. O crime de quadrilha constitui modalidade delituosa que ofende a paz pública. A configuração típica do delito de quadrilha ou bando deriva da conjunção dos seguintes elementos caracterizadores: a) concurso necessário de pelo menos quatro pessoas; b) finalidade específica dos agentes voltada ao cometimento de delitos; c) exigência de estabilidade e de permanência da associação criminosa" (HC n. 72.922-4, de São Paulo, publ. no DJU de 14/11/96, pág. 44.469).

Assim, inarredável a condenação de Izack, Valdir, Elizeu, Conçuela, Márcio e Ivan do delito de quadrilha armada, razão pela qual os apelos defensivos não merecem guarida.

19 — Falta, ainda, analisar o pedido de mitigação das penas impostas aos acusados Izack e Valdir e as sanções aplicadas aos demais réus.

Para todos os apenados, à exceção de Elizeu, ao crime de quadrilha armada, entendendo a sentença que as circunstâncias dispostas no art. 59 do Código Penal eram desfavoráveis, fixou-se-lhes a pena acima do mínimo legal. Para tanto o decisum registrou que as suas culpabilidades foram intensas, que têm antecedentes marcados e personalidades voltadas para o crime. Todavia, pelo que consta dos autos, não há motivos fortes para que a pena-base dos condenados fosse fixada acima do mínimo legal.

Impossível manter-se a dosimetria penal a quo, porquanto não se pode afirmar que a culpabilidade de Conçuela fora intensa porque se deslocou de outra cidade para cometer o delito; e também, quanto aos demais, porque o motivo do crime foi a busca do lucro fácil aliado ao prejuízo alheio (integrantes do tipo); nem mesmo que são de alta periculosidade porque a associação era em grande número de agentes (também integrante do tipo).

Apesar de alguns acusados possuir processo em andamento, isso, por si só, não é motivo suficiente para aplicar a sanção acima do mínimo legal.

O artigo 59 do Codex Penal, como salienta Damásio E. de Jesus, é um dos dispositivos mais importantes da legislação penal, conquanto "na fixação da pena compete ao juiz, atendendo 'a culpabilidade' do agente, apreciar seus antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, bem como o comportamento da vítima, 'conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime'. São as chamadas circunstâncias judiciais, que auxiliam o juiz na verificação da culpabilidade do sujeito" (in Direito Penal, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. 1).

Este egrégio Tribunal já decidiu:

"Na fixação da pena-base, se algumas das circunstâncias judiciais indicadas no art. 59 do CP apresentarem-se favoráveis e outras desfavoráveis, deve o juiz utilizar-se, analogicamente, dos critérios previstos no art. 67 do mesmo Código verificando quais as circunstâncias preponderantes e quais os motivos que determinaram o cometimento do crime" (Ap. Crim. n. 32.170, de São Lourenço d'Oeste, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 26/9/95).

É inegável que ao sentenciante, quando da fixação da reprimenda, é reservada uma larga margem de discricionariedade, entretanto, não se trata de discricionariedade livre, e, sim, vinculada, devendo guiar-se pelos oito fatores indicativos relacionados no caput do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e conseqüências do crime; e comportamento da vítima. Quando, todavia, alguma das circunstâncias judiciais for elementar do próprio tipo legal, descabe considerá-la para influir na dosagem da sanção inicial.

Dos julgados desta Casa destaca-se:

"(...) tem-se que a pena-base obedece a critérios científicos para a sua fixação, as chamadas circunstâncias judiciais, que devem ser inseridas no contexto fático para chegar-se ao quantum; nunca o inverso, sendo defeso ao aplicador utilizar-se de critérios puramente emocionais decorrentes da gravidade do crime. Caso contrário, indispensável o raciocínio lógico-jurídico do Magistrado, retrocedendo aos sombrios tempos onde era lei o hoje adágio 'olho por olho, dente por dente' (...)" (Ap. Crim. n. 96.008689-7, de São Carlos, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 25/3/97).

E "embora não seja conferido a nenhum acusado o direito subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo, na dosimetria da sanção o magistrado deve agir com prudência, mantendo certa proporcionalidade na resposta penal, que deve ser adequada à consecução dos próprios fins da reprimenda, quais sejam, a censura do delito e a tutela da sociedade contra a sua reiteração" (RVC n. 97.009285-7, de Chapecó, rel. Des. Paulo Gallotti, publ. no DJSC de 26/6/98, pág. 15).

Dessa forma, diante de ser praticamente favoráveis aos réus as circunstâncias descritas no art. 59 do Código Penal, deveria a pena-base ser fixada no mínimo legal.

Passa-se, então, às reformas:

19.1 — Valdir Baumgartner:

Como já explicitado, minorada a sanção do crime de quadrilha na primeira fase para o mínimo legal, ou seja, 2 (dois) anos de reclusão, presente, contudo, a agravante da reincidência na segunda etapa (certidão de fl. 1.163), acrescenta-se o mesmo quantum da sentença de 6 (seis) meses, totalizando a pena em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão para este crime, ante a inexistência de qualquer outra circunstância a se considerar.

Presente o concurso material com o crime de extorsão armada consumada (6 anos de reclusão e pagamento de 12 dias-multa), resta a sua reprimenda definitiva em 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Mantidas as demais cominações.

19.2 — Izack Ferreira:

Mitigada a reprimenda do delito de quadrilha para o mínimo legal, isto é, 2 (dois) anos de reclusão, observa-se que, na segunda fase da dosimetria, a sentença agravou a sanção em 6 (seis) meses, diante da reincidência, porém, embora tenha condenação, não há comprovação inequívoca do trânsito em julgado da sentença repressiva.

É sabido que para o reconhecimento da agravante da reincidência, como é pacífico no entendimento jurisprudencial, é "necessária a comprovação do trânsito em julgado da sentença condenatória anterior, com menção da data em que se tornou irrecorrível" (JTACrimSP 16/226, 23/220, 43/321, 46/339 e 70/267; RT 600/397, 447/422, 561/317 e 575/400).

Nessa mesma direção cita-se:

"Indispensável para o reconhecimento da reincidência prova regular de condenação anterior com trânsito em julgado, antes da nova prática criminosa imputada ao réu" (JUTACRIM 21/206).

Ademais, a edição do IBCCrim n. 77/99 traz decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça nesse prisma, veja-se:

"A reincidência está incluída no rol das circunstâncias agravantes. A sua prova é feita nos moldes do artigo 63 do Código Penal, ou seja, 'depois de transitar em julgado a sentença'. Tal imposição se faz por meio de certidão ou documento hábil, não servindo informação sobre a personalidade do condenado ou notícia da existência de processo de execução, sem a necessária prova de impossibilidade recursal (...)" (Rec. Especial n. 158.045, da Bahia, Sexta Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 23/11/98, publ. no DJU de 17/2/99, pág. 171).

Desse modo, exclui-se a agravante da reincidência, no tocante ao acusado Izack, devendo a sanção de quadrilha armada ficar definitiva no quantum de 2 (dois) anos de reclusão.

Por outro vértice, ao crime de extorsão armada, teve, na primeira fase, sua pena aplicada no mínimo legal, ou seja, 4 (quatro) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, sendo agravada em 6 (seis) meses pela reincidência: 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, que, aumentada em 1/3 (um terço) pelo emprego de arma e concurso de pessoas, restou definitiva em 6 (seis)

anos de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Porém, excluindo-se a reincidência que não ficou caracterizada, inexistindo qualquer circunstância a se considerar na segunda fase, e considerando-se a causa de especial aumento disposta no § 1º do art. 158 do Código Penal, acrescenta-se à pena-base (4 anos e 10 dias-multa) 1/3 (um terço), restando definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Diante do concurso material (art. 69 do CP), as somas das penas estabelecem-se na seguinte forma: 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Altera-se, em virtude do quantum total das penas, o regime prisional fechado para o semi-aberto, mantendo-se as demais imposições.

19.3 — Conçuela de Miranda Balsanelli e Márcio Vitor Paoli:

Verificadas as circunstâncias dispostas no art. 59 do Código Penal, como já ressaltado, favoráveis aos acusados, reduz-se, de ofício, a sanção de ambos para o mínimo legal, que resta definitiva, para cada um, em 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, haja vista a ausência de qualquer outra causa a se considerar.

Quanto à negativa de qualquer benefício a estes condenados, mantém-se o exposto na sentença atacada.

19.4 — Ivan Pacheco:

Ao crime de extorsão armada teve a pena aplicada no mínimo legal (5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 10 dias-multa), contudo, de ofício, mitiga-se a pena-base estabelecida ao delito de quadrilha para 2 (dois) anos de reclusão, assim definitiva, porquanto inexiste qualquer outra circunstância a ser examinada.

Diante do concurso material, o total da sanção resta em 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

O regime de pena, tendo em vista o total da reprimenda, deve ser alterado do fechado para o semi-aberto, mantendo-se as demais cominações impostas.

19.5 — Elizeu Voltolini:

Quanto a este acusado, primeiramente, destaca-se que foi bem aplicada a sanção no primeiro grau, referente ao crime de quadrilha armada, devendo ser mantida no patamar de 10 (dez) meses de reclusão.

Como já retratado na sentença, não se vislumbra na espécie, como suficiente à reprovação e prevenção do crime, a aplicação dos benefícios previstos na Lei n. 9.714/98.

Todavia, salienta-se que, embora a decisão monocrática tenha fixado o regime prisional fechado para o cumprimento da sanção, tendo em vista a reincidência, este fato, por si só, não obriga essencialmente ao cumprimento da pena no regime fechado, uma vez que, se é verdade que a lei não permite que se estabeleça a forma aberta aos condenados reincidentes, forçoso reconhecer que ela não impõe que se aplique o regime mais gravoso.

Damásio E. de Jesus modificou seu posicionamento quanto à exigência do cumprimento da pena em regi-

me fechado para os réus reincidentes, eis que, em sua obra Código de Penal Anotado, trouxe à colação jurisprudência a qual expõe que "reincidência isolada não conduz necessariamente ao regime fechado" (São Paulo, Saraiva, pág. 122).

A propósito, cita-se o seguinte julgado:

"(...) Pena — Regime prisional — Réu reincidente condenado à pena igual ou inferior a 4 anos — Cumprimento da reprimenda em regime semi-aberto — Possibilidade — Interpretação do art. 33, § 2º, c, do CP.

"O reincidente, condenado à pena igual ou inferior a 4 anos, não poderá cumprir a reprimenda em regime aberto desde o início; porém, não lhe nega a possibilidade do cumprimento da pena em regime semi-aberto, conforme interpretação do art. 33, § 2º, c, do CP" (RT 746/624).

Por oportuno, transcrever-se parte do corpo do acórdão publicado in RJTJSP, volume 122, página 479, o qual bem explica a questão sub judice, veja-se:

"O tema comporta outras considerações: o da compulsoriedade do regime fechado para reincidentes.

"Não é regra compulsória indiscriminada. Ao menos, isso não disse o legislador. Disse coisa, embora muito sutilmente, diferenciada. Assim disciplina o art. 33 do CP.

"Nas penas superiores a oito anos, o regime inicial deverá ser o fechado. Forma imperativa obrigatória; sem injunção nenhuma do aplicador da pena.

"Nas penas que medeiam entre quatro e oito anos, duas as hipóteses. Primeira a de réu primário quando poderá ser, desde o início, semi-aberto o regime. Segunda, a do reincidente que, por exclusão, deverá iniciar em regime fechado. Nas penas inferiores a quatro anos, também duas hipóteses. Do primário, em que poderá iniciar-se em regime aberto. Ou do reincidente, que não poderá gozar de tal franquia; 'condenado não reincidente', diz o inciso c do § 2º do art. 33 em causa.

"A interpretação não se mostra desarrazoada. Mas não se impõe com a clareza pretendida. A indagação (a que a lei não dá resposta clara) está no seguinte: Será, a só reincidência, fato obstativo de regime semi-aberto, aos condenados à pena inferior a quatro anos. Ou então, a circunstância de não poder fruir os benefícios da prisão aberta, implicará necessariamente em cumprir em regime fechado? A lei não responde.

"Mas a lei, nesse assunto, rege-se pelo sistema de degraus. Fechado, semi-aberto e aberto. O que está estatuído, é que penas superiores a oito anos cumprem-se, não há fugir, em regime fechado. Entre quatro e oito anos, em alguns desses dois regimes, conforme as circunstâncias já expostas. Quatro anos ou inferiores, facultativamente em regime aberto, ao não reincidente; vedado esse regime, o aberto, aos reincidentes. Não se encontra, mesmo cuidadosamente refletindo sobre os termos legais, algo que imponha, para essa última categoria (penas até quatro anos e condenado reincidente) compulsoriamente o regime fechado. Há, em verdade, nada que obstaculize o regime semi-aberto.

"Não se trata, com evidência, de desestimar-se o instituto relevantíssimo da reincidência. Isso porquanto está operando conseqüências importantes; como é a privação, de plano, do regime aberto. Importa considerar que se o legislador quisesse emprestar essa fulminância obstativa de qualquer benefício ao reincidente, deveria tê-lo dito. Não custava nada que acrescesse a ressalva mais explícita. O que se não pode, ou não deve, é extrair, na obscuridade ou na omissão da lei a conseqüência mais gravosa ao condenado. Técnica que se não amolda ao sistema punitivo".

Diante dessas considerações, só o fato de ser reincidente não é razão suficiente para fixar-lhe o regime fechado para o cumprimento da reprimenda.

Assim, analisados os requisitos objetivos e subjetivos do apelante, deve ser modificada, de ofício, a forma do cumprimento da sanção aplicada ao acusado, fixando-se esta no regime semi-aberto, uma vez que não se vislumbra, na espécie, a necessidade de fazê-lo no mais rigoroso.

20 — Assim, diante do exposto, afasta-se as preliminares aventadas nos recursos; negando-se provimento aos apelos de Conçuela de Miranda Balsanelli, Márcio Vitor Paoli, Ivan Pacheco, Elizeu Voltolini e do Ministério Público; acolhendo-se parcialmente os recursos dos co-réus: Izack Ferreira para mitigar a pena e alterar o regime prisional, fixando-se-a em 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa; Valdir Baumgartner também para minorar a sanção, fixando-se-a em 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa; e, de ofício, ajusta-se as sanções de Márcio e Conçuela, individualmente, para o cumprimento de 2 (dois) anos de reclusão, e de Ivan para 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, modificando o regime prisional deste último acusado e de Elizeu para o semi-aberto.

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, 14 de agosto de 2001.

Alberto Costa,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.013996-0, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Roubo. Subtração precedida de vias de fato. Violência caracterizada. Autoria e materialidade comprovadas. Desclassificação para furto. Inviabilidade. Agente que, logo após o apossamento da res furtiva*, foi perseguido pela vítima, sendo preso em flagrante por um policial, a poucos metros do local do evento. Tentativa. Apelo provido parcialmente para desclassificar o delito para a forma tentada, com a conseqüente redução da pena.*

Para a caracterização da violência ou grave ameaça inerentes à figura típica do artigo 157 do Código Penal não é imprescindível que resulte a vítima lesionada, bastando sua intimidação, ou redução dos meios de defesa, dificultando qualquer tipo de reação.

Se o agente, após despojar a vítima de seus bens, em momento algum teve a posse pacífica da res furtiva*, ante a pronta perseguição pela vítima, e a prisão em flagrante minutos após, a poucos metros do local do evento, o crime não saiu da esfera da tentativa.*

Vítima que restou igualmente denunciada por ter efetuado disparos de arma de fogo, na defesa de seu patrimônio, a qual era portada ilegalmente. Recebimento da inicial. Constrangimento ilegal evidente. Habeas corpus *concedido, de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.*

Consta da exordial que, em decorrência da tentativa de subtração perpetrada, a vítima reagiu e, por conseqüência, os disparos efetuados foram na defesa do patrimônio que se encontrava ameaçado. Portanto, se o uso da arma foi necessário para resguardar direito, a conseqüência inequívoca é a de que a denúncia não descreveu uma conduta delituosa, mas apenas a fragmentou, isolando um de seus componentes do contexto integral, classificando-o no artigo 10 da Lei n. 9.437/97. Seu recebimento, portan- to, constitui evidente constrangimento ilegal, impondo-se, por isso, a concessão de habeas corpus*, de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.013996-0, da comarca de Itajaí, em que é apelante Evandro de Souza Conceição e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial para desclassificar o crime para a forma tentada, com a conseqüente redução da pena do apelante para dois anos e cinco meses de reclusão, e seis dias-multa, mantidas as demais cominações. É concedida ordem de habeas corpus, de ofício, para anular a denúncia oferecida contra Norton de Oliveira e Silva e suas conseqüências, por ausência de justa causa, consoante o determinado pelo artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Custas legais.

Na comarca de Itajaí, 2ª Vara Criminal, Evandro de Souza Conceição foi denunciado pela prática de roubo, e Norton Oliveira e Silva pela prática do delito previsto no artigo 10 da Lei n. 9.437/97, porque "no dia 30 de março de 2001, por volta das 19 horas, na Avenida Ministro Victor Konder (Beira-Rio), nesta Cidade e Comarca, o denunciado Evandro de Souza Conceição abordou a vítima Norton Oliveira e Silva pelas costas, encostando nela algum objeto, quando anunciou a ocorrência de um assalto, dizendo para esta ficar quieta, caso contrário a mataria. Em ato contínuo, Evandro de Souza Conceição subtraiu o aparelho celular Ericsson, modelo KF-788, também tentando roubar a carteira de Norton Oliveira e Silva. A vítima reagiu e caiu ao solo, ocasião em que sacou uma pistola calibre 22 e efetuou dois disparos, atingindo Evandro de Souza Conceição nas nádegas, que fugiu do local. Quando já detinha a posse tranqüila do objeto, Evandro de Souza Conceição foi detido pelo policial militar Vagner Luiz de Mello Fagundes, que estava à paisana, na Rua Lauro Müller, sendo o objeto recuperado e o denunciado preso em flagrante. A vítima Norton Oliveira e Silva, ora também denunciada, portava a pistola Walter, calibre 22, n. 254278, sem licença da autoridade e em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

Com relação a Norton Oliveira e Silva foi proposta e aceita a suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei n. 9.099/95 (fl. 246).

No momento procedimental pertinente, resultou condenado ao cumprimento de quatro anos e dez meses de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de catorze dias-multa, no valor mínimo cada um, pelo fato articulado na exordial.

Quando pessoalmente intimado da sentença, manifestou, de próprio punho, desejo de recorrer. Nas razões apresentadas, por advogado constituído, a meta é a absolvição, pela dúvida. Caso contrário, é pretendida a desclassificação do crime para a sua forma tentada, eis que não chegou a ter a posse mansa e pacífica da res furtiva. Alternativamente, objetiva a desclassificação para furto simples tentado.

Em contra-razões, requereu o representante do Ministério Público a manutenção do que foi decidido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Robison Westphal, manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

Sem razão o apelante quando pretendida a absolvição com base no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

A vítima, nas oportunidades em que foi ouvida, relatou, com todos os detalhes, a ocorrência do roubo. Leia-se da fase judicial: "o informante caminhava sozinho pela beira-rio por volta das 19 horas, quando sentiu que alguém colocou alguma coisa nas costas do informante e disse que era um assalto; que, imediatamente, o rapaz colocou a mão na presilha da bermuda do informante, colocou a mão no telefone celular e puxou; que o telefone celular chegou a arrebentar; que o informante afirma que mandou o elemento parar e se engalfinhou com o elemento e o informante acabou caindo no chão; que o acusado, ao puxar o celular, também estava pegando a carteira, e então o informante pegou uma pistola que tinha no bolso e deu dois tiros; um para o alto e um para baixo" (fl. 57v.).

Essa versão foi relatada perante os policiais que prenderam o apelante em flagrante logo após o ocorrido. E, em se tratando de crime contra o patrimônio, freqüentemente praticado na ausência de testemunhas oculares, a palavra da vítima, quando coerente e condizente com os demais elementos dos autos, constitui prova suficiente para embasar um decreto condenatório.

Sobre a questão, o já decidido: "Em sede de crimes patrimoniais, os quais são praticados na clandestinidade, a palavra da vítima merece maior credibilidade que a versão sistematicamente negativa dos acusados, visto que não se concebe que alguém possa, gratuitamente, incriminar um desconhecido" (TJSP — RT 736/629).

Tenha-se em conta que, no caso, aliado à palavra da vítima está o termo de apreensão de fl. 16, demonstrando que o seu aparelho celular foi encontrado em poder do recorrente. Este, aliás, foi preso em flagrante logo em seguida. Quando interrogado, afirmou não ter lembrança do ocorrido, eis que alcoolizado. Admitiu, contudo, que estava na posse do aparelho celular relacionado no termo supramencionado. Aliás, quando do flagrante, este estava ferido na nádega, fato este que vem de encontro ao relatado pela vítima, quando alegou ter disparado um tiro para o alto, outro para o chão, tendo o último ricocheteado e atingido o réu.

Dessa forma, inequívoca resta a prova da materialidade e autoria.

Também não merece acolhida a tese de desclassificação para o crime de furto. Inicialmente, o agente tentou atemorizar a vítima, encostando algum objeto nas suas costas, e anunciando o assalto. Tal fato, por si só, bastaria à configuração do roubo, segundo a orientação jurisprudencial: "Em crime de roubo, fica caracterizada a ameaça na simulação de emprego de arma, pois produz a intimidação da vítima, necessária para eliminar ou diminuir-lhe a resistência à ação criminosa" (TACrimSP — AC — Rel. Leonel Ferreira — RJD 23/357). Mas,

ainda que se cogite da hipótese de não ter ficado a vítima intimidada com sua atitude, subsiste o fato de terem ambos entrado em vias de fato, restando, ao final, a vítima caída ao solo, momento este que possibilitou a fuga do agente. Nesse sentido já se decidiu: "As vias de fato integram a violência do tipo fundamental do roubo. Assim, comete o delito do art. 157 do CP quem derruba a vítima ao solo para subtrair-lhe corrente levada ao pescoço" (TACrimSP — AC — Rel. Gonzaga Franceschini — RJD 5/180). Cabe salientar que a violência caracterizadora do crime de roubo se perfectibiliza, neste caso, ainda que não resulte lesionada a vítima. Nesse diapasão: "A violência física, caracterizadora do crime de roubo, consiste no emprego de força sobre a vítima, tolhendo a liberdade de seus movimentos como meio para a subtração da coisa, não sendo necessário que ocorra lesão corporal, bastando a via de fato" (STF — RE — Rel. Rafael Mayer — RT 593-453/456).

Assim, o crime praticado pelo recorrente foi roubo e não furto.

De outro vértice, razão lhe assiste quanto à pretensão desclassificatória para a forma tentada, tendo em vista que toda a prova do processo está a demonstrar que o réu foi preso em flagrante, minutos após o crime, a duzentos metros do local, na posse do aparelho celular da vítima. Em momento algum, o agente saiu da esfera de vigilância desta, que o perseguiu até a prisão. Nesse sentido o depoimento da vítima prestado às fls. 18/19: "o declarante recuperou-se da situação e passou a gritar pega ladrão, pois o rapaz saiu correndo. Que o meliante levou o celular do declarante. Em seguida, o declarante saiu correndo atrás do assaltante, com o intuito de recuperar seu telefone celular, e sempre gritando pega ladrão, pega ladrão. Que da curva da Rua Lauro Müller avistou uma outra pessoa que já segurava o rapaz". A perseguição foi presenciada pelas testemunhas Alexandre Zimmermann Heineberg e Henry Rossdeutscher (fls. 21/22).

De acordo com o entendimento jurisprudencial, "é de se reconhecer a tentativa se entre o fato e a recuperação do bem medeou reduzido espaço de tempo, espaço este em que o agente esteve sofrendo a estreita presença da atividade da vítima, juntamente com Policiais Militares, visando a prendê-lo, de maneira que não se pode dizer tenha ele tido posse mansa e pacífica da res" (TACrimSP — AC — Rel. Sidnei Beneti — RJD 11/54). Ainda: "Não basta a aprehensio e a amotio de loco ad locum para consumar-se o roubo. A fuga do agente, ao acabar de cometer o delito, com sua prisão em flagrante (art. 302, II, do CPP), obstando a ablatio, desenha o modelo tentado (art. 14, II, do CP). O acusado, apontado e, de logo, perseguido, nunca teve a posse pacífica das coisas subtraídas, as quais, a bem dizer, não saíram da esfera da vigilância dos ofendidos" (TACrimSP — AC — Rel. Sérgio Pitombo — RT 703/311).

Não superou, portanto, a conduta do réu, a esfera da tentativa, pelo que sua pena-base é reduzida de metade, ante o iter criminis percorrido, posto que este chegou a entrar em vias de fato com a vítima, logrando subtrair seu aparelho celular. O crime só não se consumou devido à pronta atuação da vítima, que alarmou os

transeuntes e saiu em sua perseguição.

Dessa forma, mantida a pena-base do apelante em quatro anos e dois meses de reclusão, aumentada, em decorrência da reincidência, para quatro anos e dez meses, é esta reduzida de metade, totalizando em dois anos e cinco meses de reclusão.

Finalmente, com relação à pena pecuniária, pequeno reparo merece a sentença, em que a autoridade judicial a aumentou na segunda fase de aplicação, quando do reconhecimento da agravante da reincidência, o que é inviável. Assim, a pena de multa fica mantida inicialmente em 12 dias, a qual, reduzida de metade, ante o reconhecimento da tentativa, resulta em seis dias-multa.

As demais cominações permanecem inalteradas.

Assim, o recurso manifestado pela defesa é parcialmente provido para desclassificar a conduta do agente para a forma tentada, reduzindo-se sua pena para dois anos e cinco meses de reclusão e seis dias-multa.

Por fim, cabe examinar a situação de Norton Oliveira e Silva, embora inocorrente qualquer recurso a respeito, a teor do previsto no artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Se- gundo o artigo 89, § 1º, da Lei n. 9.099/95 é condição essencial à concessão do benefício da suspensão do processo, concedido ao nominado, que a denúncia seja recebida. E para tal, indispensável que o fato narrado constitua crime, consoante o prescrito no artigo 43, inciso I, do Código de Processo Penal, in verbis: “A denúncia ou a queixa será rejeitada quando: 1 — o fato narrado evidentemente não constituir crime". Na denúncia oferecida contra Norton Oliveira e Silva, dando-o como infrator do artigo 10 da Lei n. 9.437/97, porte ilegal de arma de fogo, foi afirmado: “Em ato contínuo, Evandro de Souza Conceição subtraiu o aparelho celular Ericsson KF-788, também tentando roubar a carteira de Norton Oliveira e Silva. A vítima reagiu e caiu ao solo, ocasião em que sacou uma pistola calibre 22 e efetuou dois disparos atingindo Evandro de Souza Conceição nas nádegas, que fugiu do local” (grifamos). Segundo o constante no laudo pericial de fl. 41, Evandro restou ferido. No entanto, a denúncia não cogitou do crime de tentativa de homicídio ou lesão corporal. E ao ser afirmado na exordial que em decorrência da tentativa de subtração perpetrada “a vítima reagiu”, por conseqüência, os disparos efetuados na defesa do patrimônio, que se encontrava ameaçado, o porte da arma, inicialmente ilegal, passou a integrar a conduta ilícita exposta na imputação. Portanto, se o uso da arma foi necessário para resguardar direito, pois não cogitada a prática de crime mais grave (tentativa de homicídio ou lesão corporal grave), a conclusão inequívoca é a de que a denúncia, com relação a Norton de Oliveira e Silva, não descreveu uma conduta delituosa, mas apenas a fragmentou, isolando um dos seus componentes do contexto integral, classificando-o no artigo 10 da Lei n. 9.437/97, em evidente prejuízo ao nominado. Assim, não descrevendo a denúncia uma conduta delituosa não poderia ter sido recebida. No entanto o foi, e a aceitação deu margem à proposta de suspensão do processo. Evidente o constrangimento ilegal

pela ausência de justa causa decorrente da dedução da pretensão punitiva, nos termos que foi realizada. Lá está descrito um fato que, evidentemente, não constitui crime.

Em face do exposto, é concedida ordem de habeas corpus, de ofício, para anular a denúncia oferecida contra Norton de Oliveira e Silva e suas conseqüências, por ausência de justa causa, consoante o determinado pelo artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 4 de setembro de 2001.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 00.015736-8, DE JOINVILLE

Relator: Des. Irineu João da Silva

Júri — Nulidade posterior à pronúncia — Contradição na votação dos quesitos — Inocorrência.

Júri — Erro na formulação do quesito principal (materialidade e autoria) — Matéria que se confunde com o argumento de decisão contrária à prova dos autos — Duplicidade de versões — Veredicto com suporte no conjunto probatório — Princípio da soberania do júri popular — Sentença mantida — Recurso não provido.

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Criminal n. 00.015736-8, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é apelante Antônio Padilha, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas legais

Na comarca de Joinville, o representante ministerial ofereceu denúncia contra Antônio Padilha, dando-o como incurso nas sanções dos artigos 121, § 2º, I e III, e 121, § 2º, I e III, c/c art. 14, II, todos do Código Penal, porque:

"O denunciado acima qualificado viveu algum tempo – aproximadamente três anos – amasiado com a vítima Evelina Denzer. No dia 9 de dezembro de 1989 foi visitá-la, em mais uma tentativa para que ela reatasse o idílio amoroso.

"Sem sucesso, imbuído de ódio e sentimento de vingança, resolveu matar, não só ela, mas todos os familiares. Para tanto, adicionou 'arsênico' na matéria-prima destinada ao pre-

paro do alimento denominado 'polenta'.

"No dia 14 de dezembro de 1989, a vítima Evelina Denzer, seus filhos Edson, Nelson e Eliane, e sua mãe Jacinta Antunes e os parentes Renato Demonti e Valmira Demonti, sentaram-se à mesa para o almoço, onde foi saboreada uma suculenta polenta, preparada com a farinha envenenada pelo acusado. Passados alguns minutos, todos passaram a sentir-se mal, tendo sido encaminhados ao hospital, onde Edson Denzer e Nelson Denzer vieram a falecer, conforme descrevem os laudos periciais de fls. 13, 34 e 42. Os demais, por circunstâncias alheias à vontade do agente, foram salvos, sofrendo apenas as lesões descritas nos laudos de fls. 35 a 39" (fls. 2/3).

Processado regularmente, restou pronunciado nos termos da denúncia.

Irresignado, interpôs recurso em sentido estrito, objetivando absolvição por ausência de provas acerca da autoria, tendo esta egrégia Câmara, por votação unânime, negado provimento ao recurso.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, restou condenado à pena de cumprimento de 67 (sessenta e sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por infração ao disposto nos arts. 121, § 2º, III (duas vezes); 121, § 2º, III c/c art. 14, II (cinco vezes), e art. 70, caput, in fine, do Código Penal.

Em face da decisão proferida pelo Conselho de Sentença, o réu apelou, com fulcro no art. 593, III, a, b, c e d, do CPP, pugnando pelo oferecimento de razões na forma do art. 600, § 4º, do CPP, e apresentou protesto por novo júri, o qual foi deferido pelo Magistrado, julgando-se prejudicado o recurso de apelação.

Inconformado, apelou o representante ministerial, alegando ser o protesto por novo júri incabível, pois é requisito de admissibilidade que a pena cominada a cada delito seja igual ou superior a vinte anos, e, no caso em tela, "as penas foram aplicadas cumulativamente, como se fosse concurso material, porque a ação dolosa do réu e os crimes concorrentes resultaram de desígnios autônomos, ainda que praticados mediante uma só ação (concurso formal)".

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Valdir Vieira, opinou pelo não conhecimento do recurso.

Esta egrégia Câmara Criminal, por votação unânime, em acórdão do qual fui relator, decidiu dar provimento ao recurso para cassar a decisão que acolheu o protesto por novo júri, determinando-se o processamento da apelação interposta.

Nas razões do recurso, aduz a defesa que há nulidade absoluta do julgamento por erro e contradição na votação dos quesitos, além de a decisão proferida pelo Conselho de Sentença ser contrária à prova dos autos.

Com as contra-razões, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Vilmar José Loef, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. Data venia das bem-lançadas razões do ilustre patrono do apelante, a decisão do Tribunal do Júri deve ser mantida.

2. Segundo o apelante, a decisão dos jurados é contraditória, porque afirma que um número diferente destes votou reconhecendo o emprego de veneno no quesito do fato principal, e, ao mesmo tempo, entendeu inocorrer a qualificadora do emprego de veneno. Essa afirmação é, no mínimo, inconsistente, pois, além de inexistir relação entre as votações, como pôde o apelante deduzir que os votos proferidos nos dois quesitos diferentes partiram dos mesmos jurados?

Nesse passo, não se percebe qualquer incongruência no resultado da votação dos quesitos, porque não existe relação alguma entre a quantidade de votos dispensados a determinado quesito em conformação com o número de votos atribuídos a outro. Isso porque, a diferença na votação não opera qualquer influência na apreciação de uma possível contradição entre quesitos.

Em verdade, a diferença de votos entre eles nada mais representa que o resultado da votação de cada quesito isoladamente e, obviamente, não implica, como quer o apelante, em contrariedade entre eles. Contradição existiria se divergente fosse a resposta dada a quesitos referentes a uma mesma tese ou na hipótese de serem acolhidas proposições incompatíveis. Afinal, por maioria, ambos os quesitos foram acolhidos, em relação a todas as vítimas. Logo, porque os votos dispensados a cada quesito dizem respeito exclusivamente à mesma matéria, não há o que se falar em contradição entre eles, e, conseqüentemente, como dar guarida à pretensão recursal nesse particular.

Portanto, não há que se reconhecer a nulidade do julgamento por contradição na decisão dos jurados na votação dos quesitos referentes ao instrumento utilizado para a prática dos crimes de homicídio (veneno) e a qualificadora do emprego de veneno, se o Magistrado sentenciante os elaborou e inquiriu na ordem legal prescrita e regular.

2. No tocante à aventada nulidade por erro na formulação dos quesitos, têm-se que a matéria confunde-se com o mérito do argumento de ocorrência de decisão contrária à prova dos autos.

Segundo o apelante, se o acusado foi denunciado e libelado porque "adicionou arsênico em farinha utilizada no preparo de uma polenta" (fl. 349), a redação dos quesitos não poderia ter sido inovada para questionar fato distinto, "uma vez que existe diferença entre 'comida preparada com ingrediente no qual se havia adicionado veneno' e 'adicionar veneno à matéria prima destinada ao preparo de polenta'. Isso porque a perícia não constatou a presença de qualquer substância venenosa na polenta preparada ou na farinha utilizada em seu preparo" (fl. 350).

Consoante o Código de Processo Penal, os quesitos devem ser formulados com observância de algumas regras, entre as quais a de que o primeiro deles versará sobre o fato principal, em conformidade com o libelo (CPP, art. 484, inciso I).

"Fato principal 'é o que constitui o objeto da acusação e o seu quesito deve ser redigido de acordo com o libelo, compreendendo todos os seus elementos integrantes. Não é mister, entretanto, que as palavras do libelo sejam reproduzidas literalmente, bastando que a redação se ajuste substancialmente ao respectivo articulado'.

"(...) O denominado fato principal tem como elementos: nome do réu, data, hora, local onde o fato ocorreu, instrumento usado para a prática delitiva, nome da vítima e lesões corporais descritas no laudo necroscópio" (Heráclito Antônio Mossin, Júri: Crimes e Processo, SP: Atlas, 1999, pág. 413).

Ora, o emprego de veneno está inserto no quesito pertinente ao fato principal, desvinculado da qualificadora do inc. III do § 2º do art. 121 do CP (com emprego de veneno), eis que o caso do homicídio por envenenamento é daqueles em que a qualificação é automática.

A materialidade, ao contrário do que alega, restou suficientemente comprovada, sendo que a perícia atestou presença de arsênico no estômago de pelo menos uma das vítimas fatais. Aliás, como bem aduziu o ilustre Dr. Rodrigo Collaço, na pronúncia, "a materialidade das infrações está comprovada pelos laudos periciais de fls. 16, 37, 38, 39, 40, 41 e 42, atestando o envenenamento fatal de duas vítimas e parcial de outras cinco" (fl. 203). Além disso, não se olvida que foi atestada a presença de arsênico nos restos de comida apreendidos, obviamente produto do vômito causado por sua ingestão (fl. 16).

O fato de não ter sido encontrado o veneno na farinha utilizada, no caso, é dado periférico, que não interfere no veredicto, haja vista que, segundo a versão respaldada por uma das vítimas, "certa ocasião, no meio de uma semana, a informante fez uma polenta para a família. Nesse fim de semana o acusado esteve na casa da informante. Na quinta-feira seguinte, a informante fez uma polenta maior, já que havia mais pessoas, utilizando-se de um saco fechado de um quilo de fubá, acrescido de certa quantidade que restara da polenta anterior, que havia sido guardada num saco já aberto de farinha. O fubá, inclusive o saco aberto que continha o resto da polenta anterior, era guardado num armário de madeira dentro da cozinha. No final de semana antes da tragédia, a informante conta que sua filha disse que o acusado a ameaçara de morte, o que contou depois do acontecido na quinta-feira, quando estavam no hospital (...) A freqüência com que comem polenta na casa da informante é de uma vez por semana. A informante viu o acusado, no último final de semana em que estava em sua casa, com uma das mãos no armário onde estava a farinha. Ao vê-la, o réu assustou-se e tirou a mão do armário imediatamente".

Portanto, perfeitamente previsível que, se algum veneno foi adicionado na farinha de fubá para o preparo de polenta, dadas às circunstâncias (furtivamente e acrescentada na parte de cima do saco de fubá), teria sido totalmente utilizada, não sobrando vestígios.

Nesse passo, a circunstância de o 1º quesito — referente ao fato principal — ter sido redigido sem que se constasse em qual tipo de comida

foi encontrado o veneno (arsênico) é dado irrelevante.

No tocante à autoria, como bem se aduziu na decisão que manteve a sentença de pronúncia, não resulta escorreita e livre de qualquer dúvida, mas foi justamente tal circunstância que fez com que a matéria fosse submetida ao crivo do Conselho de Sentença, constitucionalmente competente para dirimi-la.

O réu, nas oportunidades em que foi inquirido, negou a imputação de que tenha ministrado arsênico na comida ingerida pelas vítimas, causando a morte dos irmãos Edson e Nelson Denzer, filhos de Evelina Denzer, ante a negativa desta em reatar o namoro (fls. 13, 94 e 121v.).

As vítimas, conquanto não afirmem categoricamente que foi o ora recorrente o autor dos crimes, narraram em detalhes o tumultuado relacionamento com Evelina, havendo inclusive a suspeita de que tenha envenenado o falecido marido daquela, com idêntico procedimento, além das constantes ameaças de morte em virtude da negativa da manutenção do colóquio amoroso (fls. 20, 21, 22, 23, 24, 47, 126 e 185).

A presença do réu na casa das vítimas, dias antes dos terríveis acontecimentos, aliada ao seu estranho comportamento na ocasião, e o inconteste esforço que despendia para a continuidade da tempestuosa relação, recheada com ameaças de morte, embora não sejam elementos conclusivos acerca da autoria, constituem indícios suficientes para a manutenção do decisum condenatório proferido pelo Júri popular.

A investigação não descobriu inimigos de Evelina e seus familiares capazes ou com motivação para praticar tal ato.

Assim, a decisão dos jurados, que optou por acatar a versão acusatória de que as vítimas ingeriram comida com ingrediente na qual o réu, dias antes, adicionou veneno, não afrontou a prova dos autos. Ressalte-se, por oportuno, que, "ao Júri é assegurado o privilégio de escolher, na prova feita, aquilo a que quer dispensar consideração, desprezando o mais" (Eduardo Espínola Filho, Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, vol. V, pág. 434).

A jurisprudência deste Tribunal é uníssona:

"Homicídios simples consumado e tentado — Duplicidade de versões — Conselho de Sentença que acolheu a que entendeu mais consentânea com a realidade dos fatos — Decisão que não se apresenta manifestamente contrária ao conjunto probatório — Soberania dos julgamentos do Tribunal do Júri — Manutenção do veredicto" (Ap. Crim. n. 99.010936-4, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Jorge Mussi, j. 8/9/1999).

3. Diante do exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 9 de outubro de 2001.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.015119-7, DE PAPANDUVA

Relator: Des. Irineu João da Silva

Penal e processual — Inépcia da denúncia — Justa causa — Nulidade inexistente.

Se a denúncia descreveu fato típico imputado ao agente, com observância das diretrizes do art. 41 do CPP, proporcionando ampla defesa, não pode ser considerada inepta e sem justa causa.

A circunstância de o representante do Ministério Público não explicitar quantos foram os co-autores não é de molde a acarretar nulidade do processo, especialmente quando os elementos colhidos no inquérito não são suficientes a definir, de forma concreta, a participação de outros, além dos dois denunciados, na prática do ilícito penal.

Processo penal — Defesa prévia — Não apresentação — Peça dispensável — Novo defensor que, indagado sobre o desejo de inquirir testemunhas, nega expressamente — Nulidade afastada.

Como a defesa prévia é peça facultativa, a critério do defensor, não há imperativo legal para intimação do réu caso não seja apresentada. Assim, não há como acolher o argumento de que a ausência de apresentação de alegações preliminares cerceou a defesa do agente que, após constituição de novo defensor, informou não possuir testemunhas.

Crime contra o patrimônio — Furto qualificado — Concurso de pessoas — Tentativa — Ausência de perícia — Crime material — Irrelevância — Materialidade comprovada — Crime impossível — Início dos atos de execução — Negativa de autoria — Indícios concludentes que autorizam a mantença da condenação.

Evidenciando o acervo probatório que o agente foi surpreendido, na companhia de, no mínimo, mais duas pessoas, uma delas não identificada, após inibir o sistema de alarme de instituição bancária, o reconhecimento do crime de furto, em sua modalidade tentada, é medida de rigor.

A multiplicidade de agentes na subtração, em crime de furto, caracteriza, por si só, a causa especial de aumento do concurso de duas ou mais pessoas, mesmo que as outras não sejam identificadas.

Pena criminal — Substituição por restritivas de direitos (Lei n. 9.714/98) — Requisitos subjetivos ausentes — Insuficiência da medida — Impossibilidade.

Não tem direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos o réu que, condenado por delito similar, responde a outro processo por crime contra o patrimônio, porque a medida, evidentemente, não se mostra suficiente.

Pena criminal — Sursis *— Réu reinciente em crime doloso — Impossibilidade — Inteligência do art. 77, inc. I, do Código Penal — Recurso não provido.*

"A reincidência em crime doloso é óbice intransponível à concessão do sursis*" (JC 48/485).*

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Criminal n. 01.015119-7, da comarca de Papanduva, em que é apelante Adenir Mielke, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Papanduva, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Adenir Mielke e Dalton Noble de Assis, dando-os como incursos nas sanções do art. 155, § 4º, inc. IV, c/c arts. 29 e 14, inc. II, todos do Código Penal, porque:

"Na madrugada de 19 de janeiro do corrente ano, os dois denunciados, acompanhados, no mínimo, ainda, de um terceiro elemento, a quem se recusaram a identificar, quando não, ainda, de mais dois elementos, vieram até a cidade de Monte Castelo, nesta Comarca, com o deliberado propósito de praticar subtração patrimonial, vitimando a agência do Banco do Brasil S.A., daquela Cidade, empreendendo nisso esforços comuns.

"Uma vez em Monte Castelo, encostaram o automóvel marca Fiat, modelo Tipo 1.6 IE, ano 1994, placa LWT 3122, cor cinza, que ocupavam, perto de um escritório de contabilidade, dirigindo-se, na seqüência, até a agência do banco.

"Ali, um deles cortou os fios que fazem a ligação telefônica da agência com a rede geral de telefonia, que estavam situados em uma caixa telefônica subterrânea, na calçada do outro lado da rua onde situada a agência bancária.

"Enquanto isso, outros dois já se dirigiram até a agência, dentre eles o denunciado Dalton.

"Aquele dos réus que cortava os fios telefônicos, desativando o sistema de alarme da agência, que é acionado através da fiação telefônica, foi visto, enquanto assim procedia, por um vizinho que possui um bar perto da agência bancária.

"Referido vizinho avisou a Polícia Militar, que foi até a agência e, ali em frente, localizou e deteve o denunciado Adenir Mielke.

"Enquanto os policiais conversavam com Adenir, o mesmo vizinho viu outros dois, dentre eles o co-denunciado Dalton Noble de Assis, saltando um muro da agência bancária, na direção da rua, avisando os policiais.

"Estes seguiram os que haviam saltado o muro da agência e, ainda, conseguiram localizar o réu Dalton.

"Em revista pessoal efetuada na pessoa do denunciado Adenir, já na Delegacia de Polícia de Monte Castelo, para onde ambos foram levados, foi encontrada a chave do automóvel Tipo, que foi, então, localizado e levado até a Delegacia de Polícia.

"Embora os dois réus neguem que estavam a agir no propósito de realizar subtração patrimonial na agência bancária, os fatos, como descritos, demonstram o inverso, razão pela qual lhes foi dado voz de prisão, sendo lavrado auto correspondente, achando-se presos.

"Os documentos que acompanham esta petição inicial, obtidos via internet, através da página do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, mostram que ambos possuem antecedentes criminais na comarca de Joinville, a serem melhor esclarecidos mediante certidões judiciais" (fls. 2/4).

Concluída a instrução criminal, os acusados restaram condenados nos termos da denúncia às penas:

— Adenir Mielke, de 11 (onze) meses de reclusão, e pagamento de 4 (quatro) dias-multa, no valor unitário de R$ 20,00;

— Dalton Noble de Assis, de 9 (nove) meses de reclusão e pagamento de 4 (quatro) dias-multa, no valor unitário de R$ 20,00.

Inconformado, o réu Adenir Mielke apelou, alegando que o processo é nulo, pela ausência de materialidade e intimação sobre a desídia de seu defensor. No mérito, argumenta que se trata de crime impossível; requer a absolvição por insuficiência de provas ou, alternativamente, a desclassificação para a forma fundamental do crime de furto (CP, art. 155, caput) ou, ainda, de dano (CP, art. 163). Por fim, pleiteia a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serratine, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. De pronto afasta-se a alegação de inépcia da denúncia e ausência de justa causa para deflagrar a ação penal contra o apelante, pois o que se extrai da leitura da exordial acusatória (fls. 2/4), na qual o representante do Órgão Ministerial descreveu a prática de crime (tentativa de furto qualificado pelo concurso de agentes), é que o Parquet individualizou a conduta e a participação do acusado, fazendo referência à participação de outras pessoas (fl. 2).

A circunstância de o representante do Ministério Público não explicitar quantos foram os co-autores não é de molde a acarretar nulidade do processo, especialmente quando os ele-

mentos colhidos no inquérito não são suficientes a definir, de forma concreta, a participação de outros, além dos dois denunciados, na prática do ilícito penal.

Além disso, a denúncia contém a identificação do apelante, a classificação do crime e o rol de testemunhas, resultando, portanto, perfeita, sob o enfoque do art. 41 do CPP, sendo formalmente apta ao fim a que se destinou, isto é, descreveu a conduta típica do apelante, possibilitando o exercício constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Ademais, a peça acusatória somente pode ser considerada inepta quando omitir dados vertebrais da descrição do fato delituoso atribuído, sendo válida mesmo que indique sucintamente qual a conduta.

Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"Não é inepta a denúncia que descreve fatos que, em tese, apresentam a feição de crime e oferece condições plenas para o exercício de defesa" (STJ, RT 725/526).

Por isso, se a denúncia descreveu fato típico imputado ao agente, com observância das diretrizes do art. 41 do CPP, proporcionando a ampla defesa, não pode ser considerada inepta e sem justa causa e muito menos confeccionada com abuso do poder ministerial.

2. Da mesma forma, afasta-se a preliminar de nulidade por ausência de intimação da desídia do defensor.

Segundo o apelante, a instrução processual foi encerrada sem que o acusado tenha apresentado defesa prévia, "tornando o processo anulável, devido ao prejuízo que sofreu, pelo cerceamento de defesa" (fl. 9).

Como se acentuou no Habeas Corpus n. 01.004746-2, deste Relator, em 17 de abril do corrente ano, "a defesa prévia é ato processual dispensável, pois 'por vezes, o silêncio é mais interessante para a defesa, que poderá manifestar-se sobre o mérito da causa após a produção da prova. Assim, a apresentação da defesa prévia não é obrigatória, mas mera faculdade do princípio da ampla defesa. Sendo peça dispensável, a critério do defensor, a omissão da defesa prévia, ou a ausência do rol de testemunhas, não constituem nulidade por ausência de defesa' (Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 7ª ed., SP, Atlas, 2000, pág. 885).

"Assim, data venia do entendimento do ilustre defensor constituído do paciente, ora impetrante, não há como acolher o argumento de que a ausência de apresentação de alegações preliminares cerceou sua defesa. Ainda mais se considerarmos o que consta do termo de audiência de fl. 150: 'O defensor constituído do acusado Adenir anteriormente não apresentou defesa prévia, sendo que o procurador atual Júlio César Freitas informou que não tem testemunha da defesa'" (fls. 250/251).

Afasta-se, pois, a preliminar aventada.

3. Os demais argumentos confundem-se com o mérito do recurso interposto.

Na madrugada do dia 19 de janeiro de 2001, o Sr. Vilson João dos Santos, proprietário de um bar na Rua

XV de Novembro, no centro da cidade de Monte Castelo, informou ao serviço de plantão da Polícia Militar que havia visto um elemento em atitude suspeita, em frente à agência do Banco do Brasil. Dirigindo-se até a agência, localizaram e detiveram o denunciado Adenir Mielke, com o qual foi encontrada a chave do automóvel Tipo, 1.6 IE, ano 1994, placa LWT 3122, cor cinza, localizado perto de um escritório de contabilidade.

Enquanto os policiais conversavam com Adenir, o Sr. Vilson viu outras duas pessoas saltando um dos muros da agência bancária e avisou os policiais, que conseguiram localizar o réu Dalton Noble de Assis, em um posto de gasolina, nas proximidades.

Embora a alegação do réu de que a materialidade do crime não restou comprovada pela ausência de perícia, tem-se que ela restou evidenciada pela Ficha de Ocorrência (fl. 38), Auto de Verificação Fotográfico do Local do Delito (fls. 166/169) e documentos do Sistema de Atendimento ao Cliente da agência do Banco do Brasil (fls. 52/57), atestando que, efetivamente, houve corte no sistema de alarme do prédio, bem como pelas demais provas dos autos, a seguir analisadas.

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).

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 formada 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:

"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, 112/167.

"O magistrado sentenciante pode, em conseqüência — 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 conseqüencial, proferir o non liquet" (HC n. 69.174-9, do 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).

De outra banda, não se olvida que estamos diante de um crime de furto, na forma tentada, que, por sua classificação doutrinária, é material, ou de resultado, ou seja, a ação ou omissão do agente provoca uma modificação no mundo exterior. Essa modificação, no caso do crime do art. 155 do Código Penal, consiste na subtração da coisa da esfera de vigilância ou de poder do dono ou possuidor, e sua transferência para a esfera de disponibilidade do agente. Na maioria dos casos, no entanto, a modificação ocorrida é extrínseca à coisa, não obstante possa ocorrer uma modificação intrínseca à coisa, como, no furto qualificado pela destruição de obstáculo à subtração da coisa.

Sobre a matéria o Prof. Weber Martins Batista esclarece:

"Considerável parcela dos Juízes costuma afirmar, na motivação da sentença, em qualquer caso de furto ou de roubo, que a 'materialidade do crime está provada pelo auto de apreensão da coisa', ou 'pelo auto de apreensão e pelo laudo de exame da coisa'. Será possível falar, indiscriminadamente, quem (sic) qualquer hipótese de furto ou de roubo, em 'materialidade do delito?' E, sendo isso possível, tal 'materialidade' estará provada com a só apreensão, ou a apreensão e exame do bem subtraído?

"Se se tratar de furto simples, ou de roubo sem lesões graves ou morte da vítima, a resposta é não. A subtração da coisa é, em regra, um fato transeunte. Primeiro, porque o agente pode dar-lhe um sumiço, fazê-la desaparecer, destruí-la, comê-la. Depois porque, ainda que tal não ocorra, o encontro de um objeto no lugar x apenas prova sua existência, não, necessariamente, que ele pertencia a outra pessoa, estava em outro lugar e dali foi retirado pelo agente — que são essentialia do furto e do roubo. A ação de subtrair, salvo

exceções, é transeunte, não deixa marcas, motivo por que demanda, como prova, a existência de outros elementos.

"(...)

"Fora disso, não é imprescindível, como prova da existência do fato, a apreensão e, muito menos, o exame das coisas furtadas ou roubadas. Basta, como é evidente, que seja induvidosa a existência da subtração. O encontro da coisa com o agente, ou em lugar onde por ele foi deixada, não é mais que simples indício do crime e da autoria.

"Este é o entendimento, pode-se dizer unânime, dos Tribunais" (O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal, Forense, 1987, págs. 421/423).

4. Por outro lado, o argumento tem a ver com a alegação de crime impossível, porque não restou comprovado nos autos que no interior da instituição financeira havia dinheiro, tendo ocorrido a impropriedade absoluta do objeto.

Ensina-nos a doutrina que o crime impossível pode se dar de duas formas a saber: por ineficácia absoluta do meio, quando o agente utiliza-se de meio incapaz de produzir seu intento; ou por impropriedade absoluta do objeto, pela inexistência do bem visado ou quando pela situação ou condição é impossível a execução do planejado.

Contudo, sem razão o apelante. Para que ocorra o delito impossível, segundo o disposto no art. 17 do Código Penal, é necessário que seja absoluta a ineficácia do meio empregado ou absoluta a impropriedade do objeto. No caso, indiferente à caracterização do crime de furto tentado que houvesse comprovação da existência "da coisa alheia móvel", haja vista o crime ter sido perpetrado contra uma instituição financeira.

Ora, no caso dos autos, o agente na companhia de outros comparsas iniciaram conduta típica de crime contra o patrimônio, começando a executar o plano, inibindo a ação do sistema de alarme da agência bancária, não completando seu intento ou mesmo evoluído na escalada criminosa, por haver despertado a ação policial. Em tais circunstâncias, não há que se falar em meios inidôneos ou crime impossível, porquanto a conduta do agente saiu da esfera dos atos preparatórios, ingressando nos atos de execução, frustrada pela pronta ação policial.

Assim, não se pode reconhecer o crime impossível, pois os meios utilizados pelo acusado não foram absolutamente ineficazes (conforme Auto de Verificação de fls. 166/169) e tampouco pode-se afirmar que os atos praticados foram meramente preparatórios, conforme as provas coletadas. Ocorreu, sim, a tentativa, pois, embora iniciada a execução, o crime não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos agentes.

Sobre o tema a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

"A conduta exige a necessidade de uma repercussão externa da vontade do agente. O pensar e o querer humanos não preenchem características da ação enquanto não se tenha iniciado a manifestação exterior dessa vontade. Não constituem conduta o simples pensamento, a cogita-

ção, o planejamento intelectual da prática de um crime.

"Constituem elementos da conduta um ato de vontade dirigido a um fim e a manifestação dessa vontade (atuação), que abrange o aspecto psíquico (campo intelectual derivado do comando cerebral) e o aspecto mecânico ou neuromuscular (movimento ou abstenção do movimento)" (Manual de Direito Penal, 8ª ed., SP: Atlas, 1994, vol. 1, pág. 100).

E prossegue:

"Na realização do crime há um caminho, um itinerário a percorrer entre o momento da idéia da sua realização até aquele em que ocorre a consumação. A esse caminho dá-se o nome de iter criminis, que é composto de uma fase interna (cogitação) e de uma fase externa (atos preparatórios, atos de execução e consumação).

"Os atos preparatórios são externos ao agente, que passa da cogitação à ação objetiva, como a aquisição de uma arma para a prática de um homicídio ou a de uma chave falsa para o delito de furto, o estudo do local onde se quer praticar um roubo etc. Também escapam, regra geral, à aplicação da lei penal, apesar da opinião dos positivistas que reclamavam a punição como medida de prevenção criminal (teoria subjetiva), uma vez que a lei exige o início de execução (...).

"De qualquer forma, 'o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado' (art. 31).

"Atos de execução (ou atos executórios) são os dirigidos diretamente à prática do crime, 'quando o autor se põe em relação imediata com a ação típica'. A distinção entre atos preparatórios — usualmente impunes — e atos de tentativa — observam Zaffaroni e Pierangelli — é um dos problemas mais árduos da dogmática e, seguramente, o mais difícil da tentativa. Vários critérios são propostos para a diferenciação, considerando-se como atos preparatórios os atos distantes da consumação e atos de execução como os próximos desta (...).

"(...).

"O Código Brasileiro adotou a teoria objetiva (formal) e exige que o autor tenha realizado de maneira efetiva uma parte da própria conduta típica, penetrando, assim, no 'núcleo do tipo', ao dispor no art. 14, que o crime se diz tentado 'quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente' (...)" (ob. cit., págs. 149/150).

Nesse passo, não vigoram os argumentos no sentido de que a perícia seria necessária para a demonstração do efeito do corte do alarme (se total ou parcial), ou prova da existência de dinheiro no banco, colimando a desclassificação para o crime de dano (CP, art. 163).

5. Quanto à autoria, como bem ressaltou o ilustre Procurador de Justiça, embora negada pelo recorrente, deflui cristalina do processado, pois ele foi preso em flagrante na frente do estabelecimento que estava prestes a ser assacado, não tendo explicado de forma razoável sua presença no local (fl. 356).

Em seu interrogatório judicial, relatou que, no dia 18 de janeiro do corrente ano, saiu da comarca de Joinville, onde mora, a fim de visitar

seu tio, João Ressel Neto, que reside no interior da localidade de Rancho Grande, no município de Monte Castelo. Segundo ele, por volta de 1h30min, foi abordado por policiais militares, estando seu veículo estacionado próximo a um escritório de contabilidade, uma vez que tinha parado para ir a um bar ver se tinha algo para comer. Não confirmou as palavras do Policial Civil Jamil Vilson de Souza, quando disse, inicialmente, que o interrogando negou que o veículo era seu, afirmando que a chave estava pendurada na calça. Além disso, aduziu que estava indo até a casa do seu tio e não esperando, ao contrário do que consta de seu depoimento na fase investigatória (fls. 100/101).

No entanto, o tio do apelante, João Ressel Neto, tanto na fase preliminar quanto em Juízo, disse que não sabia que seu sobrinho estava na cidade no dia dos fatos, não tendo combinado nada com ele (fls. 25 e 156).

A testemunha Vilson João dos Santos, apesar de não ter reconhecido o apelante como a pessoa que estava abaixada na frente da agência bancária, afirmou que, quando foi abordado pela polícia, alegou que estava esperando seu tio (fl. 26), acrescentando, em Juízo, o fato de ter vindo de ônibus (fl. 156).

Como bem argumentou o ilustre Promotor de Justiça, "vê-se que a alegada visita ao tio é uma tentativa de álibi para justificar a presença do denunciado em Monte Castelo que não convence.

"Primeiro e mais importante, o tio sequer sabia que o denunciado Adenir voltaria, eis que nada havia sido combinado, ao contrário do que ele afirmou.

"Mais, Rancho Grande, a localidade onde mora o tio, dista 15km após da cidade de Monte Castelo, para quem vem de Joinville pela BR 116, como é notório, e como foi dito pela testemunha Jamil (fl. 149).

"Depois da meia-noite não é hora para visita, de quem sai de Joinville para ir a Monte Castelo.

"Não há qualquer motivo para abandonar a BR, ingressar em Monte Castelo para quem vem de Joinville e se dirige a Rancho Grande, localidade situada nas margens da BR 116, entre Monte Castelo e Santa Cecília. Veja-se que o réu Adenir poucos dias antes estivera na casa do tio João Ressel Neto, pelo que nem eventual justificativa de que não conhecia o caminho é aceitável" (fl. 214).

Ajusta-se, assim, perfeitamente, ao caso dos autos, o conhecido entendimento jurisprudencial de que "aquele que invoca um álibi tem que prová-lo satisfatoriamente, de molde a excluir seguramente a possibilidade de ter sido o autor da infração. Álibi não cumpridamente provado equivale a confissão de crime" (Apelação Criminal n. 28.037, de Laguna, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. 12/4/93). Esta Corte de Justiça já decidiu que cabe ao acusado, que fundamenta a defesa em fato singular e contrário ao que normalmente ocorre em circunstâncias semelhantes, o ônus da prova do argumento" (JC 44/465).

Assim, ao contrário do que afirma a defesa, o acusado não foi preso e condenado apenas por seus antecedentes maculados, tendo sido condenado anteriormente, na comarca de

Joinville, pela prática de crime de tentativa de roubo circunstanciado (fl. 133), além de estar sendo processado na mesma Comarca por delito de receptação (fl. 134).

Como se sabe, "os indícios, quando concludentes e todos desfavoráveis ao réu, autorizam uma sentença condenatória" (JC 13/341), pois "a prova indiciária ou circunstancial tem o mesmo valor que as demais" (E. Magalhães Noronha, Curso de Direito Processual Penal, Ed. Saraiva, 1974, pág. 124); até mesmo porque "em face da doutrina, da jurisprudência e do sistema adotado pelo Código de Processo Penal, pode o magistrado proferir decisão condenatória baseada única e exclusivamente em prova indiciária" (RT 395/309).

Como visto, as circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante, corroboradas pelos depoimentos das testemunhas e pela palavra dissonante do réu, havidos como indícios concludentes, valendo por sua idoneidade e pelo acervo de fatores de convencimento (art. 239 do CPP), convencem da autoria delitiva.

6. De igual forma, como visto, a prova oral coligida confirma a participação de dois ou mais agentes, especialmente no depoimento da testemunha Vilson João dos Santos, que, além do réu, viu duas pessoas pulando o muro da agência bancária.

Nesse sentido:

"Para a configuração da qualificadora do concurso de pessoas, o que se exige é a demonstração do envolvimento de duas ou mais delas, sendo desnecessário sejam identificadas. Demonstrada a presença de outros indivíduos na prática delituosa, potencialmente perigosa para intimidar a vítima, não há como se afastar referida qualificadora" (TACrimSP — AC — rel. Passos de Freitas — RT 704/348).

Não há, portanto, que prosperar o requerimento de desclassificação para a forma fundamental do crime de furto, pelo afastamento da qualificadora do concurso de agentes.

7. Quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, razão não assiste ao apelante.

Dispõe o art. 44 do Código Penal, com a nova redação ditada pela Lei n. 9.714/98:

"As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

"I — aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo".

Essa nova redação do art. 44 do Código Penal fixa requisitos objetivos e subjetivos para substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ("denominadas doutrinariamente de penas alternativas"), estabelecendo-se como condições objetivas, que sempre deverão ser cumpridas: a) pena inferior ou igual a 4 (quatro) anos, se o crime for doloso; b) crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente em crime doloso.

Cumpre assinalar, no tocante à reincidência, que, havendo condenação anterior e não se tratando de réu reincidente específico, ainda assim

poderá obter a substituição, desde que presente um elemento subjetivo: a medida seja socialmente recomendável (§ 3º, art. 44).

De outro vértice, o requisito subjetivo que sempre deverá ser observado para determinar a substituição é a suficiência dessa operação, verificada a partir da análise dos seguintes elementos: a) culpabilidade, b) antecedentes, c) conduta social e a personalidade do condenado, d) motivos e as circunstâncias do crime.

Na espécie, o apelante preenche todos os requisitos objetivos, pois condenado à pena privativa de liberdade de 11 (onze) meses de reclusão, o crime praticado não se utiliza de violência ou grave ameaça (tentativa de furto qualificado) e a reincidência não é específica, já que foi anteriormente condenado pela infração ao disposto no art. 157, § 2º, incs. I e II, do Código Penal (fl. 133).

Todavia, os subjetivos não permitem a substituição pleiteada. Além do delito supramencionado, o apelante responde a outro processo por crime contra o patrimônio (receptação dolosa), em que lhe foi concedida liberdade provisória, cerca de dois meses antes dos fatos (fls. 134). Esse dado, por si só, revela que a substituição da pena é insuficiente à prevenção e repressão do delito em tela.

É o entendimento desta Corte de Justiça:

"É necessária a presença dos requisitos objetivos e subjetivos dispostos no art. 44 do Código Penal, recém alterado pela Lei n. 9.714/98, para a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos. Sendo desfavoráveis as condições do inciso III do art. 44 do Código Penal, inconcebível é a substituição" (Ap. Crim n. 00.005066-0, da Capital, rel. Des. Francisco Borges, j. 23/5/2000).

8. Por fim, o art. 77 do Código Penal veda a concessão do sursis ao condenado reincidente em crime doloso, como é o caso. Ao contrário do que afirma o apelante, na certidão de fl. 133 consta o trânsito em julgado da condenação anterior (8/3/2000), carecterizando, portanto, a reincidência.

Nesse sentido, a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça já assentou que "a reincidência em crime doloso é óbice intransponível à concessão do sursis" (JC 48/485).

9. Diante do exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2001.

Jorge Mussi,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 01.016736-0, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Irineu João da Silva

Constitucional e processual penal — Nulidade — Aditamento para a inclusão de co-autor também na prática de roubo circunstanciado por emprego de arma e concurso de agentes — Condenação fundamentada na prova colhida antes do aditamento, quando o agente figurava como testemunha da acusação — Ausência como parte nas audiências de inquirição das testemunhas de denúncia — Prejuízo evidente — Cerceamento de defesa (CPP, art. 564, inc. III, c*) — Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) — Preliminar acolhida — Processo anulado, a partir da defesa prévia, exclusive — Recursos providos.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 01.016736-0, da comarca de Chapecó (1ª Vara Criminal e Júri), em que são apelantes Márcio Antônio Dellalibera e Marcelo Cavalheiro, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes provimento para, acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa, anular o processo, a partir da defesa prévia de Márcio Antônio Dellalibera, exclusive, devendo ser renovado com observância das prescrições legais.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Chapecó, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Marcelo Cavalheiro, dando-o como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incs. I e II, c/c art. 61, inc. II, letra h, ambos do Código Penal, porque:

"Na tarde do dia 21 de novembro de 1997, por volta das 14h30min, o acusado Marcelo Cavalheiro, acompanhado do adolescente Marcio Antônio Dellalibera (nascido em 13/1/ 1981) e mais um indivíduo conhecido por Gilberto Antônio Jung, dirigiram-se até a residência de Luiz Carlos Winckes, situada na Rua Espírito Santo, no bairro Palmital, todos já imbuídos do mesmo propósito criminoso, qual seja, desfalcar o patrimônio alheio.

"Chegando ao local desejado, o acusado e seus comparsas adentraram na moradia, quando, então, depararam-se com a menor Rosane Fátima Winckes (13 anos de idade), filha do proprietário e, armados de faca, unidos pelo mesmo propósito criminoso e concorrendo para o mesmo fim, usando de violência e grave ameaça contra a indefesa vítima, amedrontaram-na e imobilizaram-na, subtraindo, para si, um televisor marca Semp Toshiba, 17 polegadas.

"Com a posse tranqüila da res furtiva, os meliantes liberaram Rosane, deixando apressadamente o local

e, muito embora as diligências policiais, o bem subtraído não logrou ser recuperado ou apreendido" (fls. 2/3).

Houve aditamento à denúncia, com a inclusão do réu Márcio Antônio Dellalibera, também nas sanções do art. 157, § 2º, incs. I e II, c/c art. 61, inc. II, letra h, ambos do Código Penal, em razão da comprovação de sua maioridade penal, pelos seguintes motivos:

"Na tarde do dia 21 de novembro de 1997, por volta das 14h30min, o acusado Marcelo Cavalheiro, acompanhado do indivíduo denunciado neste aditamento e outro conhecido por Gilberto Antônio Jung, dirigiram- se até a residência de Luiz Carlos Winckes, situada na Rua Espírito Santo, no bairro Palmital, todos já imbuídos do mesmo propósito criminoso, qual seja, desfalcar o patrimônio alheio.

"Chegando ao local desejado, o primeiro acusado e seus comparsas adentraram na moradia, quando, então, depararam-se com a menor Rosane Fátima Winckes (13 anos de idade), filha do proprietário e, armados de faca, unidos pelo mesmo propósito criminoso e concorrendo para o mesmo fim, usando de violência e grave ameaça contra a indefesa vítima, amedrontaram-na e imobilizaram-na, subtraindo, para si, um televisor marca Semp Toshiba, 17 polegadas.

"Com a posse tranqüila da res furtiva, os meliantes liberaram Rosane, deixando apressadamente o local e, muito embora as diligências policiais, o bem subtraído não logrou ser recuperado ou apreendido.

"É perceptível que a Justiça Pública não denunciou Márcio, pois ele, por ocasião da sua ouvida na polícia, alegou que, na época dos fatos, era inimputável.

"Entretanto, agora, sabe-se que o próprio, quando do cometimento do delito, já tinha idade para ser alcançado pela legislação penal e, assim, de qualquer forma, em companhia de Marcelo, todos imbuídos do mesmo intuito delituoso, armados de faca, ameaçaram a pequena vítima Fátima Winckes, de apenas 13 anos de idade e, depois de imobilizá-la, subtraíram, para si, um televisor marca Semp Toshiba, de 17 polegadas, para, em seguida, saírem do local" (fls. 46/47).

Concluída a instrução criminal, os réus Marcelo Cavalheiro e Márcio Antônio Dellalibera restaram condenados, individualmente, à pena de cumprimento de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e pagamento 20 (vinte) dias-multa, no mínimo legal, por infração ao art. 157, § 2º, incs. I e II, do Código Penal, sendo-lhes concedido o direito de recorrer em liberdade.

Inconformados, apelaram por intermédio de seus defensores:

— Marcelo Cavalheiro pretendendo, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade do processo, porque o aditamento da denúncia para incluir o co-réu, após a instrução processual, trouxe-lhe prejuízo. No mérito, pugna pela absolvição, por insuficiência de provas acerca da materialidade e autoria ou, alternativamente, a desclassificação do crime de roubo circunstanciado para o de furto.

— Márcio Antônio Dellalibera objetivando, também, a nulidade do processo porque este se encontra eivado de vícios a partir de fl. 52, ferindo o princípio do contraditório e da ampla defesa. No mérito, busca a absolvição pela dúvida.

Após as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Valdir Vieira, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. Data venia do entendimento do ilustre parecerista, o processo padece de nulidade insanável.

Consoante se infere dos autos, o Dr. Promotor de Justiça requereu fosse a denúncia complementada, com a inclusão de Márcio Antônio Dellalibera, também nas sanções do art. 157, § 2º, incs. I e II, do Código Penal, depois de encerrada a instrução. Tal determinação causou, sem dúvida, manifesto prejuízo não só à defesa de Márcio Antônio Dellalibera, como de Marcelo Cavalheiro, porque não se defenderam adequadamente da prática do crime em concurso de pessoas.

No caso de Márcio, apesar de ter figurado na denúncia como co-réu inimputável, não lhe foi oportunizado o direito ao contraditório e ampla defesa, garantidos constitucionalmente.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, "o contraditório, agora, não pode ser simplesmente garantido, mas deve ser estimulado. E a contraposição dialógica das partes há de ser real e não apenas formal. O juiz cuidará da efetiva participação das partes no contraditório, utilizando para tanto seus amplos poderes, a fim de que não haja desequilíbrios entre os ofícios da acusação e da defesa. Cabe ao Juiz Penal, portanto, integrar e disciplinar o contraditório, sem que com isso venha a perder sua imparcialidade, que sairá fortalecida, no momento da síntese, pela apreciação do resultado de atividades justapostas e paritárias, desenvolvidas pelas partes.

"Algumas conseqüências podem ser imediatamente extraídas dessas considerações: não basta assegurar às partes o direito à prova e às atividades instrutórias (lato sensu) em geral; não basta afirmar a necessidade de que toda a atividade instrutória seja produzida em contraditório; não basta exigir que a autoridade jurisdicional presida a colheita de todas as provas; não basta que o livre convencimento do Juiz se baseie exclusivamente sobre as provas produzidas judicialmente e em contraditório. É ainda necessário que, em cada processo, o Juiz estimule e promova um contraditório efetivo e equilibrado, cabendo-lhe verificar se a atividade defensiva, no caso concreto, foi adequadamente desempenhada, pela utilização de todos os meios necessários para influir sobre seu convencimento. Sob pena de considerar o réu indefeso e o processo irremediavelmente viciado" (O Processo Constitucional em Marcha, 1985, pág. 19).

Eduardo J. Couture, também preleciona que "toda a prova que tenha sido produzida à revelia do adversário é, em regra geral, ineficaz. O sistema de regras do processo probatório é um conjunto de garantias para que a parte contrária possa exercer o seu direito de fiscalização. O princípio dominante nesta matéria é que toda a

prova se deve produzir com a interferência e com a possibilidade de oposição pela parte à qual possa prejudicar" (Fundamentos de Direito Processual Civil, pág. 174, da Trad. de Rubens G. de Souza, SP, 1946).

Sabe-se que a lei brasileira garante que as partes têm direito, por exigência do contraditório, de estarem presentes na produção das provas, como condição essencial à sua validade; por isso é que se tem dito que, "em última análise, tanto será viciada a prova que for colhida sem a presença do Juiz, como o será a prova colhida pelo Juiz, sem a presença das partes" (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, As Nulidades no Processo Penal, SP: Malheiros, 1992, pág. 100).

Na espécie, inicialmente, o Ministério Público ofereceu denúncia apenas contra Marcelo Cavalheiro, referindo-se a Márcio Antônio Dellalibera como co-autor inimputável de um crime de roubo qualificado pelo emprego de arma e concurso de agentes. Após o interrogatório daquele e a inquirição das testemunhas da denúncia, ofertou-se aditamento para incluir Márcio Antônio Dellalibera, em face da descoberta de sua maioridade à época dos fatos. O acusado foi citado e, no interrogatório, negou a participação nos fatos (fl. 50), momento que lhe foi nomeado defensor, o qual apresentou defesa prévia (sem arrolar testemunhas) e, posteriormente, ofertou singelas alegações finais (fl. 57).

Não bastasse isso, na audiência de inquirição das testemunhas de denúncia (Luiz Carlos Winckes, Rosane Fátima Winckes e Paulo Renato Mossi), realizada, repita-se, antes do aditamento, o réu Márcio não estava presente, e, depois de vencidas as fases dos arts. 499 e 500 do CPP (fl. 52), respectivamente, surgiu a sentença, dando ênfase aos depoimentos supramencionados, confirmadores dos "fatos descritos no aditamento da denúncia".

Ora, não há dúvida de que a nulidade decorrente da coleta dos depoimentos das testemunhas de acusação, sem a presença de Márcio Antônio Dellalibera figurando como parte, lhe trouxe sério prejuízo, pois tais testemunhos influíram diretamente na apuração da verdade substancial (art. 566, combinado com o art. 563 do CPP), ainda mais se for considerada a tese defensiva da negativa de autoria, como no caso vertente.

Acerca do princípio do contraditório, cita-se o brilhante julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que se amolda como uma luva à espécie:

"As declarações referidas na decisão, prestadas pelo menor partícipe, e adotadas como fundamentos para a condenação, foram oferecidas tanto na fase policial como em uma sindicância judicial, e, portanto, bem distante do crivo do contraditório — princípio constitucional nem sempre observado e muitas vezes desprezado.

"Como leciona Ada Pelegrini Grinover:

"'O princípio do contraditório indica atuação de uma garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no bro-

cardo romano audiatur et altera pars. Ele é tão intimamente ligado ao exercício sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo' (Teoria Geral do Processo, 8ª ed., SP, Revista dos Tribunais, 1990, pág. 55).

"Qual é o valor que se pode atribuir àqueles relatos? Nenhum. Em primeiro lugar, por não terem sido prestados no procedimento de conhecimento, porque é da lei processual que toda a atividade instrutória há de ser nele produzida e com a mais ampla participação das partes. É regra a prova seja produzida no processo, na instrução, perante o Juiz que a dirige e preside" Afirma Magalhães Noronha, no Curso de Direito Processual Penal, Saraiva, 1996, pág. 116, isso para que a parte possa fiscalizar, reagir e se opor à informação trazida aos autos.

"Em verdade, aquele dado sequer deveria ter sido considerado pelo Juiz sentenciante como elemento de prova, por ser ineficaz, conforme v. acórdão colacionado por Ada Pellegrini Grinover, em O Processo Constitucional em Marcha, Max Limond, 1985, pág. 37, ao cuidar da contraditoriedade da instrução, assentou: 'Toda a prova que tenha sido produzida à revelia do adversário, é, em regra geral, ineficaz. O sistema de regras do processo probatório é um conjunto de garantias para que a parte contrária possa exercer o seu direito de fiscalização. O princípio dominante nesta matéria é que toda a prova se deve produzir com a interferência e com a possibilidade de oposição penal pela parte à qual possa prejudicar' (TJSP — Rel. Márcio Bártoli – RT 689/330)" (Alberto Silva Franco e Rui Stoco, Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, SP: Revista dos Tribunais, 1999, vol. 1, pág. 58).

Violou-se, assim, o sagrado direito de defesa, razão pela qual, de ofício, decreta-se a nulidade do processo, a partir das alegações finais, exclusive.

2. A anulação do processo, no tocante ao réu Marcelo Cavalheiro, por sua vez, também deve ser acolhida, por via reflexa, em face da co-autoria e da colidência de defesas, haja vista que há imputação recíproca.

É verdade que a decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao Juiz e às partes, bem como demora na prestação jurisdicional almejada. No entanto, como o dano por violação do contraditório é concreto e efetivamente demonstrado, porque evidente, não há deixar de reconhecê-lo.

3. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes provimento para, acolhendo a preliminar de cerceamento de defesa, anular o processo a partir da defesa prévia de Márcio Antônio Dellalibera, exclusive, devendo ser renovado com observância das prescrições legais.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 9 de outubro de 2001.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

CONFLITO DE JURISDIÇÃO N. 01.016228-8, DE RIO DO SUL

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Conflito negativo de jurisdição. Inquérito policial instaurado para apurar tentativa de estelionato, quando utilizado cheque pertencente a terceiro, o qual, já assinado por sua titular, fora furtado. Condutas ocorrentes em comarcas diversas. Denúncia. Estelionato. Inépcia, por não descrever qual o meio fraudulento utilizado. Nulidade. Habeas corpus *concedido de ofício. Furto. Competência que se rege pelo local da consumação da subtração que, no caso, ocorreu em Ibirama. Conflito conhecido e acolhido para declarar competente o Juízo de Direito da comarca de Ibirama para ajuizamento de futura manifestação ministerial.*

O agente que subtrai folha de cheque em branco, assinada, e com ela dirige-se até um estabelecimento comercial, após preenchê-la, tão-somente, o valor, visando ao exaurimento, comete crime de furto.

A competência para processar e julgar crime de furto é a do juízo onde ocorreu a subtração, a teor do preceituado pelo artigo 70 do Código de Processo Penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Jurisdição n. 01.016228-8, da comarca de Rio do Sul, em que é suscitante o Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara de Rio do Sul, sendo suscitado o Dr. Juiz de Direito da comarca de Ibirama:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, de ofício, anular o processo a partir da denúncia, inclusive, por inépcia e conhecer do conflito, dando-lhe provimento para declarar competente para o ajuizamento de futura pretensão punitiva o Juízo suscitado (comarca de Ibirama).

Custas legais.

Na comarca de Rio do Sul foi instaurado inquérito policial contra Marilene Bennert, a qual, no dia 10 de junho de 1998, teria emitido o cheque

n. 803079, da conta n. 055.768-7, em nome de Tanea Mara Souza Stupp, da agência central do Besc S.A., de Florianópolis, preenchido no valor de mil novecentos e cinqüenta reais, para a aquisição de um aparelho televisor na Loja Hirt, naquela cidade. Os autos foram remetidos ao juízo da 2ª Vara de Rio do Sul, onde o representante do Ministério Público, à fl. 36v., por entender adequar-se a conduta ao tipo do artigo 155 do Código Penal, eis que a cártula em referência fora subtraída de Daniel Stupp, na cidade de Ibirama, requereu o encaminhamento do feito ao Juízo daquela Comarca, no que foi atendido pela autoridade judicial (fl. 37).

Em Ibirama, o Dr. Promotor de Justiça ofereceu denúncia contra Marilene Bennert, dando-a como incursa nas sanções do artigo 171, caput, na forma tentada. Quando de seu recebimento, foi determinada a expedição de carta precatória à comarca de Rio do Sul para "realização da audiência de proposta de suspensão condicional do processo à acusada, nos termos do artigo 89 da Lei n. 9.099/95" (fl. 42). O ato foi realizado, não tendo, contudo, a acusada aceitado a proposta, resultando, por isso, interrogada.

Na defesa prévia foi suscitada, em preliminar, incompetência do juízo de Ibirama, haja vista que o último ato de execução do crime noticiado na denúncia ocorreu na cidade de Rio do Sul, pelo que para lá deverão ser remetidos os autos. No mérito, defendeu a tese de crime impossível, eis que a fraude foi descoberta pela vítima desde o início, pelo que não teve qualquer prejuízo.

Com vista dos autos, manifestou-se a representante do Ministério Público pela acolhida da preliminar apontada na defesa prévia, argumentando que o juízo competente para processar e julgar o crime de estelionato é o do local da consumação, o qual, no caso, é o da comarca de Rio do Sul (fls. 59/60). Secundando este entendimento, determinou a autoridade judicial a remessa do processo àquela Comarca.

Em Rio do Sul, a MMa. Juíza titular da 1ª Vara acolheu a competência declinada, ratificando os atos até então praticados. Na manifestação de fl. 63, o Dr. Promotor de Justiça, não concordando com a aceitação, assim se pronunciou: "Entendemos que esse Juízo não pode pura e simplesmente receber a competência quando esta foi declinada anteriormente pelo Juízo da Segunda Vara em razão de entender que o delito praticado possui natureza diversa daquele pelo qual a ré foi denunciada. Frente ao exposto, deve o feito ser remetido para a Segunda Vara desta Comarca, a qual, acaso revise seu posicionamento anterior, deve aceitá-lo ou, no caso de manter tal posicionamento, deverá declinar novamente da competência". O pedido foi atendido à fl. 63v., sendo o processo remetido à 2ª Vara daquela mesma Comarca. Nesta Vara, após manifestação ministerial, a autoridade judicial suscitou conflito negativo de jurisdição, quando afirmado: "Conforme provado nos autos e relacionada fundamentação anterior, o crime realizado por Marlene Bennert foi, na realidade, de furto, o qual deve ser apurado no local de sua consumação, qual seja, na comarca de Ibirama".

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Paulo Antônio Günther, em consonância com as razões expostas pela autoridade suscitante, entendeu procedente o conflito, sendo competente para julgar o feito em questão (furto), o juízo de Ibirama.

É o relatório.

Preliminarmente, é concedida ordem de habeas corpus, de ofício, para anular o processo a partir da denúncia, inclusive, em face de sua inépcia. O crime de estelionato, pelo qual Marilene Bennert foi denunciada, tem a seguinte tipificação prevista no artigo 171 do Código Penal: "Obter para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício ou ardil, ou qualquer outro meio fraudulento". A denúncia tem o seguinte teor: "No dia 10 de junho de 1998, por volta das 10 horas, Marilene Bennert dirigiu-se até a Loja Comercial Hirt, situada na cidade de Rio do Sul, na Rua Santos Dummont, n. 330, de propriedade do Sr. Carlos Carmelo Lang, onde quis comprar um aparelho de televisão, sendo que, para efetuar o pagamento de referido bem, apresentou um cheque do Banco Besc, de n. 803079-0, da Conta Bancária n. 055.768-7, em nome de Tanea Mara Souza Stupp, preenchido no valor de R$ 1.950,00 (um mil novecentos e cinqüenta reais).

"Ocorre que no momento em que a acusada apresentou o título, percebeu-se que o mesmo estava preenchido de maneira errônea, pelo que o proprietário do estabelecimento acionou a polícia civil, a qual informou a origem ilícita da cártula (furto), sendo a denunciada, então, conduzida até a Delegacia de Polícia" (fl. 3). Ora, por evidente, o fato de o cheque estar "preenchido de maneira errônea", por si só, não tipifica o crime de estelionato, por faltar à conduta descrita o elemento fundamental, qual seja, a utilização de meio fraudulento.

Anulado o processo, devem ser examinados, para fins de fixação do ajuizamento de futura pretensão punitiva, se for o caso, os elementos coligidos no inquérito para, em tese, ser definido qual o crime ocorrente.

Consoante os elementos colhidos no inquérito policial, o cheque dado em pagamento pela ré foi furtado no dia 6 de junho de 1998, já assinado pela correntista, do porta-luvas do veículo do marido desta, Daniel Stupp. Isso ocorreu na cidade de Ibirama, como noticia o boletim de ocorrência de fl. 16. Posteriormente, a acusada, que negou a autoria do furto, admitiu ter levado a cártula a uma agência bancária, onde não obteve êxito em seu desconto, haja vista ser o documento procedente de agência de outra cidade. Assim, dirigiu-se a uma loja, na cidade de Rio do Sul, onde tentou, sem sucesso, utilizá-lo na compra de um aparelho televisor. Nenhuma dúvida resta, portanto, que a conduta, em tese, amolda-se ao tipo do artigo 155 do Código Penal, posto que, em momento algum, foi cogitada a intenção da ré em induzir a vítima em erro. Ao contrário, o cheque era autêntico, com a assinatura da correntista. Buscou, apenas, o exaurimento do eventual furto (caso reste comprovada a autoria ao final da instrução). Sobre a questão já se decidiu: "Cheque assinado em branco é título ao portador, de sorte que quem o subtrai está furtando, em

verdade, o dinheiro em que ele se converte. A utilização desse cheque pelo autor ou co-autor do furto é fato posterior impunível, sendo absorvido pelo delito do art. 155 do CP" (TJSP — Rev. — Rel. Cunha Camargo — RT 556/312). Ainda: "Em sede de furto, o agente que subtrai talonário de cheques em branco, ao preencher, assinar e descontar as cambiais não faz mais do que exaurir o delito, extraindo dele todo o lucro possível, de modo que eventual enfoque de estelionato não passaria de post factum não punível, absorvido pelo crime antecedente" (TACrimSP — AC — Rel. Carlos Bueno — RJD 18/73).

Assim, em se tratando de apuração da autoria de crime de furto, em princípio, a competência para o processamento e julgamento do processo é da comarca de Ibirama, onde efetivamente ocorreu a subtração. "Além de material, o delito de furto é também crime instantâneo, pois nesse tipo de infração, a consumação se cumpre num só instante, e aí mesmo se esgota, não havendo continuação do momento consumativo" (TACrimSP — AC 1.022.785/4 — Rel. Devienne Ferraz — ADV 77.548). E, de acordo com o preceituado pelo artigo 70 do Código de Processo Penal, a competência será determinada pelo lugar em que se consumar a infração.

Diante do exposto, o presente conflito é conhecido e acolhido para, anulado o processo a partir da denúncia, inclusive, declarar competente para o ajuizamento da pretensão a ser deduzida o Juízo suscitado (comarca de Ibirama).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 25 de setembro de 2001.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

RECLAMAÇÃO

RECLAMAÇÃO N. 00.004806-2, DE XANXERÊ

Relator: Des. Jorge Mussi

Reclamação — Suspensão condicional do processo — Art. 89 da Lei n. 9.099/95 — Oferecimento da proposta pelo Ministério Público — Rejeição pelo acusado — Não aceitação da condição le-

gal de reparar o dano — Circunstância de caráter obrigatório para a concessão da benesse — Tramitação de ação cível que não afasta a composição dos prejuízos na esfera penal, podendo haver posterior compensação — Reedição do pedido de nova proposta — Impossibilidade — Preclusão operada — Acusado que, ademais, atualmente não preenche os requisitos necessários ao oferecimento da medida — Decisão acertada — Ausência de erro ou abuso e de inversão na ordem processual — Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação n. 00.004806-2, da comarca de Xanxerê (2ª Vara/Fazenda Pública), em que é reclamante Pedro Bueno do Prado, sendo reclamado o Dr. Juiz de Direito daquela Comarca:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

1 — Pedro Bueno do Prado, inconformado com a decisão do Juízo da 2ª Vara da comarca de Xanxerê, prolatada nos autos do Processo Crime n. 080.96.001177-3, ao qual responde por suposta infração ao art. 121, § 3º, do Código Penal, que lhe negou a suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95, interpôs, equivocadamente, recurso em sentido estrito, requerendo expressamente a aplicação do princípio da fungibilidade, na hipótese de se entender que o remédio processual correto fosse diverso do ofertado.

Nas suas razões, informou o reclamante que já na denúncia foi cogitada a possibilidade de concessão da suspensão condicional do processo, se preenchidos os pressupostos legais, pelo que o Ministério Público pugnou pela certificação dos seus antecedentes criminais.

Disse que, juntadas as certidões requeridas, demonstrando a inexistência de antecedentes criminais, procedeu-se ao seu interrogatório, após o que foi apresentada a defesa prévia, em que indicou o rol de testemunhas.

Noticiou, ainda, que só após isso é que foi designada audiência para os fins do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, que se realizou em 9/9/1999, quando o Ministério Público propôs a suspensão, condicionando-a, entretanto, à reparação do dano causado (art. 89, § 1º, da Lei n. 9.099/95), deixando, contudo, de especificar o valor do prejuízo e "qual o critério utilizado para quantificá-lo" (fl. 5).

Diante da existência de uma ação civil discutindo a pertinência da reparação em tela, a proposta não restou aceita pelo acusado.

Alegou que o Órgão Ministerial não poderia ter imposto tal condição na hipótese que versa, negando-lhe, assim, um direito subjetivo, e que o ato processual que determinou o prosseguimento do feito está destituído de fundamentação.

Pretende, assim, a reforma da decisão atacada, a fim de que lhe seja possibilitada a suspensão condicional do processo.

Trasladadas as peças indicadas, foi rebatido o recurso e, mantida a decisão (fl. 111), os autos ascenderam a esta superior instância, manifestando-se a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça "pelo não conhecimento do recurso e, se conhecido, pelo seu desprovimento, mantendo-se na íntegra a decisão objurgada" (fl. 118).

Esta colenda Segunda Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, não conhecer do recurso em sentido estrito, determinando a remessa dos autos à Secretaria deste Tribunal, para redistribuição na classe própria (Reclamação), consoante se observa da certidão de julgamento de fl. 120 e do acórdão de fls. 121 a 124.

É o relatório.

2 — Num primeiro momento, em que pese possa aparentar a existência de inversão na ordem legal do processo, porquanto apenas após a apresentação da defesa prévia do reclamante é que restou designada audiência para os fins do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais, este fato não ocorreu.

É que, somente após o oferecimento da defesa preliminar sobreveio aos autos a última certidão de certificação de antecedentes requisitada, não havendo como proporcionar a almejada suspensão antes disso, pois não preenchidos ainda todos os pressupostos necessários à concessão da benesse.

Portanto, evidenciada, na hipótese, a inexistência de inversão processual na decisão do Juiz, que corretamente procedeu ao aguardo da implementação dos requisitos necessários à oportunização do benefício, antes de designar a audiência respectiva.

Nesse sentido, ensina Damásio E. de Jesus:

"Em regra, o Ministério Público pode propor a suspensão do processo por ocasião do oferecimento da denúncia (caput do art. 89). Nada impede, entretanto, que o faça em outra ocasião posterior, desde que presentes as condições da medida. É possível que, quando do oferecimento da denúncia, o autor do fato não tenha ainda preenchido todos os requisitos exigidos pela lei. Após, vêm para os autos os elementos solicitados. Nesse caso, pode o Ministério Público pleitear ao juiz a suspensão da ação penal depois da denúncia. Assim como o sursis, que pode ser aplicado após a sentença condenatória. Uma das finalidades da Lei n. 9.099/95 é desviar o processo do rumo da pena privativa de liberdade. Por isso, em qualquer momento posterior à denúncia e antes da sentença é admissível o sursis processual. Nesse sentido: STF, Plenário, HC n. 74.305, j. 9/12/1996, rel. Min. Moreira Alves, Informativo STF, 57:1 e 3, 18 dez. 1996" (Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, págs. 111 e 112, grifo nosso).

3 — Cabe, além disso, ressaltar que durante a tramitação da ação penal em curso, em momento algum discutiu-se acerca de ter ou não o reclamante direito subjetivo à medida almejada, tanto que à primeira vista, tendo preenchido os requisitos essen-

ciais à concessão do benefício, foi-lhe designada audiência com este exclusivo desiderato, sendo realizada em 9/9/99, consoante já mencionado.

Na realidade, o que se infere dos autos é que oportunizada a suspensão condicional do processo, mediante o cumprimento das condições enumeradas nos incisos do § 1º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, quais sejam: I — reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II — proibição de freqüentar determinados lugares; III — proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; e IV — comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades, circunstâncias estas consideradas de imposição obrigatória, o acusado não aceitou a apresentada no inciso I, ao argumento de que a composição dos danos civis já está sendo discutida na esfera cível, rejeitando, assim, a proposta que lhe foi ofertada (Termo de Audiência de fl. 99).

Não pode agora alegar que não lhe foi oportunizada ou mesmo que lhe foi obstada a suspensão condicional do processo, tão-somente porque condicionada à reparação do dano, pois o fato de se estar discutindo acerca da matéria no juízo cível não tem o condão de afastar a aludida reparação na esfera penal.

Nesse sentido, veja-se:

"Juizado especial criminal — Presença de ação civil. Indenizatória. Exclusão da aplicação das normas da Lei n. 9.099/95. Impossibilidade: O trâmite de ação civil indenizatória não exclui as providências previstas pela Lei n. 9.099/95, sob pena de ferir os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e a própria segurança jurídica.

"Relator Eduardo Pereira — 16ª Câm. — Recurso Apelação — 7/11/96 — Proc. n. 1.020.711 — v. u." (PEDRO BASSETTI NETO. Juizados Especiais Criminais Ilustrado. Lei n. 9.099/95. São Paulo, Iglu, 1999, pág. 170).

Possibilidade teria o reclamante, quando fixado o valor devido em razão do dano causado, de efetuar o ressarcimento durante o período de prova, não lhe sendo condicionada a suspensão ao pagamento prévio do valor arbitrado, sendo que, se durante o transcurso do prazo em que o processo estivesse suspenso sobreviesse decisão condenatória no cível e já houvesse adimplido com a obrigação na seara penal, autorizado estaria a requerer a compensação, não sendo compelido a pagar duas vezes pelo dano decorrente do mesmo fato ilícito.

Ademais, a reparação do dano além de ser um dos principais objetivos almejados pelo Instituto criado pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, consoante se observa no art. 62 da mencionada norma, também é condição obrigatória, como já referido, à concessão do sursis processual, salvo impossibilidade de fazê-lo.

Julio Fabbrini Mirabete, ao comentar sobre os princípios processuais dos Juizados Criminais, aduz que:

"Dispõe-se na lei que o processo perante os Juizados Especiais Criminais tem como um dos objetivos, sempre que possível, a reparação dos

danos sofridos pela vítima. Como o crime ofende um bem-interesse, acarretando lesão real ou potencial à vítima, nos termos do art. 159 do Código Civil, fica obrigado a reparar o dano aquele que, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (culpa), violar direito ou causar prejuízo a outrem. A imperícia, embora não mencionada expressamente, também caracteriza o crime culposo e acarreta a mesma obrigação" (Juizados Especiais Criminais: Comentários, Jurisprudência, Legislação. São Paulo, Atlas, 1996, pág. 37).

E no tocante à obrigatoriedade da reparação do dano, ensina que:

"Ao homologar a proposta aceita de suspensão condicional do processo, o juiz deve, obrigatoriamente, impor as condições legais previstas nos incisos do § 1º do art. 89. Este, expressamente, estabelece a nature- za e o conteúdo das condições de imposição obrigatória. A primeira delas é a de obrigar o acusado à repa- ração do dano causado pelo crime. Em mais esta oportunidade, a lei procura resguardar os interesses da vítima do crime, anteriormente não protegidos adequadamente. A obriga- ção de reparar o dano é uma decor- rência natural da prática do delito, motivo por que a lei a exige como con- dição também da suspensão condi- cional do processo" (op. cit., pág. 160).

Sobre o tema, colhe-se da jurisprudência pátria:

"Suspensão condicional do processo — Reparação do dano — Necessidade.

"O sistema inovado pela Lei n. 9.099/95, permitindo o tratamento benevolente para determinadas situações, não autorizou, todavia, a dispensa da reparação do dano causado pelo crime, a não ser diante da demonstração da impossibilidade de fazê-lo (art. 89, § 1º, inc. I)" (RJDTACrimSP 34/249).

Em caso semelhante, já decidiu esta Corte:

"Penal e processual — Homicídio culposo — Suspensão condicional do processo — Reparação do dano — Recurso parcialmente provido.

"Para suspender condicionalmente o processo é imprescindível que se fixe como uma das condições a reparação do dano" (Apelação Criminal n. 98.014411-6, da Capital, julgada em 1º/12/98).

Portanto, verifica-se que, por seu livre arbítrio, o reclamante optou por não reparar o dano nem demonstrar a impossibilidade de fazê-lo, preferindo deixar a discussão do assunto para a esfera cível.

Com efeito, rejeitando a proposta que lhe foi formulada, não havia outra atitude a ser tomada pelo Juízo a não ser dar continuidade à ação criminal, segundo determina o § 7º do art. 89 da Lei n. 9.099/95, não necessitando a decisão prolatada de qualquer fundamentação, haja vista tratar-se de despacho de mero expediente.

Não fosse isso, acaso provida a presente reclamação, não haveria mais possibilidade de se ofertar ao acusado nova proposta de suspensão

condicional do processo, não só pelo fato de ter-se operado a preclusão, haja vista que já lhe foi oportunizada a benesse e por ele rejeitada, mas também em razão de não mais preencher os pressupostos necessários ao oferecimento do benefício, porquanto ao ser reeditado o pedido nos mesmos autos, o Juiz a quo trouxe à baila informação de que o reclamante está respondendo a outro processo crime, naquela mesma Vara, pela prática de idêntico ilícito penal, tendo, por isso, indeferido o pleito (Termo de Audiência de fl. 106).

Dessa forma, vislumbra-se que não houve qualquer erro ou abuso na decisão do Magistrado que, ante a rejeição da proposta de suspensão condicional do processo pelo ora reclamante e seu defensor, determinou o prosseguimento do feito nos seus ulteriores termos, bem como também inocorreu, na espécie, qualquer inversão na ordem legal do processo.

3 — Pelo exposto, a Câmara conhece do recurso, por ser cabível a discussão da matéria aventada na via eleita, negando-lhe, entretanto, provimento.

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. Valdir Vieira.

Florianópolis, 25 de setembro de 2001.

Alberto Costa,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.019755-7, DE INDAIAL

Relator: Des. Jorge Mussi

Mandado de segurança — Errônea indicação da autoridade coatora — Ilegitimidade passiva ad causam *— Extinção do processo sem exame do mérito — Inteligência do art. 267, VI, do CPC — Sentença mantida — Recurso improvido.*

A impetração do mandado de segurança deve ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha competência para cumprir a decisão judicial eventualmente concessiva da ordem.

Assim não tendo sido feito, correta a decisão que extinguiu a ação mandamental, sem julgamento do mérito, por carência de uma das condições da ação, qual seja, a legitimidade passiva ad causam.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em Mandado de Segurança n. 99.019755-7, da comarca de Indaial (2ª Vara), em que é impetrante Dulceli Aparecida Correia Quintino, sendo impetrado o Delegado de Polícia Civil da comarca de Indaial:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

1 — Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto por Dulceli Aparecida Correia Quintino, pretendendo a reforma da sentença de fls. 36/43, prolatada nos autos do Mandado de Segurança n. 031.98.003750-7, por ela impetrado perante o juízo de primeira instância contra ato do Delegado de Polícia Civil da comarca de Indaial, ação que foi, com fundamento no art. 267, inciso VI, da Lei Processual Civil, julgada extinta sem exame do mérito, haja vista a ilegitimidade passiva para a causa da autoridade indicada como coatora.

Argúi a recorrente que o Magistrado sentenciante não agiu corretamente ao decidir o mandamus sem atender ao requerimento do órgão ministerial, impedindo assim que se comprovasse a veracidade das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora na inicial, tanto da existência de inquérito policial que estaria em trâmite na comarca de Timbó, para averiguar irregularidades na emissão de carteiras nacionais de habilitação, como da aludida carta precatória, oriunda da Delegacia de Polícia de Timbó/SC, que tinha por objeto a apreensão da permissão para dirigir da impetrante recorrente.

Sustenta, outrossim, a legitimidade do recorrido para figurar no pólo passivo da ação mandamental.

Fazendo remissão à inicial, onde afirma ter sido ilegal o ato administrativo de apreensão do referido documento, por ter sido praticado por autoridade incompetente e por não ter sido observado o devido procedimento legal, requer o provimento do inconformismo, com a conseqüente reforma do decisum, sem especificar se para a concessão da segurança ou para a anulação do processo por cerceamento de defesa.

Em alternativa, caso seja reconhecida a ilegitimidade passiva para a causa da autoridade indicada como coatora, pede o reconhecimento da incompetência relativa do juízo e a remessa dos autos ao Juízo da comarca de Timbó/SC.

Devidamente intimado, o recorrido deixou transcorrer in albis o prazo para contra-arrazoar (certidão de fl. 58).

Com vista dos autos, o Ministério Público emitiu parecer pelo conhecimento e improvimento do inconformismo (fls. 60/63).

Os autos ascenderam a este grau de jurisdição, onde foram inicialmente distribuídos à Sexta Câmara

Civil deste Tribunal, como apelação cível em mandado de segurança.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Em acórdão da lavra do Exmo. Sr. Des. Luiz Cézar Medeiros, a Sexta Câmara Civil decidiu, por votação unânime, não conhecer do apelo e determinar a sua redistribuição a uma das câmaras criminais deste egrégio Tribunal, competente para decidir a questão (certidão de julgamento de fl. 77 e acórdão de fls. 78/81).

Redistribuído, o caderno recursal veio concluso para julgamento.

É o relatório.

2 — Impossível dar-se provimento ao recurso.

Evidente a ilegitimidade da autoridade indicada na inicial como coatora para integrar o pólo passivo da ação mandamental, porquanto manifesto tratar-se de mero executor material de ordem contida em carta precatória, expedida por outra autoridade policial, quem na verdade determinou a apreensão do documento referido, ato cuja ilegalidade está-se discutindo.

Com efeito, conforme se depreende do processado, em especial das informações prestadas pelo Delegado de Polícia da comarca de Indaial (fls. 30 e 31), verifica-se que este reconhece ter apreendido a Permissão para Dirigir da impetrante, no entanto esclarece que somente assim procedeu no cumprimento de carta precatória expedida pelo Delegado de Polícia da comarca de Timbó, autoridade que preside inquérito policial com vistas a apurar a responsabilidade pelo crime de falsificação da autenticação de guias de recolhimento das taxas estaduais, indispensáveis à regular emissão do referido documento, naquela localidade.

Cumpre salientar que, em sede de carta precatória, o deprecado limita-se a executar a ordenação da autoridade deprecante, a quem, na verdade, compete a revogação do ato realizado.

Hely Lopes Meirelles leciona:

"Considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas conseqüências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. (...) Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário; (...) 'ad impossibilita nemo tenetur': ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível. Se as providências pedidas no mandado não são da alçada do impetrado, o impetrante é carecedor da segurança contra aquela autoridade, por falta de legitimação passiva para responder pelo ato impugnado" (Mandado de Segurança, 20ª ed., Malheiros, SP, 1998, pág. 55).

In casu, mesmo não sendo o Delegado de Polícia Civil da comarca de Indaial subordinado hieraquicamente ao Delegado de Polícia Civil da comarca de Timbó, uma vez que estão ambos no mesmo nível hierárquico, certo que a impetrante dirigiu o mandamus contra autoridade coatora ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, posto que aquele somente fez cumprir ordem deste, pelo que se cuida o impetrado de mero executor de determinação partida de outra autoridade, não tendo, por isso, competência para corrigir a aventada ilegalidade do ato impugnado.

A propósito, é o entendimento desta Corte:

"Mandado de segurança — Autoridade coatora — Ilegitimidade passiva — Extinção do processo.

"Autoridade coatora é aquela que tem o poder de decidir, podendo rever o ato, não simplesmente aquele servidor que o executa, à ordem do superior" (MS n. 5.295, de Balneário Camboriú, Des. rel. Nilton Macedo Machado, j. em 21/3/1995).

E mais:

"Mandado de segurança — Servidores do DER — Direcionamento contra a Secretária de Estado da Administração — Ilegitimidade passiva — Extinção.

"A impetração do mandado de segurança deve ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha competência para cumprir a decisão judicial eventualmente concessiva da ordem" (MS n. 96.003305-0, da Capital, Des. rel. Eder Graf, j. em 12/8/1996).

Do Superior Tribunal de Justiça, em idêntico vértice:

"Não se pode confundir simples executor material com a autoridade responsável pelo ato inquinado de ilegal. Não cabe mandado de segurança contra quem não tem poder para corrigir a ilegalidade do ato" (REsp n. 123993/DF, rel. Min. Garcia Vieira, j. em 17/2/1998).

Do Supremo Tribunal Federal, cita-se, para alinhavar:

"Legitimidade — Mandado de segurança — Ato decisório e ato executório.

"Define-se a competência para julgamento de mandado de segurança perquirindo-se o autor do ato apontado como de constrangimento. Estabelecida situação a encerrar simples materialização por subordinado, ao qual escape a possibilidade de revê-lo, o mandado de segurança há que ser dirigido contra a autoridade que praticou o ato em sua origem, pouco importando o status daquele que o tenha simplesmente executado" (RMS n. 21.387-6/DF, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 19/2/93, pág. 2.034).

Por fim, no que diz respeito à alegada anemia probatória a embasar a decisão judicial atacada, consistente na ausência de prova material da existência do inquérito policial que investiga a emissão irregular de CNHs na comarca de Timbó e da carta precatória enviada ao Delegado de Polícia deprecado para que apreendesse a Permissão para Dirigir da impetrante, mencionados nas informações, é de se destacar que a via mandamental não comporta dilação probatória, motivo pelo qual impossível tal requisição pelo Juízo a quo, assim como igualmente inviável o redirecionamento da

ação, subtituindo-se a autoridade indicada pela correta.

Nesse norte, a seguinte decisão, da lavra do saudoso Desembargador Eder Graf:

"Mandado de segurança — Errônea indicação da autoridade coatora — Redirecionamento pelo magistrado — Impossibilidade — Ilegitimidade passiva ad causam — Extinção do processo.

"Não podendo o juiz, sem iniciativa da impetrante anterior à notificação, substituir por outra a autoridade indicada como coatora, impõe-se a extinção do feito, proclamando-se a ilegitimidade passiva ad causam" (ACMS n. 5.739, da Capital, j. em 26/3/96).

Do Supremo Tribunal Federal, colhe-se, no mesmo vértice, que "na Reclamação n. 350-7, o Plenário decidiu que o juiz não pode mandar substituir o impetrado, sem a iniciativa da parte, nem emendar ou alterar o pedido inicial, especialmente se houver de declinar de sua competência..." (MS n. 21.425/DF, rel. Min. Néri da Silveira, DJU de 26/11/93, pág. 25.532).

Ademais, como bem salientou o Ministério Público a quo, "tais fatos não apenas passaram a ser objeto de farta divulgação pela imprensa, mas também passaram a ser objeto de comentário popular nesta Comarca, além de terem gerado diversos mandados de segurança, tendo sido apresentada, em outras ocasiões, prova documental da referida existência. Por ser o fato de domínio público na região, eis que as apreensões abrangeram mais de uma centena de pessoas, não há que se falar em controvérsia (...)" (fls. 62 e 63).

Ora, de acordo com o disposto no art. 334, I, do CPC, não dependem de prova os fatos considerados notórios, isto é, tal norma confere ao julgador a possibilidade de aferição da veracidade dos fatos ante a sua publicidade e notoriedade, prescindindo de demonstração inequívoca em forma documental, para a prolação da sentença, como ocorre na hipótese em exame, até porque a autoridade apontada como coatora, e quem inicialmente reportou para a existência de referidos documentos comprobatórios, por ser autoridade policial, goza de fé pública, pelo que suas informações veiculadas em Juízo revestem-se de presunção juris tantum de veracidade, não tendo, salvo demonstração em contrário, inexistente nos autos, qualquer motivo para manifestar-se de forma diversa da realidade.

Logo, andou bem a sentença que conheceu de ofício a ilegitimidade do impetrado para figurar no pólo passivo do writ, extinguindo, com fundamento no art. 267, inciso VI, o processo sem julgamento do mérito.

3 — Diante do exposto, conhece-se do recurso interposto, mas nega-se-lhe provimento, para manter inalterada a decisão atacada.

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, a Exma. Sra. Dra. Rosa Maria Garcia.

Florianópolis, 25 de setembro de 2001.

Alberto Costa,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL N. 00.000843-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Newton Trisotto

Administrativo — Funcionário público — Membro do Ministério Público — Licença-prêmio não gozada — Aposentadoria — Direito a indenização — Quantum *— Férias — Acréscimo de um terço.*

1. Segundo Carlos Alberto Bittar, "inobstante constitua a sua mais importante forma de expressão a norma escrita — a lei –, o direito não se cinge a normas e, muito menos, a normas positivas. O direito compreende — como se sabe — o costume, a jurisprudência e outras inúmeras formas". Todo o ordenamento jurídico rege-se por princípios.

Constitui princípio universal de direito, implicitamente inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. XXIII), que a ninguém é lícito se locupletar do trabalho alheio. Nele se funda a obrigação de o Poder Público indenizar o servidor aposentado pelas férias e licenças-prêmio não gozadas oportunamente, independentemente de se perquirir se não o foram por "imperiosa necessidade de serviço", por culpa da Administração.

2. O membro do Ministério Público inativo tem direito à indenização correspondente aos períodos de férias e de licenças-prêmio não gozadas. Não é exaustiva a enumeração de licenças que consta do art. 39 da LC n. 40/81 (revogada "Lei Orgânica do Ministério Público") — e, por extensão, do art. 69 da LC n. 35/79 ("Lei Orgânica da Magistratura Nacional").

3. No cálculo da indenização deve ser considerado o valor bruto dos proventos na data da liquidação, não se computando, em relação às férias, o acréscimo (1/3) de que trata o inc. XVII do art. 7º da Constituição Federal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 00.000843-5, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 2º Cartório), em que é apelante Estado de Santa Catarina e apelado Paulo Roberto Vidal:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar a preliminar de cerceamento de defesa, negar provimento ao recurso do réu e dar provimento àquele do autor. De ofício, reformar parcialmente a sentença sob reexame necessário (CPC, art. 475, II) para excluir da condenação a quantia correspondente a 1/3 (um terço) incidente sobre o valor das férias não gozadas e para isentar o réu do pagamento das custas judiciais (LC n. 156/97).

I — Relatório

Paulo Roberto Vidal, Promotor de Justiça aposentado, ajuizou "ação ordinária de indenização" contra o Estado de Santa Catarina.

Apresentada a contestação (fls. 25/39) e ouvido o representante do Parquet (fls. 49/52), o Dr. Adilor Danielli julgou procedente o pedido. Condenou o "Estado de Santa Catarina a pagar a importância correspondente a duas vezes seus proventos mensais como Promotor de Justiça, além de 1 (um) mês de férias acrescido de 1/3 constitucional, a ser apurado em liquidação de sentença", mais as custas judiciais e os honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. Ao julgar os embargos de declaração, esclareceu que a "indenização deve ter como base a remuneração integral recebida pelo autor na data da liquidação" (fl. 84).

As partes não se conformaram com o decisum.

O autor pede que o réu seja condenado a pagar juros moratórios, "que são devidos desde a data em que foi negado ao recorrente o direito de receber em pecúnia os períodos de férias e licenças-prêmio não gozadas".

O Estado de Santa Catarina, reeditando argumentos já expendidos na defesa, sustenta que: a) houve cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide; b) a sentença carece de fundamentação; c) "se lesão havia, no ajuizamento da ação ela já podia ser expressa em valores exatos (art. 259, I, CPC)" e, "assim, não poderia o dispositivo condenatório deixar de especificar quais os valores (expressos em moeda), e a que título, deveriam ser indenizados"; d) "os valores eventualmente devidos deverão ser aqueles equivalentes aos vencimentos com todos os descontos legais"; e) "não existe amparo legal à interpretação de que aos membros do Ministério Público — estadual e federal — é garantido o direito à licença-prêmio"; f) as férias de 60 (sessenta) dias por ano concedidas aos representantes do Ministério Público lhes retira o direito à percepção de licença-prêmio; g) veda a LC n. 36/91 "a conversão em dinheiro, parcial ou total, da licença-prêmio concedida e não gozada"; não tendo o autor direito à indenização deferida; h) não há relação de causalidade entre os atos da Administração e o prejuízo experimentado pelo autor para que seja obrigada a indenizá-lo. Após a decisão dos em-

bargos de declaração, o réu ofereceu aditamento ao seu recurso, aduzindo que "em sede de indenização de valores não pagos anos atrás" não pode haver "condenação futura em valores da data da liquidação", pois deve ela tomar como base os "valores vigentes na data da aposentação, acrescidos de juros e correção monetária na forma de praxe".

Os recursos foram respondidos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso do réu e pelo provimento daquele do autor "para se fixar os juros incidentes sobre as verbas condenatórias e o termo inicial de contagem". Também opinou pela reforma da sentença, de ofício, para que seja o Estado isentado do pagamento das custas judiciais (LC n. 156/97).

II — Voto

1. O apelado é Promotor de Justiça, tendo passado para a inatividade em agosto/95 (fl. 7).

Reclama o pagamento de indenização correspondente a um mês de férias (primeiro período do ano de 1984) e a dois meses de licença-prêmio (maio/88 a maio/93) não gozadas oportunamente. Pede que seja o réu condenado a lhe pagar R$ 16.632,00 (dezesseis mil, seiscentos e trinta e dois reais) relativos às licenças-prêmio e R$ 11.088,00 (onze mil e oitenta e oito reais) relativos às férias, totalizando R$ 27.720,00 (vinte e sete mil, setecentos e vinte reais), acrescidos de 1/3 (um terço), conforme o inc. XVII do art. 7º da Constituição Federal.

O MM. Juiz de Direito condenou o Estado a "pagar a importância correspondente a duas vezes seus proventos mensais como Promotor de Justiça, além de 1 (um) mês de férias acrescido de 1/3 constitucional, a ser apurado em liquidação de sentença" (fl. 57), esclarecendo, ao examinar os embargos de declaração, que a "indenização deve ter como base a remuneração integral recebida pelo autor na data da liquidação" (fl. 84).

Na sentença, assentou que, "se o funcionário público continuou a exercer sua função, enquanto deveria gozar licença-prêmio ou férias, mesmo que não tenha havido uma demonstração expressa da necessidade de serviço pela Administração, pode-se dizer que ela existiu tacitamente ao permitir que o funcionário permanecesse em serviço. O direito à licença-prêmio e às férias não fica prejudicado por não ser gozado enquanto o autor estava exercendo, normalmente, suas atividades".

2. Segundo Carlos Alberto Bittar — e com ele estou inteiramente de acordo —, "inobstante constitua a sua mais importante forma de expressão a norma escrita — a lei — o direito não se cinge a normas e, muito menos, a normas positivas. O direito compreende — como se sabe — o costume, a jurisprudência e outras inúmeras formas" (Os direitos da personalidade, Forense Universitária, 1989, 1ª ed., pág. 8).

Com ele consoa Barbosa Moreira:

"O ordenamento jurídico, evidentemente, não se exaure naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. Nem é menos grave o erro do

julgador na solução da quaestio juris quando afronte norma que integre o ordenamento sem constar literalmente de texto algum" (Comentários ao Código de Processo Civil, 7ª ed., vol. V, pág. 129).

O ordenamento jurídico rege-se por princípios. Conforme Ruy Samuel Espíndola, "os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante" (Conceito de princípios constitucionais, RT, 1999, pág. 66).

No expressivo dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustém e alui-se toda a estrutura neles esforçada" (Elementos de direito administrativo, 1980, 1ª ed., pág. 230).

Constitui princípio universal de direito, inscrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. XXIII), que ninguém pode se locupletar do trabalho de outrem. Implicitamente, encontra-se ele inserido na Constituição Federal entre os "direitos e garantias individuais" (art. 5º, § 2º) e no Código Civil. Segundo Washington de Barros Monteiro, "o Código adota princípio segundo o qual todo enriquecimento desprovido de causa produz, em benefício de quem sofre o empobrecimento, direito de exigir repetição" (ou indenização, acrescento). "Essa obrigação de restituir funda-se no preceito de ordem moral de que ninguém pode locupletar-se com o alheio (nemo potest locupletari detrimento alterius ou nemo debet ex aliena jactura lucrum facere)" (Curso de direito civil, Saraiva, 12ª ed., 4º vol., 1ª parte, pág. 268).

Não há forma mais censurável de enriquecimento sem justa causa do que a resultante da exploração do trabalho alheio.

Por óbvio, o princípio em comento aplica-se também às relações de trabalho estabelecidas com o Poder Público, que não se exonera da obrigação de indenizar nem mesmo se nulo o contrato, conforme já restou assentado em decisões desta Corte:

"'É nulo o contrato de trabalho, em face da contratação sem concurso público na vigência da CF/88, não havendo que se falar em condenação ao pagamento de qualquer parcela de natureza trabalhista. Somente é devido o pagamento do equivalente à contraprestação do período trabalhado e não pago, isto é, o quantum devido levando-se em conta o que foi ajustado, e não o previsto em qualquer norma reguladora do contrato de emprego. Ofensa ao art. 37, II e § 2º, da CF/88 caracterizada' (TST—RR n. 488391, Min. Rider Nogueira de Brito, DJ 19/10/2001, pág. 637)" (Ap. Cív. n. 99.022704-9, Des. Francisco Oliveira Filho).

Se o servidor não gozou as férias e/ou as licenças a que tinha direito, produziu trabalho em favor da sociedade que, indiretamente, o contratou.

Poder-se-á alegar que esse serviço seria prestado pelo seu substituto. Porém, com prejuízo às suas funções normais, evidentemente. A acumulação de atribuições sempre resultará em prejuízo ao serviço público, salvo a hipótese — sequer aventada — de haver excesso no quadro de servidores.

Por isso, penso que para a solução da quaestio é absolutamente dispensável prova de que o autor não gozou as férias e as licenças-prêmio por necessidade de serviço. Conseqüentemente, rejeito a alegação de ser nulo o processo por cerceamento de defesa.

Anoto que pleitos semelhantes foram formulados por Renato Wolff (Procurador do Estado), Cyro Campos, Arno Schmidt, Francisco Luiz Gottardi e Eloir André Kuser (Procuradores de Justiça). Todos foram acolhidos, conforme se infere das ementas dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça a eles referentes:

"A decisão judicial que considera desnecessária produção de provas, julgando antecipadamente a lide, não configura cerceamento de defesa. A licença-prêmio não gozada por servidor deve ser convertida em pecúnia, no momento da aposentação, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.

Os valores devidos devem ser atualizados por ocasião da liquidação da sentença" (REsp n. 198.838, Min. Gilson Dipp).

"1. A conversão em pecúnia de ferias e licença-prêmio, não gozadas por servidor aposentado em benefício do interesse público, trata-se de mera indenização. Inaplicável, pois, o disposto no art. 1.536 do Código Civil" (AGA n. 54.741, Min. Edson Vidigal).

"É devida a conversão em pecúnia de licença-prêmio, não gozada por servidor aposentado por necessidade do serviço, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração" (REsp n. 65.833, Min. Edson Vidigal).

3. Sustenta o Estado que os membros do Ministério Público não têm direito à licença-prêmio.

No tocante às licenças, dispõe a LC n. 35, de 14/3/79, denominada de "Lei Orgânica da Magistratura Nacional":

"Art. 69. Conceder-se-á licença:

"I — para tratamento de saúde;

"II — por motivo de doença em pessoa da família;

"III — para repouso à gestante".

A LC n. 40, de 14/12/81, já revogada, que estabelecia "normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público Estadual", prescrevia:

"Art. 39. Conceder-se-á licença:

"I — para tratamento de saúde;

"II — por motivo de doença em pessoa da família;

"III — para repouso à gestante".

Observa-se que na Loman ("Lei Orgânica da Magistratura Nacional") e na revogada Lomin ("Lei Orgânica do Ministério Público"), no tocante às licenças, as regras eram absolutamente idênticas. A interpretação que for extraída do 39 da Lomin não pode

ser diferente daquela do art. 69 da Loman.

Quando do julgamento da Ação Originária n. 155-2, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

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

Já adotei esse entendimento (EI n. 1996.00687-7). Melhor refletindo a respeito da quaestio, admito, data maxima venia, que ele é equivocado.

Promulgada a atual Constituição Federal, sobreveio a Lei n. 8.625, de 12/2/93, que instituiu a "Lei Orgânica do Ministério Público", dispondo, ainda, "sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados". Quanto às licenças, estabelece:

"Art. 52. Conceder-se-á licença:

"I — para tratamento de saúde;

"II — por motivo de doença de pessoa da família;

"III — à gestante;

"IV — paternidade;

"V — em caráter especial;

"VI — para casamento, até oito dias;

"VII — por luto, em virtude de falecimento do cônjuge, ascendente, descendente, irmãos, sogros, noras e genros, até oito dias;

"VIII — em outros casos previstos em lei.

"Parágrafo único. A Lei Orgânica disciplinará as licenças referidas neste artigo, não podendo o membro do Ministério Público, nessas situações, exercer qualquer de suas funções".

Três meses depois, mais precisamente em 20/5/93, foi publicada a LC n. 75, que "dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União", alterando a questão das licenças:

"Art. 222. Conceder-se-á aos membros do Ministério Público da União licença:

"I — por motivo de doença em pessoa da família;

"II — por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro;

"III — prêmio por tempo de serviço;

"IV — para tratar de interesses particulares;

"V — para desempenho de mandato classista".

A Lei Complementar n. 197, de 13/7/00, instituiu a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, assim dispondo a respeito das licenças:

"Art. 188. Conceder-se-á licença:

"I — para tratamento de saúde;

"II — por motivo de doença em pessoa da família;

"III — à gestante, de cento e vinte dias;

"IV — paternidade, até oito dias;

"V — em caráter especial;

"VI — para casamento, até oito dias;

"VII — por luto, em virtude de falecimento do cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente, enteados, irmãos, sogros, nora, genro, padrasto e madrasta, até oito dias;

"VIII — licença-prêmio, nos termos do art. 195 desta Lei Complementar;

"IX — por adoção;

"X — em outros casos previstos na lei".

Considerando que a Lei n. 8.625 ("Lei Orgânica Nacional do Ministério Público"), que contém "normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estado", não prevê, expressamente, a concessão de licença-prêmio aos membros do Ministério Público (federal e estadual), pelo raciocínio desenvolvido na AO n. 155-2 seria forçoso concluir que são inconstitucionais o art. 222 da Lei Complementar Federal n. 75/93 e o art. 188 da Lei Complementar Estadual n. 197, de 13/7/00. Porém, ter-se-ia igualmente que admitir inconstitucional dispositivo de lei complementar em face de norma geral fixada em lei ordinária. A toda evidência, a hipótese é absurda.

Infere-se, portanto, que os legisladores que aprovaram a Lei n. 8.625/93 não pretenderam tornar exaustiva a enumeração contida no art. 52.

E penso que também não é exaustiva aquela do art. 39 da Loman. A prevalecer o entendimento afirmado na AO n. 155-2, os magistrados não teriam direito à licença por "motivo de doença de pessoa da família", "para casamento" e "por luto, em virtude de falecimento de cônjuge, ascendente, descendente, irmãos, sogros, noras e genros" (Lei n. 8.625/93, art. 52, II, VI e VII), direitos que são assegurados a todos os trabalhadores (CLT, arts. 472; 320, § 3º) e servidores públicos (Lei n. 6.745/85, arts. 26 e 29).

Conquanto sem relevância para solução do litígio, concordo com os Ministros Néri da Silveira (fl. 76) e Sepúlveda Pertence (fl. 82); as férias anuais de sessenta dias justificam-se, dentre outras razões, também para compensar a perda do direito à licença-prêmio. Porém, não está em discussão situação hipotética, mas caso concreto, que deve ser solucionado à luz das normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes. E, segundo Sebástian Soler, referido por Celso Delmanto, "uma coisa é a lei, outra a nossa opinião; quando ambas não coincidem, ninguém impedirá de dizer o que pensamos a respeito. Todavia, precisamos saber distinguir o que é a lei daquilo que desejávamos que ela fosse" (RT 549/448).

O Congresso Nacional (pela LC n. 75/93) e a Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina (pela LC n. 197/00) outorgaram aos membros do Ministério Público direito à licença-prêmio. Não vislumbro razões para rejeitar o pedido de indenização só porque relacionada com período anterior à vigência dessas leis.

4. Também alega o Estado que o deferimento do pleito do autor deve ser rejeitado à vista do disposto na LC n. 36/91, que veda a conversão da licença-prêmio em pecúnia (art. 2º).

Não há relação imediata entre a situação prevista na lei referida e aquela em que se funda o pedido que, repito, é de caráter indenizatório.

Antes da LC n. 36/91, ao servidor público em atividade era facultado converter um mês de licença-prêmio em pecúnia; no caso em exame, o pedido foi formulado por servidor público aposentado.

5. Quanto ao montante da indenização, conforme a jurisprudência (STJ, Súmula 136), nessas hipóteses não é devido o imposto de renda retido na fonte. Pela mesma razão, não são devidas as demais verbas, notadamente a contribuição previdenciária, esta à vista do disposto na EC n. 20/98 e na Lei Estadual n. 11.080/99.

6. Também sustenta o Estado que houve julgamento ultra petita pois, tendo o autor formulado pedido certo, não poderia o MM. Juiz de Direito prolatar sentença ilíquida (CPC, art. 459, parágrafo único).

Acerca dessa regra, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"Não importa em violação ao parágrafo único do art. 459 do CPC, a decisão de segunda instância, reduzindo a indenização, de sorte a considerar fatores a dela deduzir, dependentes de liquidação, seja porque não se afasta da unidade constante do pedido, seja porque dita regra somente tem aplicação em primeira instância" (REsp ns. 3.719 e 12.792, Min. Dias Trindade).

Há precedente daquela Corte admitindo que seja o quantum da indenização correspondente à licença-prêmio apurado em liquidação:

"A decisão judicial que considera desnecessária produção de provas, julgando antecipadamente a lide, não configura cerceamento de defesa.

"A licença-prêmio não gozada por servidor deve ser convertida em pecúnia na data da aposentação, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.

Os valores devidos devem ser atualizados por ocasião da liquidação da sentença" (REsp n. 198.838, Min. Gilson Dipp).

7. O autor reclama a reforma do decisum para "efeito de fixar os juros incidentes sobre as verbas condenatórias e o termo inicial de sua contagem" (fl. 94). Procede o reclamo. Os juros de mora são devidos e têm como termo inicial a data da citação (CPC, art. 219).

8. O montante da condenação não compreende a importância correspondente ao acréscimo de 1/3 (um terço) das férias (CF, art. 7º, XVII). Não é ela devida porquanto se destina a proporcionar ao empregado, inclusive ao servidor público, recurso financeiro adicional para melhor usufruir suas férias.

Aresto da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, aplicável ao caso sub examen por analogia, corrobora a afirmação:

"A verba pertinente a 1/3 de férias não é devida aos inativos, porquanto se trata de vantagem destinada a quem, efetivamente, usufrui dessas férias, sendo, pois, devida exclusivamente ao servidor da ativa" (ROMS n. 11.547, Min. Felix Fischer).

Embora a quaestio não tenha sido suscitada, é possível dela conhecer pois que a sentença se submete a reexame necessário (CPC, art. 475, II; Ap. Cív. n. 1999.001466-5).

9. Por força da Lei Complementar n. 156/97, posteriormente alterada pela de n. 161/97, não são devidos custas e emolumentos no processo "do qual tenha sido vencida a Fazenda do Estado e dos municípios, direta ou por administração autárquica, quanto ao ato praticado por servidor remunerado pelos cofres públicos" (art. 35, alínea i).

10. Pelas razões expostas, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa, nego provimento ao recurso do réu e dou provimento àquele do autor. De ofício, reformo parcialmente a sentença sob reexame necessário (CPC, art. 475, II) para excluir da condenação o acréscimo (1/3) de que trata o inc. XVII do art. 7º da Constituição Federal e para isentar o réu do pagamento das custas judiciais.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, rejeitaram a preliminar de cerceamento de defesa, negaram provimento ao recurso do réu e deram provimento àquele do autor. De ofício, reformaram parcialmente a sentença sob reexame necessário (CPC, art. 475, II) para excluir da condenação a quantia correspondente ao 1/3 (um terço) incidente sobre o valor das férias não gozadas e para isentar o réu do pagamento das custas judiciais.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Cézar Medeiros e Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 28 de junho de 2001.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente para o acórdão;
Newton Trisotto,
Relator.

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.503-6/RJ

Relator: Ministro Maurício Corrêa
Requerente: Procurador-Geral da República
Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Ementa: Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escolha de cargos de direção. Matéria reservada à lei complementar. Competência dos tribunais de justiça. Limites.

A eleição para o preenchimento dos cargos de direção dos tribunais de justiça dos estados é disciplinada pelo artigo 102 da Lei Complementar n. 35/79 (Loman), recebida pela atual ordem constitucional (CF, artigo 93).

Os Regimentos Internos dos tribunais podem explicitar os meios para a sua realização, desde que obedecidos os limites e parâmetros estabelecidos na lei.

Neles é vedada, contudo, a inclusão de instruções sobre o processo eleitoral interno que ultrapassem as regras básicas da lei complementar.

Inconstitucionalidade do segundo período do § 4º do artigo 11 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, julgar procedente, em parte, a ação direta e declarar a inconstitucionalidade, no § 4º do artigo 11 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de

Janeiro, da expressão "No caso do art. 2º, se no segundo escrutínio nenhum dos dois candidatos obtiver o voto da maioria dos membros do Tribunal, ter-se-ão ambos como rejeitados para o cargo e reiniciar-se-á a eleição, recomposta a lista, se necessário, mediante a inclusão dos desembargadores elegíveis, que se seguirem em antigüi- dade, em número igual ao dos recusa- dos, sem prejuízo da possibilidade de concorrerem estes aos demais cargos".

Brasília, 29 de março de 2001.

Carlos Velloso,
Presidente;
Maurício Corrêa,
Relator.

RELATÓRIO

Senhor Ministro Maurício Corrêa: O Procurador-Geral da República, com fundamento no artigo 103, inciso VI, da Constituição Federal, argúi a inconstitucionalidade dos §§ 2º, 3º e 4º do artigo 11 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que têm o seguinte teor:

"Art. 11...

"§ 2º — O Presidente determinará a distribuição de cédulas datilografadas e uniformes, com os nomes dos que podem ser votados. Não se apurarão os votos apresentados de outro modo, nem as cédulas que contiverem dizeres ou sinais capazes de permitir a identificação dos votantes.

"§ 3º — Considerar-se-á eleito o concorrente que obtiver a maioria de votos dos presentes, salvo no caso do art. 2º, em que será necessário, para a eleição, o voto da maioria dos desembargadores existentes.

"§ 4º — Se nenhum dos concorrentes obtiver o número de votos indicado no § 3º, proceder-se-á a novo escrutínio ao qual só concorrerão os dois mais votados, havendo-se por eleito o que obtiver o voto de pelo menos metade dos votantes e, no caso de empate, o mais antigo, ou, sendo igual a antigüidade, o mais idoso. No caso do art. 2º, se no segundo escrutínio nenhum dos dois candidatos obtiver o voto da maioria dos membros do Tribunal, ter-se-ão ambos como rejeitados para o cargo e reiniciar-se-á a eleição, recomposta a lista, se necessário, mediante a inclusão dos desembargadores elegíveis que se seguirem em antigüidade, em número igual ao dos recusados, sem prejuízo da possibilidade de concorrerem estes aos demais cargos".

2. Alega o requerente que foram violados os artigos 93, caput, e 96, inciso I, alínea a, da Constituição Federal, visto que o provimento dos cargos de direção dos tribunais judiciários, de um modo geral, deve observar o critério de antigüidade, mediante prévia elaboração da lista dos nomes por ordem decrescente, em número correspondente aos dos cargos pendentes no processo de escolha.

3. Ao apreciar a medida cautelar, esta Corte decidiu suspender a eficácia apenas do segundo período do § 4º do artigo 11 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão assim ementado:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Cargos de direção do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Regimento Interno: art. 11, §§ 2º, 3º e 4º. Matéria afeta à Lei Complementar n. 35/79 (Loman).

"1. Não se vislumbra inconstitucionalidade do § 2º do art. 11 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que apenas estabelece procedimento para a coleta de votos mediante cédulas datilografadas e uniformes, com os nomes dos que podem ser votados, entendendo-se como sendo os que atendam às condições previstas no art. 102 da Loman.

"2. Indeferida a liminar quanto ao § 3º, por não afrontar o texto constitucional e a Lei da Magistratura Nacional.

"3. A CF/88 recepcionou a norma contida no art. 102 da Lei Complementar n. 35/79 (Loman), que fixa o período de mandato nos tribunais, não restando dúvida acerca de sua plena validade.

"4. Cautelar deferida apenas para suspender a eficácia do segundo período do § 4º do mesmo art. 11 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro" (fl. 244).

4. O Tribunal de Justiça prestou informações, sustentando a constitu- cionalidade do dispositivo cautelar- mente suspenso — § 4º do artigo 11 do RITJRJ —, verbis:

"(...).

"A Loman estabelece que 'os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição'.

"A Constituição Federal, no art. 96, I, a, atribui aos Tribunais competência privativa para 'eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos'.

"No caso em apreço, o art. 11 do Regimento Interno do nosso Tribunal estabelece que a eleição será realizada com a presença mínima de dois terços dos desembargadores existentes, considerando-se eleito o concorrente que obtiver o voto da maioria dos desembargadores existentes, ou seja, maioria qualificada, nos termos do parágrafo terceiro do citado artigo.

"Todavia, se nenhum dos concorrentes alcançar a maioria qualificada de votos, proceder-se-á a novo escrutínio, ao qual só concorrerão os dois candidatos mais votados, havendo-se por eleito o concorrente que obtiver, no mínimo, o voto da metade dos votantes, vale dizer, maioria simples, de acordo com o § 4º, primeira parte, do mencionado artigo 11.

"Mas, nesse momento, surge a questão nodal: se nenhum dos concorrentes, no segundo escrutínio, alcançar a maioria simples dos votantes? Quem, dentre eles, poderá ser declarado eleito?

"A Constituição Federal é omissa, bem como a Lei Orgânica da Magistratura Nacional — a denominada Loman.

"Por essa razão, a segunda parte do § 4º do art. 11 dá a solução regimental: os dois candidatos serão considerados rejeitados para o cargo em disputa, e a eleição prosseguirá

com a recomposição da lista, mediante a inclusão dos desembargadores elegíveis que se seguirem em antigüidade, em número igual ao dos recusados, sem prejuízo destes concorrerem aos demais cargos.

"Daí se infere que não há antinomia entre o segundo período do § 4º do artigo 11 do Regimento Interno desta Corte de Justiça com o disposto no art. 102 da Lei Complementar n. 35/79, uma vez que este último dispositivo não trata da hipótese versada na norma regimental impugnada.

"O art. 102 da Loman refere-se expressamente à eleição, e esta significa 'escolher por votação, preferir entre dois ou mais (Minidicionário Aurélio, Ed. Nova Fronteira, 3ª ed., pág. 198).

"Torna-se induvidoso que o Tribunal, pela maioria de seus membros, pode recusar os candidatos a determinado cargo de direção.

"Pensar-se de modo contrário, na suposição de que a manifestação de vontade do membro mais antigo, por si só, seria suficiente para a sua eleição, importaria na negação do próprio processo eleitoral que, no regime de um Estado de Direito, repousa no princípio da livre manifestação da vontade dos eleitores, com igual valor para todos (art. 14 da Constituição Federal).

"O Poder Judiciário não foge à regra, como expressão de uma das funções essenciais do Estado, e pretender-se coartar a manifestação de vontade dos membros dos Tribunais de Justiça por ocasião da eleição de seus órgãos diretivos, constitui verdadeira afronta ao regime democrático, sobretudo quando se sabe que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional em vigor constitui resquício do período autoritário que dominou largo período da vida política brasileira" (fls. 219/222).

5. O Advogado-Geral da União, reportando-se à manifestação do Tribunal de Justiça, defende a constitucionalidade dos dispositivos impugnados (fls. 251/260).

6. O Ministério Público Federal opina pela procedência parcial da ação, em parecer assim ementado:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 11, §§ 2º, 3º e 4º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

"Aduz o autor que os dispositivos questionados contrariam os artigos 93, caput, e 96, inciso I, alínea a, ambos da Constituição Federal, visto que o provimento dos cargos direcionais dos Tribunais Judiciários, de um modo geral, deve observar o critério de antigüidade, mediante prévia elaboração da lista com os nomes dos candidatos, por ordem decrescente, e em número correspondente aos dos cargos pendentes; e que tais dispositivos estariam ensejando a efetivação de um processo eleitoral não referendado pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Compatibilidade dos §§ 2º e 3º do artigo 11 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro com o texto constitucional. O processo de escolha dos cargos diretivos, bem como seu sistema de eleição constituem matérias que dizem respeito à organização e funcionamento do Poder Judiciário, e por assim ser, que estão afetas, por efeito de reserva constitucional, ao domínio

normativo de Lei Complementar, não cabendo ao Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro seu disciplinamento. Precedentes do STF. A autonomia do Poder Judiciário, que confere aos tribunais a prerrogativa institucional do autogoverno, não lhes permite veicular, livremente, em sede regimental, a disciplina normativa referente à eleição e à estipulação dos requisitos de elegibilidade para os cargos de sua administração superior. Parecer pela procedência parcial da presente ação direta para que seja declarada a inconstitucionalidade do § 4º do art. 11 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (fls. 262/263).

É o relatório de que se extrairão cópias a serem enviadas aos Senhores Ministros (RISTF, artigo 172).

VOTO

Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator): Insurge-se o requerente contra dispositivos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por ingerência indevida em área reservada pela Carta de 1988 à lei complementar.

2. Afirma que a matéria sobre o sistema de eleição do Presidente e dos titulares dos demais cargos de direção do Tribunal de Justiça, em obediência ao disposto no artigo 93 da Constituição Federal, não poderia discrepar do artigo 102 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional — Loman (Lei Complementar n. 35/79), que assim dispõe:

"Art. 102 — Os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus juízes mais antigos, em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes, com mandato por dois anos, proibida a reeleição. Quem tiver exercido quaisquer cargos de direção por quatro anos, ou o de Presidente, não figurará mais entre os elegíveis, até que se esgotem todos os nomes, na ordem de antigüidade. É obrigatória a aceitação do cargo, salvo recusa manifestada e aceita antes da eleição".

3. Cumpre ressaltar que essa norma foi recebida pela atual Constituição, consoante reiterada jurisprudência desta Corte, lembrada no julgamento da cautelar (fls. 236/238): MS n. 20.911/PA, Octavio Gallotti, RTJ 128/1.141; ADIn n. 1422-6, Ilmar Galvão, DJ de 31/5/96, e ADIn n. 841-2, Carlos Velloso, DJ de 24/3/95.

4. À primeira vista, poderia parecer que o inevitável confronto da norma regimental com a Lei Orgânica da Magistratura Nacional obstaria o controle concentrado do dispositivo impugnado por implicar exame de legalidade e não de constitucionalidade. Contudo, o tema é focalizado sob prisma diferente. Cuida-se de examinar se o Tribunal de Justiça, ao dispor em seu Regimento Interno sobre eleição de seu Presidente e dos demais titulares de cargos de direção, teria usurpado competência do Poder Legislativo de disciplinar a matéria em lei complementar.

5. Dessa forma, a norma regimental, se discrepante da Loman, deverá ser acoimada de inconstitucional por contrariar a Carta Federal que de-

termina seja o tema tratado em lei complementar.

6. O primeiro dispositivo impugnado é o § 2º do artigo 11 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, verbis:

"Art. 11 — (...).

"§ 2º — O Presidente determinará a distribuição de cédulas datilografadas e uniformes, com os nomes dos que podem ser votados. Não se apurarão os votos apresentados de outro modo, nem as cédulas que contiverem dizeres ou sinais capazes de permitir a identificação dos votantes".

7. Não remanesce dúvida quanto à constitucionalidade desse dispositivo, que não entra em choque com o artigo 102 da Loman, pois preserva a elegibilidade dos membros do Tribunal, a duração dos mandatos, o quorum e o caráter secreto da votação. Ademais, o artigo 96, I, a, da Constituição Federal confere aos tribunais a competência privativa para "eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes".

8. Segue-se o segundo texto da norma regimental apontada como ofensiva ao artigo 93 da Constituição Federal:

"Art. 11 — (...).

"§ 3º — Considerar-se-á eleito o concorrente que obtiver a maioria dos votos dos presentes, salvo no caso do art. 2º, em que será necessário, para a eleição, o voto da maioria dos desembargadores existentes".

9. A inicial sustenta que somente a lei complementar poderia dispor sobre tema atinente à eleição dos titulares de cargos de direção dos tribunais. Isso, porém, não significa que o Regimento Interno não possa apresentar meios para sua fiel execução, desde que não restrinja nem elasteça o alcance da norma legal.

10. dispositivo em apreço, na sua primeira parte, não se refere ao procedimento da eleição dos titulares de cargos de direção. Prescreve que "considerar-se-á eleito o concorrente que obtiver a maioria dos votos dos presentes". Não se tratando de cargos de direção, objeto do artigo 102 da Loman — o que se dessome da ressalva que se segue no texto —, o Tribunal procedeu sob o comando do artigo 96 da Constituição Federal, em que não existe oposição entre as expressões "membros presentes" e "membros efetivos".

Já a segunda parte estabelece que, para os cargos de Presidente, Vice-Presidente e Corregedor, de que trata o artigo 2º, será eleito quem obtiver votação que represente a maioria dos membros do Tribunal, guardando, assim, coerência com o artigo 102 da Loman.

12. Não há inconstitucionalidade no § 3º, mesmo porque o Tribunal de Justiça, nesse ponto, repetiu a regra da Loman e retratou o § 4º do artigo 12 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e o § 4º do artigo 17 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Também aqui não vejo inconstitucionalidade.

13. Passo ao exame do § 4º do artigo 11:

"Art. 11 — (...).

"§ 4º — Se nenhum dos concorrentes obtiver o número de votos indicados no § 3º, proceder-se-á a novo escrutínio, ao qual só concorrerão os dois mais votados, havendo-se por eleito o que obtiver o voto de pelo menos metade dos votantes e, no caso de empate, o mais antigo, ou, sendo igual a antigüidade, o mais idoso. No caso do art. 2º (cargos de direção) se no segundo escrutínio nenhum dos dois candidatos obtiver o voto da maioria dos membros do Tribunal, ter-se-ão ambos como rejeitados para o cargo e reiniciar-se-á a eleição, recomposta a lista, se necessário, mediante a inclusão dos desembargadores elegíveis que se seguirem em antigüidade, em número igual ao dos recusados, sem prejuízo da possibilidade de concorrerem estes aos demais cargos".

14. Da mesma forma, a primeira parte do dispositivo, por não destinar-se à eleição para prover cargos de direção, não ofende a Constituição Federal nem a Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

15. No que se refere à segunda parte, cuja eficácia foi suspensa no julgamento da cautelar, verifica-se que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça disciplina o processo de eleição dos cargos de direção, dispondo além do que está previsto no artigo 102 da Loman.

16. Relembro que na votação da cautelar o eminente Ministro Pertence enfatizou que seu voto se fundara apenas no aspecto formal da questão, observando que o conteúdo da norma impugnada lhe pareceu, de lege ferenda, a solução mais correta. De fato, não se pode negar que haja lacuna na Loman, por não prever a hipótese do texto regimental em apreço. Dispõe apenas que "os Tribunais, pela maioria dos seus membros efetivos, por votação secreta, elegerão dentre seus juízes mais antigos em número correspondente ao dos cargos de direção, os titulares destes (...)".

17. Ocorre que o texto impugnado do Regimento Interno preencheu a referida lacuna, dispondo que se nenhum dos candidatos elegíveis obtivesse maioria absoluta seriam todos eles considerados rejeitados. Em segundo escrutínio participariam somente os dois candidatos mais votados. Por outro lado, caso no segundo escrutínio esses dois candidatos não obtivessem maioria absoluta, seriam eles rejeitados e proceder-se-ia à eleição dos mais antigos dentre os remanescentes até que a maioria escolhesse os candidatos. Assim sendo, não há dúvida de que a norma regimental abordou matéria concernente ao processo de votação não prevista na Loman, comprometendo o critério de elegibilidade dos membros do Tribunal de Justiça para os cargos de direção. Por isso mesmo, essa alteração somente poderá ser feita mediante lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal (CF, artigo 93).

18. Ao apreciar matéria idêntica, esta Corte julgou a RP n. 1.143, Rafael Mayer, RTJ 105/909, em que foi analisada a constitucionalidade do § 8º do artigo 8º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, que repete quase ipsis litteris o texto questionado, verbis:

"Art. 8º — (...)

"§ 8º — No caso de nenhum dos votados atingir o quorum do caput do artigo, proceder-se-á a novo escrutínio dentre os dois mais votados. Se nenhum dos dois candidatos obtiver o voto da maioria dos membros do Tribunal, ter-se-ão ambos como rejeitados para o cargo e reiniciar-se-á a eleição, recomposta a lista mediante a inclusão dos desembargadores elegíveis que se seguirem em antigüidade, em número igual ao dos recusados, sem prejuízo da possibilidade de concorrerem estes aos demais cargos".

19. Nesse julgado, ressaltou o voto condutor que o Regimento Interno, ao tentar resolver o possível impasse, comprometeu o critério de elegibilidade previsto na lei federal, verbis:

"A infringência da norma complementar se torna ainda mais extensa, e incontrolada nos seus efeitos, por via do § 8º do mesmo dispositivo regimental, onde se autoriza a eleição à base de sucessivas listas, se em cada grau, os dois mais votados, sem maioria absoluta, não obtiverem o voto da maioria do Tribunal. Como se vê, o expediente para resolver a dificuldade compromete irremediavelmente o critério de elegibilidade posto na lei federal" (RTJ 105/914).

20. Desse modo, o caso se repete sem ingrediente outro que possa recomendar exame sob novo aspecto. Qualquer análise levaria à conclusão de que a norma regimental discutida conflita com o artigo 102 da Loman por tratar de tema que a Carta Federal, em seu artigo 93, reserva à lei complementar.

Ante tais circunstâncias, julgo procedente, em parte, a ação, para declarar inconstitucional o segundo período do § 4º do artigo 11 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Sr. Presidente, estou de acordo. Há precedente específico na ADIn n. 1.143, de modo que acompanho S. Exa. para dar procedência parcial à ação.

VOTO

Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, tenho reservas pessoais à recepção, no ponto, da Loman. Não me parece que esta restrição ao processo eleitoral dos tribunais encontre fundamento material nos diversos incisos do art. 93 da Constituição, ao contrário do que sucedia na Carta decaída. Mas são numerosos os precedentes do Tribunal em sentido contrário. Assim, rendo-me à jurisprudência, com a ressalva pessoal.

EXTRATO DE ATA

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.503-6 — Proced.: Rio de Janeiro. Relator: Min. Maurício Corrêa. Reqte.: Procurador-Geral da República. Reqdo.: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente, em parte, a ação direta e declarou a inconstitucionalidade, no § 4º do artigo 11 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, da expressão "No caso do art. 2º, se no segundo escrutínio nenhum dos

dois candidatos obtiver o voto da maioria dos membros do Tribunal, ter-se-ão ambos como rejeitados para o cargo e reiniciar-se-á a eleição, recomposta a lista, se necessário, mediante a inclusão dos desembargadores elegíveis que se seguirem em antigüidade, em número igual ao dos recusados, sem prejuízo da possibilidade de concorrerem estes aos demais cargos". Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Moreira Alves. Plenário, 29/3/2001.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Ellen Gracie. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Luiz Tomimatsu,
Coordenador

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 192.527-2/PR

Relator: Ministro Marco Aurélio
Recorrente: Ministério Público Estadual
Recorrido: Prefeito Municipal de Antonina
Advogado: Narelvi Carlos Malucelli

Competência legislativa — Lei orgânica de município — Julgamento do prefeito nos crimes de responsabilidade. Surge harmônico com a Carta da República preceito de lei orgânica de município prevendo a competência da câmara municipal para julgar o prefeito nos crimes de responsabilidade definidos no Decreto-Lei n. 201/67, o mesmo ocorrendo relativamente ao afastamento, por até noventa dias (período razoável), na hipótese de recebimento da denúncia.

Competência legislativa — Crime comum praticado por prefeito — Atuação da Câmara Municipal. O afastamento do prefeito em face de recebimento de denúncia por Tribunal de Justiça circunscreve-se ao plano processual penal, competindo à União dispor a respeito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer e prover parcialmente o recurso para julgar procedente o pedido formulado na inicial da ação direta de inconstitucionalidade, e declarar a inconstitucionalidade do inciso XXII do artigo 52 da Lei Orgânica do Município de Antonina/PR, e da alínea b *do inciso XXIII do mesmo artigo, na redação imprimida pela Emenda à Lei Orgânica do Município de Antonina n. 7, de 4 de junho de 1992.*

Brasília, 25 de abril de 2001.

Marco Aurélio,
Presidente e Relator.

PROPOSTA DE REMESSA AO PLENO

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator) — Senhor Presidente, foi incluído, na pauta da Turma, o Recurso Extraordinário n. 192.527, do Paraná.

No caso, está em jogo, justamente, a questão da harmonia, ou não, da lei municipal com a Carta da República. É indispensável que se examine essa matéria.

Houve um equívoco — o processo deveria ter sido afetado, pelo gabinete, ao Pleno. Proponho que isso ocorra, já, nesta fase, para que o julguemos no âmbito do Pleno.

EXTRATO DE ATA

Recurso Extraordinário n. 192.527-2. Proced.: Paraná. Relator: Min. Marco Aurélio. Recte.: Ministério Público Estadual. Recdo. : Prefeito Municipal de Autonina. Adv.: Narelvi Carlos Malucelli.

Decisão: Por unanimidade, a Turma deliberou afetar ao Plenário o julgamento do feito. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 4/4/2000.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Carlos Alberto Cantanhede,
Coordenador.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Marco Aurélio — O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade, declarando inconstitucional a Emenda n. 7, de 4 de junho de 1992, do município de Antonina. Eis a síntese da peça:

"Emenda à Lei Orgânica do Município — Inclusão de incisos que ferem a disposição constitucional de competência — Julgamento de Prefeito — Invasão de competência

do Tribunal de Justiça — Ação procedente" (fl. 117).

Os embargos de declaração que se seguiram foram rejeitados, a uma só voz, pelo Colegiado (fls. 142 e 143).

No extraordinário de folha 193 a 218, interposto com alegada base na alínea a do permissivo constitucional, o Ministério Público articula com o malferimento do artigo 29, inciso VIII, da Carta Política da República, defendendo, em síntese, a harmonia do inciso XXII do artigo 1º da Emenda n. 7/92 com o preceito, no que atribui à Câmara Legislativa competência para processar e julgar o Prefeito e o Vice-Prefeito relativamente aos crimes de responsabilidade e as infrações político-administrativas por eles praticadas.

De acordo com a certidão de fl. 223v., não foram apresentadas contra-razões.

O Juízo primeiro de admissibilidade entendeu reunir o recurso condições de prosperar, pois o Colegiado acabara por adotar tese "que não se coaduna com a mais recente exegese do tema" (fl. 226).

O especial admitido na origem não logrou ultrapassar a barreira do conhecimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (fl. 232 a 239).

Em 29 de junho de 1995, determinei o encaminhamento dos autos à Procuradoria-Geral da República, que emitiu o parecer de fl. 244 a 246, no sentido do provimento do recurso, na forma de precedentes da Corte.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator) — Os pressupostos gerais de recorribilidade estão atendidos, cabendo o exame do específico referente ao enquadramento do extraordinário no permissivo da alínea a do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal.

As normas tidas como inconstitucionais pela Corte de origem têm a seguinte redação no tocante à competência da Câmara Municipal:

"Art. 52. Compete à Câmara Municipal, privativamente, entre outras, as seguintes atribuições:

"XXII — julgar o Prefeito e o Vice-Prefeito por prática de infrações político-administrativas definidas no Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, obedecendo o processo de julgamento o rito nele previsto;

"XXIII — afastar o Prefeito de suas funções, temporariamente, pelos motivos e prazos seguintes:

"a) quando recebida pelo Tribunal de Justiça do Estado denúncia por crimes comuns e de responsabilidade, o afastamento será de até 180 (cento e oitenta) dias;

"b) quando recebida pela Câmara Municipal denúncia por infrações político-administrativas, o afastamento será de até 90 (noventa dias)".

Os dois incisos resultaram da aprovação de emenda à Lei Orgânica do Município — Emenda n. 7, de 4 de junho de 1992, do Município de Antonina/PR. Na espécie, acabou-se dando ao inciso IX do artigo 29 da Constituição Federal alcance que não possui. A competência do Tribunal de Justiça para julgamento de prefeito pressupõe crime comum e não crime

de responsabilidade, também tido como político-administrativo. A citada norma há de ser compreendida considerado o grande todo que é a Constituição Federal, que contempla simetria a ser observada não só pelos Estados federados mas também pelos Municípios, estes últimos, tal como o Distrito Federal, quando elaboram as respectivas leis orgânicas. É que o legislador constituinte de 1988, atendendo à tradição do nosso sistema constitucional, previu, relativamente ao Presidente da República, a divisão de competência, submetendo-o ao julgamento, perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, e ao Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. Confira-se com o que se contém no artigo 86 da Carta de 1988. Em síntese, a regra do inciso IX do artigo 29 somente viabiliza a atuação do Tribunal de Justiça quando ao chefe do Poder Executivo municipal seja imputada a prática de crime comum. Nos crimes de responsabilidade cumpre, a teor da Carta, o julgamento pelo Legislativo local. Por isso, não se pode ter o inciso XXII do artigo 52 da Lei Orgânica do município de Antonina, na redação resultante da Emenda n. 7, de 4 de junho de 1992, como inconstitucional. Mostra-se harmônico com a Lei Básica Maior, no que prevê a competência da Câmara Municipal para julgar o Prefeito e o Vice-Prefeito por prática de infrações político-administrativas (leia-se crime de responsabilidade) definidas no Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, obedecendo o processo de julgamento o rito nele estabelecido. O Plenário desta Corte, quando modificada a óptica referente ao enquadramento dos crimes previstos no Decreto-Lei n. 201, de 1967, teve oportunidade de assentar:

"I. Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do DL n. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo é o comum, do CPP, com pequenas modificações (art. 2º). No art. 4º, o DL n. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do Direito Brasileiro, ser denominadas de crime de responsabilidade.

"II. A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do DL n. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato.

"III. Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

"IV. HC indeferido" (Habeas Corpus n. 70.671/PI, Tribunal Pleno, relator Ministro Carlos Velloso, RTJ 159, páginas 152/179).

Na ocasião, concedia a segurança com base na insubsistência do Decreto-Lei n. 201/67, óptica rechaçada pela ilustrada maioria.

Também esta Turma já se defrontou com a hipótese. Ao julgar o Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 73.210-1 deixou consignado:

"O art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67 tipifica crimes comuns ou funcionais praticados por Prefeitos Municipais, ainda que impropriamente nomeados como 'crimes de responsabilidade', e são julgados pelo Poder Judiciário. Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do HC n. 70.671.1/PI.

"II. O art. 4º do mesmo Decreto-Lei refere-se ao que denomina expressamente de 'infrações político-administrativas', também chamadas de 'crimes de responsabilidade' ou 'crimes políticos', e são julgadas pela Câmara dos Vereadores: nada mais é do que o impeachment.

"III. O art. 29, X, da Constituição (redação da EC n. 1/92) determina o 'julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça'; ao assim dizer, está se referindo, apenas, aos crimes comuns e derroga, em parte, o art. 2º do Decreto-Lei n. 201/67, que atribuía esta competência ao juiz singular.

"IV. Recurso em habeas corpus não provido" (Relator Ministro Maurício Corrêa, Diário da Justiça de 1º/12/95, ementário 1811/02).

Registre-se que a harmonia do preceito com a Carta decorre do fato de ter-se o envolvimento de infração político-administrativa, ficando excluídos, na forma da jurisprudência referida, os crimes comuns, previstos no artigo 1º do Decreto-Lei n. 201, de 1967, erroneamente rotulados como de responsabilidade.

Resta a questão alusiva ao fato de o Município haver legislado sobre o afastamento do Prefeito a ponto de alcançar a hipótese de recebimento da denúncia pelo Tribunal de Justiça. Em que pese à simetria, no âmbito federal — artigo 86, § 1º, da Lei Básica —, verifica-se a procedência do que assentado pelo Tribunal. Em primeiro lugar, o afastamento resultante do recebimento da denúncia mostra-se como verdadeira cautelar processual-penal, e incumbe à União legislar sobre a matéria. Quanto ao afastamento em face do recebimento da denúncia, nas infrações político-administrativas, nos crimes de responsabilidade, pela Câmara Municipal, está-se diante de norma que não tem natureza processual penal. Por outro lado, guarda sintonia, em si, com o que previsto, considerado o patamar revelado pela Presidência da República, na Constituição Federal. Descabe potencializar, na espécie, a problemática relativa às conveniências políticas reinantes, mesmo porque o próprio processo concernente ao crime de responsabilidade é por elas norteado. Entendo que, cumprindo à Câmara Municipal o julgamento do Prefeito nos crime de responsabilidade, mostra-se harmônica com a Constituição Federal a previsão, na Lei Orgânica, do afastamento, uma vez recebida a denúncia, surtindo razoável o prazo de até noventa dias.

Alfim, conheço deste extraordinário, provendo-o parcialmente para reformar o acórdão proferido pela Corte de origem, no que concluiu pela inconstitucionalidade do inciso XXII e da alínea b do inciso XIII do artigo 52 da Lei Orgânica do Município de Antonina, na redação imprimida pela Emenda n. 7, de 4 de junho de 1992. Endosso o entendimento sufragado pela Corte de origem, no particular, não conhecendo do extraordinário quanto à alínea a do inciso XIII do citado artigo 52, no que previsto o afastamento do

Prefeito por até cento e oitenta dias, uma vez recebida a denúncia pelo Tribunal de Justiça.

Em conseqüência, julgo procedente o pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade do inciso XXII do artigo 52 da Lei Orgânica do Município de Antonina e da alínea b do inciso XXIII do mesmo artigo.

É como voto na espécie.

VOTO

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, anoto, apenas para documentação, que a redução da competência do Tribunal de Justiça para o julgamento dos Prefeitos aos delitos comuns já fora afirmada na ADIn n. 687/PA de 2/2/95, relator o Ministro Celso de Mello, e vencidos os Ministros Moreira Alves e Marco Aurélio. Por isso, acompanho V. Exa.

Decisão: Por unanimidade, a Turma deliberou afetar ao Plenário o julgamento do feito. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 4/4/2000.

Decisão: Por unanimidade, o Tribunal conheceu e proveu parcialmente o recurso para julgar procedente o pedido formulado na inicial da ação direta de inconstitucionalidade e declarou a inconstitucionalidade do inciso XXII do artigo 52 da Lei Orgânica do Município de Antonina/PR, e da alínea b do inciso XXIII do mesmo artigo, na redação imprimida pela Emenda à Lei Orgânica do Município de Antonina n. 7, de 4 de junho de 1992. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Carlos Velloso (Presidente), Néri da Silveira e Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente). Plenário, 25/4/2001.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Ellen Gracie.Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Luiz Tomimatsu,
Coordenador.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS N. 81.035-7/SP

Relator: Min. Moreira Alves
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: Superior Tribunal de Justiça

EMENTA: Recurso de habeas corpus. *Regressão de liberdade vigiada para internação. Necessidade de observância do disposto no artigo 111, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

— O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), ao tratar das garantias processuais no título referente à prática de ato infracional, depois de acentuar, em seu artigo 110, que "nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal", assegura a ele, no artigo 111, entre outras garantias, a prevista no inciso V desse dispositivo: "direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente".

— No caso, tratando-se de regressão da liberdade assistida para a internação (medida privativa de liberdade que lhe foi imposta pela prática de ato infracional correspondente a roubo duplamente qualificado) que havia sido anteriormente imposta, há de garantir-se ao adolescente o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (artigo 111, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente), à semelhança do que ocorre no processo originário referente à prática de ato infracional.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em dar provimento ao recurso ordinário em habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.*

Brasília, 21 de agosto de 2001.

Moreira Alves,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Moreira Alves — (Relator):

É este o teor do acórdão recorrido, prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça:

"O Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator):

"O pleito não merece guarida.

"Com efeito, o Juízo monocrático, após comparecimento espontâneo da genitora da adolescente, oportunidade em que narrou a situação de penúria da jovem, morando em um terreno baldio e, juntamente com outros adolescentes drogados, fazendo uso de crack, determinou a regressão da liberdade assistida para internação.

"Nesse contexto, não há nenhuma nulidade na medida combatida, porquanto, como se vê, os fatos narrados, a toda evidência, denotam a incompatibilidade da liberdade assistida, com vistas à socioeducação da paciente que, na espécie, está passando ao largo dos ditames do art. 118, § 1º, da Lei n. 8.069/90.

"Nem se diga que a falta de oitiva da adolescente teria o condão de macular a medida de internação, porquanto a vida que tem levado, onde o mundo real passa a se constituir de delírios e fantasias, impede possa ela, conscientemente, externar qualquer tipo de justificativa apta a obstaculizar o seu encarceramento.

"A propósito, a bem-lançada fundamentação do acórdão atacado:

'A regressão do agravante da medida de liberdade assistida para a medida de internação, no caso, podia e devia ser determinada pelo Juízo agravada, mesmo sem a prévia oitiva dela, pelas razões fáticas constantes da decisão guerreada e das informações, que evidenciam a inadaptabilidade do agravante ao regime mais liberal e o seu sério envolvimento em progressão que vive nas ruas, mantendo relações promíscuas e fazendo uso de drogas.

'Os artigos 99, 100 e 113 do Estatuto da Criança e do Adolescente conferem ao Juiz da Infância e da Juventude o poder discricionário de aplicar ao adolescente infrator a medida socioeducativa sempre mais adequada ao seu proceder' (fl. 44).

"De outra parte, constata-se que o magistrado de primeiro grau, em conformidade com o art. 122, § 1º, do ECA, determinou a apresentação de relatório trimestral, o que está a evidenciar que a medida não foi por tempo indeterminado.

"Ante o exposto, denego a ordem" (fls. 57/58).

Dessa decisão recorre o Ministério Público Federal, verbis:

"1. O colendo Superior Tribunal de Justiça denegou o habeas corpus impetrado em favor de Luciana Siqueira Bono de Oliveira, em acórdão assim ementado:

'Penal. Adolescente infratora. Regressão. Liberdade assistida para internação. Nulidade. Inexistência.

'1. Não há nulidade na regressão de liberdade assistida para internação, sem a oitiva da adolescente infratora, se a medida foi desencadeada por depoimento da própria mãe da paciente, atestando encontrar-se ela vivendo em um terreno baldio, juntamente com outros adolescentes que fumam crack.

'2. Ordem denegada'.

"2. Os fatos narrados nos autos são incontroversos e podem ser assim resumidos: a adolescente Luciana Ciqueira Bono de Oliveira cometeu ato infracional correspondente a roubo duplamente qualificado e, por isso, foi-lhe fixada a medida de internação.

"3. Posteriormente, a medida de internação por modificada para a de liberdade assistida, pelo prazo de seis meses, simultaneamente com a 'medida protetiva de acompanhamento psicoterápico'.

"4. A mãe da adolescente compareceu ao Departamento de Execuções da Infância e Juventude e afirmou que a filha estava nas ruas, consumindo crack.

"5. Diante de tal informação, o Juízo singular determinou o regresso da jovem para a medida de internação, sem que lhe fosse dada oportunidade de defesa.

"6. Interpôs-se, contra tal decisão, agravo de instrumento, improvido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o que ensejou a impetração de habeas corpus diante do Superior Tribunal de Justiça, tendo sido a ordem denegada pelo acórdão ora impugnado.

"7. Segundo o acórdão, a medida de liberdade assistida não era adequada ao caso da adolescente, sendo imperiosa a internação. Entendeu, também, desnecessária a oitiva da jovem infratora 'Porquanto a vida que tem levado, onde o mundo real passa a se constituir de delírios e fantasias, impede possa ela, conscientemente, externar qualquer tipo de justificativa apta a obstaculizar o seu encarceramento'.

"8. Ressalta-se, porém, que não existe nos autos qualquer prova de que a adolescente encontra-se em estado 'de delírios e fantasias'. A afirmação do Tribunal a quo baseou-se em informação concebida por uma terceira pessoa, a qual, mesmo sendo a mãe da jovem, pode não estar comprometida com a verdade.

"9. Não foi dada à adolescente a oportunidade da ampla defesa e do contraditório, de manifestar-se sobre os fatos com base nos quais foi determinada a sua internação.

"10. Em comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Paulo Lúcio Nogueira ensina:

'Entre as garantias asseguradas ao adolescente, além das normais, se encontra o pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente, que é uma conseqüência do processo legal.

'A citação é uma garantia constitucional e processual, pois ninguém será processado sem ser ouvido a respeito da acusação que lhe é feita. A igualdade na relação processual é decorrente do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), pois tal garantia só estará assegurada quando houver possibilidades das partes, que agem no sentido de convencer o juiz para obtenção de uma prestação jurisdicional favorável' (in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Editora Saraiva, 1991, pág. 136).

"11. A tutela do menor infrator merece maiores cuidados que aquela deferida ao maior delinqüente. Assim, a ampla defesa deve ser observada ainda com mais rigor quando se tratar de processos disciplinados pelo ECA.

No caso dos autos, a menor não foi ouvida, não tendo tido a oportunidade de se manifestar a respeito de fatos graves trazidos aos autos por terceira pessoa.

"12. 0 Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 110, estabelece que 'nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal' e o art. 111, V, da mesma legislação, prevê, como garantia processual, o direito do adolescente de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente.

"13. A Constituição Federal também prevê, como garantia fundamental do indivíduo, os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV).

"14. Assim, antes de se fixar a regressão de medida socioeducativa, a autoridade judicial deve ouvir o adolescente para que ele tenha a oportunidade de contraditar os fatos graves que lhe forem imputados, cumprindo-se, desta maneira, a vontade da Constituição de assegurar a todos o devido processo legal, com o exercício necessário do contraditório e da ampla defesa.

"15. Por essas razões, entendendo haver o acórdão recorrido contrariado o disposto nos arts. 110 e 111, V, da Lei n. 8.069/90, bem como o art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, espera o recorrente o conhecimento e o provimento deste recurso ordinário, para que seja reformado o v. acórdão recorrido, restabelecendo-se a medida de liberdade assistida da menor infratora" (fls. 63/66).

À fls. 76/82, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República em parecer do Dr. Wagner Natal Batista:

"Cuida-se de Recurso de Habeas Corpus interposto pelo Ministério Público Federal, com fulcro na alínea a do artigo 102, II, da Carta Constitucional, alegando ter a decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar pedido de habeas corpus, violado os incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal além dos artigos 100/111 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Objetiva-se com o apelo o reconhecimento da nulidade da determinação de regressão a medida socioeducativa extrema (internação), por afronta ao princípio da ampla defesa.

"O egrégio STJ decidiu:

'Penal. Adolescente infratora. Regressão. Liberdade assistida para internação. Nulidade. Inexistência.

'1. Não há nulidade na regressão de liberdade assistida para internação, sem a oitiva da adolescente infratora, se a medida foi desencadeada por depoimento da própria mãe da paciente, atestando encontrar-se ela vivendo em um terreno baldio, juntamente com outros adolescentes que fumam crack.

'2. Ordem denegada'.

"É o breve relatório.

"PRELIMINARMENTE

"O recurso é tempestivo e inegavelmente tem o Ministério Público legitimidade para recorrer como fiscal da lei. Satisfeitos, portanto, os requisitos de admissibilidade.

"NO MÉRITO

"Quanto à violação aos dispositivos legais, temos que a mesma esteja caracterizada, in casu.

"Os menores infratores, conquanto não cometam crimes mas sim atos infracionais, estão sujeitos a medidas socioeducativas que também podem importar em restrição a seu status libertatis.

"As garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa também lhe são asseguradas, e com maior razão, enquanto pessoas com personalidade ainda em formação.

"O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente reitera as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, ao asseverar:

'DAS GARANTIAS PROCESSUAIS

'Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

'Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

'I — pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

'II — igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

'III — defesa técnica por advogado;

'IV — assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

'V — direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (grifei);

'VI — direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento'.

"O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao julgar Agravo de Instrumento n. 71.879.0/5 interposto contra a decisão monocrática acolheu e manteve a negativa de oitiva da menor no incidente de regressão procedido.

"É, pois, flagrante a ausência de contraditório e de ampla defesa no caso concreto, de forma a incidir no mesmo o verbete de número 523 da súmula do Supremo Tribunal Federal:

'No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu'.

"Neste sentido, colecionamos o seguinte precedente:

'EMENTA: Defesa e due process: aplicação das garantias ao processo por atos infracionais atribuídos a adolescente.

'1. Nulidade do processo por ato infracional imputado a adolescentes, no qual o defensor dativo aceita a versão de fato a eles mais desfavorável e pugna por que se aplique aos menores medida de internação, a mais grave admitida pelo Estatuto Legal pertinente.

'2. As garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo penal — como corretamente disposto no ECA (arts. 106/111) não podem ser subtraídas ao adolescente acusado de ato infracional de cuja sentença podem decorrer graves restrições a

direitos individuais, básicos, incluída a privação da liberdade.

'3. A escusa do defensor dativo de que a aplicação da medida socioeducativa mais grave, que pleiteou, seria um benefício para o adolescente que lhe incumbia defender — além do toque de humor sádico que lhe emprestam as condições reais do internamento do menor infrator no Brasil — é revivescência de excêntrica construção de Carnellutti — a do processo penal como de jurisdição voluntária por ser a pena um bem para o criminoso — da qual o mestre teve tempo para retratar-se e que, de qualquer sorte, à luz da Constituição não passa de uma curiosidade' (RE n. 285.571, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

"Indubitavelmente o adolescente é sujeito de direito e não objeto de direito. A ausência da oitiva da adolescente ocasionou nulidade ao ato judicial.

"Mesmo que se não tivesse ocorrido a nulidade outra questão que se apresentaria, relativa à possibilidade da medida na forma que foi tomada.

"A internação foi imposta por prazo indeterminado. E ela é reservada às hipóteses de cometimento de infrações cometidas com violência e grave ameaça (art. 122, I, do ECA). No caso, teria ocorrido o descumprimento de medida anteriormente imposta (liberdade assistida), assim, o Juiz poderia ter aplicado a medida por prazo não superior a três meses (art. 122, § 1º, do ECA).

"Não prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente a figura da regressão adotada pelo Juiz da Infância e da Juventude de São Paulo, SP. Logo seu ato foi ilegal e, como constrange a paciente, justifica a concessão de ordem de habeas corpus.

"Esta Corte apreciando matéria semelhante, em momento pretérito decidiu:

'Ementa: Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90). Regime de semiliberdade. Descumprimento. Fuga do adolescente. Ausência do requisito da reiteração. Inaplicabilidade da medida de internação. Decisão ultra petita.

'1. Na hipótese do art. 122, inciso III, da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), faltando reiteração injustificada no descumprimento da medida socioeducativa de inserção em regime de semiliberdade (art. 112, V), a internação não pode ser aplicada.

'2. As medidas específicas de proteção, referidas nos artigos 99 e 100 do ECA, são as alinhadas nos incisos I a VIII do art. 101 do mesmo Estatuto, as quais poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente (mais de uma dentre as oito), bem como substituídas (uma por outra ou mais de uma por outras, mas sempre dentre as oito).

'3. É certo que o art. 101 admite outras medidas além das oito específicas, mas da mesma natureza e mesmos objetivos, isto é, pedagógicas e que 'visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários', o que torna incabível a determinação de internação, por constituir medida socioeducativa privativa da liberdade e não medida específica de proteção.

'4. Considera-se decisão ultra petita o acórdão que diante do requerimento do representante do Ministério Público, objetivando a internação-san-

ção pelo prazo de três meses (§ 1º do art. 122), entendeu de afastar a aplicação do art. 122, III, e determinar, como incidente da execução, a regressão do adolescente ao regime de internação que pode durar até três anos (§ 3º do art. 121).

'5. Habeas corpus deferido' (HC n. 74.715, 2ª Turma, Min. Maurício Corrêa, DJ de 16/5/97, pág. 19.951).

"Com estas breves considerações, opina o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso".

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Moreira Alves — (Relator):

1. Como se viu do relatório, o presente recurso ordinário de habeas corpus se insurge contra a decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não há nulidade na regressão de liberdade assistida para internação, sem a oitiva da adolescente infratora.

Tem razão o recorrente.

Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), ao tratar das garantias processuais no título referente à prática de ato infracional, depois de acentuar, em seu artigo 110, que "nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal", assegura a ele, no artigo 111, entre outras garantias, a prevista no inciso V desse dispositivo: "direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente".

No caso, tratando-se de regressão da liberdade assistida para a internação (medida privativa de liberdade que lhe foi imposta pela prática de ato infracional correspondente a roubo duplamente qualificado) que havia sido anteriormente imposta, há de se garantir ao adolescente o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente (artigo 111, V, do Estatuto da Criança e do Adolescente), à semelhança do que ocorre no processo originário referente à prática de ato infracional.

2. Em face do exposto, dou provimento ao presente recurso, para anular a decisão de regressão, a fim de que outra se profira com a observância da garantia em causa.

EXTRATO DE ATA

Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 81.035-7. Proced.: São Paulo. Relator Min. Moreira Alves. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma deu provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma, 21/8/2001.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ricardo Dias Duarte,
Coordenador.

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO N. 734/RN

Relatora: Min. Nancy Andrighi
Agravante: José Bernardino da Silva
Advogados: Edson Lemos de Lucena e outro
Agravado: R. Decisão de fl. 144

EMENTA

Agravo regimental na reclamação. Usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça. Ação civil pública para responsabilização por atos de improbidade administrativa. Impetração de mandado de segurança para suspender execução de liminar que determinava afastamento de chefe do Poder Executivo Municipal. Ilegalidade da concessão de liminar em mandado de segurança, se já submetido o pleito ao juízo natural, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Pedido liminar deferido para evitar dano irreparável, com suspensão do ato impugnado.

I — É excepcional a suspensão da execução de liminar em ação civil pública, só conferida essa prerrogativa aos entes de direito público legitimados pelo art. 12, § 1º, da Lei n. 7.347/85. A suspensão de decisão que afasta prefeito do exercício de mandato eletivo é medida que não pode ser alcançada pela via transversa do mandado de segurança, se já submetido ao conhecimento do Juízo natural competente, pela interposição do agravo de instrumento.

II — A concessão do mandado de segurança usurpa competência do Presidente do colendo Superior Tribunal de Justiça, a quem incumbe suspender execução de liminar em ação civil pública.

III — Garantido o duplo grau de jurisdição, e transitado em julgado acórdão que denegou pedido de suspensão dos efeitos da decisão agravada, é incabível a impetração de mandado de segurança com o mesmo objeto e causa de pedir de incidente de suspensão de segurança.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por maioria, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Garcia Vieira, Francisco Peçanha Martins e José Delgado. Votaram com a Sra. Ministra Relatora os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Franciulli Netto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 29 de fevereiro de 2000.
(data do julgamento).

Ministro Humberto Gomes de Barros,
Presidente;
Ministra Nancy Andrighi,
Relatora.

EXPOSIÇÃO

A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi:

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte ajuizou Reclamação para preservação da competência do colendo Superior Tribunal de Justiça, tida como violada pelo reclamante, uma vez que o Vice-Presidente do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, na suspeição de seu Presidente, deferiu medida liminar em sede de mandado de segurança para suspender execução de liminar deferida em ação civil pública por responsabilidade decorrente de ato de improbidade administrativa do Prefeito da comarca de Alexandria/RN.

Narra o Reclamante que:

"O Ministério Público obteve do Juiz de Direito da comarca de Alexandria (RN) o afastamento liminar do Prefeito José Bernardino da Silva do exercício de suas funções, em decisão proferida nos autos de ação civil pública de improbidade administrativa proposta pelo Ministério, com apoio no parágrafo único do art. 20 da Lei n. 8.429/92.

"Inconformado, o então prefeito afastado interpôs agravo de instrumento com pedido de suspensividade, com o fim de ver sustados — liminarmente — os efeitos do ato judicial prolatado na ação civil pública, providência esta indeferida pela eminente Desembargadora Relatora, a doutora Célia Smith (documento n. 2). Não se dando por vencido, manejou o Senhor José Bernardino da Silva agravo regimental e embargos declaratórios no mesmo desiderato, sem que, outrossim, obtivesse o êxito esperado (...).

"Por último, não menos insatisfeito, o Senhor José Bernardino valeu-se de ação mandamental, autuada na Corte Potiguar sob o n.

00.000001-9, para o fim de concessão da medida liminar de suspensão dos efeitos do ato impugnado, evitando-se a ampliação da lesão irreparável ao direito líquido e certo do impetrante de exercer o seu mandato de Prefeito do município de Alexandria, até o trânsito em julgado da sentença que decidir a Ação Civil Pública contra ele promovida pelo Ministério Público Estadual.

"Da petição inicial da Ação Civil Pública para responsabilização por atos de improbidade administrativa (fls. 34/54) destaca-se que LCOF (fl. 41), 'pequeno comerciante da comunidade, beneficiário dos seguintes cheques: conta corrente do FPM n. 33.400-6; n. 433.333-0 (doc. 26/7), no valor de R$ 11.000,00, em 20/1/99; n. 433.110-4 (doc. 28/9), no valor de R$ 11.290,00, em 10/2/99; n. 433.120-6, no valor de R$ 4.000,00, em 20/2/99 (doc. 30/1).

'e) os vencimentos do Chefe do Executivo Municipal, ora demandado, são no valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), conforme se vê da anexa relação de parte dos servidores e seus respectivos salários (doc. 32). Todavia, apenas entre os dias 24 de junho a 30 de julho de 1999, sacou cinco cheques da conta corrente Fopag — Folha de Pagamento, n. 1.320-X (todos para ele próprio, totalizando a quantia de R$ 9.000,00 (doze mil reais) (sic), quais sejam: n. 004149-1, valor de R$ 2.000,00, em 30/6/99 (doc. 34); n. 004155-6, valor de R$ 2.000,00, em 12/7/99 (doc. 35); 004157-2, valor de R$ 1.000,00 em 22/7/99 (doc. 36); e 004224-2 (doc. 37), valor de R$ 4.000,00, em 30/7/99;

'f) do mesmo modo o Chefe do Executivo Municipal sacou em dinheiro no dia 24/6/99, agora da conta corrente Fundef n. 58.021-X, para ele próprio, a quantia de R$ 3.000,00, conforme cheque n. 000293-3 (doc. 33);

'g) o Chefe do Executivo Municipal, Dr. José Bernardino da Silva emitiu vários cheques, para ele próprio, da conta corrente FPM n. 33.400-6, para saque em espécie, ou pagamentos de dívidas pessoais quais sejam: (...)'".

A decisão do Juízo da comarca de Alexandrina deferindo o pedido liminar do Ministério Público Estadual para afastamento das funções do Cargo de Prefeito foi objeto de agravo de instrumento, cujo pedido de atribuição de efeito suspensivo foi denegado, advindo a interposição de agravo no agravo de instrumento, sucedido por embargos de declaração no referido agravo, ambos improvidos à unanimidade pela Corte de Justiça Estadual.

O nobre Desembargador relator do Mandado de Segurança impetrado e processado contra ato judicial precluso do juízo da comarca de Alexandria—RN, como esteio de sua íntima convicção, externou que:

"In casu denota-se que, tendo sido interposto Agravo de Instrumento contra a decisão ora impugnada ao qual foi negado efeito suspensivo pela então Relatora, Desembargadora Célia Smith, decisão essa que originou Agravo Regimental, tendo a 2ª Câmara Cível desta Corte de Justiça negado-lhe provimento, mantendo a decisão denegatória, cujo acórdão já transitou em julgado, não cabendo,

assim, qualquer outro recurso que possa evitar lesão ao direito líquido e certo do ora impetrante e o conseqüente dano, outra alternativa não há senão a interposição do presente mandamus como única forma de impedir o perecimento de seu direito".

Às fls. 141/144 determinei a suspensão da decisão liminar proferida nos autos de Mandado de Segurança n. 00.000001-9, pelo insigne Relator Desembargador Rafael Cordeiro do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, esteada no art. 188, II, do RISTJ, restabelecendo a liminar proferida nos autos da ação civil pública e prestigiada no v. acórdão de agravo regimental no agravo de instrumento da 2ª Câmara Cível do TJRN, rela. Desa. Célia Smith.

Insurgindo-se contra essa decisão, José Bernardino da Silva, prefeito da comarca de Alexandria/RN, atingido pelos efeitos da suspensão da liminar em mandado de segurança, interpôs o presente agravo regimental, com os seguintes argumentos: a) o recurso de agravo de instrumento está pendente de julgamento, porque não apreciado o mérito, mas apenas o pedido de suspensão dos efeitos da decisão agravada; b) é cabível a impetração de mandado de segurança contra ato judicial, recorrido por agravo de instrumento; c) não cabe recurso especial contra decisão do relator que nega efeito suspensivo ao agravo de instrumento, visto que a Súmula 86 do colendo Superior Tribunal de Justiça só admite o emprego do recurso contra o acórdão proferido no julgamento final do agravo; d) é juridicamente impossível "a pretensão do Reclamante de qualificar a liminar concedida no writ como atentatória à competência desse colendo Tribunal", porque não cabe recurso especial contra tal decisão; e) que não se justifica o afastamento temporário do prefeito sem prejuízo para instrução processual e nem pode ser usado o instrumento da ação civil pública para converter o afastamento temporário em definitivo pelo decurso do tempo para seu julgamento.

É a exposição.

VOTO

A Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi (Relatora):

Em que pese a amplitude do recurso dada pelo Agravante, pretendendo provocar um novo pronunciamento meritório sobre a causa, não se presta a Reclamação à verificação da Justiça ou conveniência da decisão tida como exorbitante ou afrontadora da competência desta Corte Superior de Justiça.

O leito processual da via correicional restringe-se à observância de preterição da competência originária e recursal ou de autoridade dos julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça.

Veja-se o que dispõe o RISTJ:

"Art. 187 — Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público. Parágrafo único — A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal e instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível.

"Art. 188 — Ao despachar a reclamação, o relator: I — requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, a qual as prestará na prazo de dez dias; II — ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

"Art. 189 — Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante".

Por outro lado, na apreciação liminar da Reclamação, incumbe ao Relator ordenar, se necessário, "para evitar dano irreparável à suspensão do processo ou do ato impugnado''.

Assim, num juízo de prelibação, o Relator restringe a apreciação judicial à possibilidade de dano irreparável que poderá advir caso não seja suspensa a decisão objeto de Reclamação, exorbitante da competência do Tribunal de Justiça local.

Sem dúvida, uma vez determinado o afastamento temporário do interessado, no exercício de seu mandato, mas sem prejuízo de seus vencimentos, o retorno ao exercício regular de suas funções, por decisão singular proferida em sede de mandado de segurança, após o julgamento de dois recursos pelo Órgão Colegiado competente, traduz elemento de insegurança jurídica, com violação do princípio do juízo natural da causa, fixado por regular distribuição do feito. Associados à insegurança da ordem jurídica e o forte lastro probatório — carreado aos autos pelo digno Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, ora Reclamante — de atos de improbidade administrativa, ensejadores de prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito e quebra dos princípios da moralidade administrativa, economicidade e desvio de finalidade pública, não há como prosperar o recurso.

Está configurada a usurpação da competência desta Corte Superior de Justiça. Salutar a transcrição da ação do eminente Min. Costa Leite na Reclamação n. 496/SP:

"A suspensão da liminar ocorreu após o julgamento do recurso pelo tribunal.

"O recurso cabível da decisão do Juiz Federal, no caso, era o de agravo de instrumento para o eg. TRF da 2ª Região. Julgado este, entretanto, não mais detinha competência o Presidente dessa Corte para suspender a liminar, porquanto o recurso cabível passou a ser então o especial, firmando-se, em conseqüência, a competência do Presidente deste Superior Tribunal para a medida excepcional".

No precedente mencionado, a situação fática é análoga. Do Relatório do eminente Min. Vicente Leal, extrai-se que: "A empresa requerente, irresignada com tal decisão, formula a presente reclamação, alegando que a decisão do ilustre Presidente do TRF — 3ª Região — invadiu a competência deste Superior Tribunal de Justiça, instância recursal especial para eventualmente reformar o acórdão que não conheceu do agravo de instrumento. Por isso, não poderia a autoridade reclamada decidir sobre matéria já decidida pelo seu Tribunal" (grifou-se).

A suspensão da medida cautelar contra ato do Poder Público e seus agentes, na forma do art. 4º da Lei n. 8.437/92, é de competência do Presidente do Tribunal local, mas apenas

detêm legitimidade para requerê-la as pessoas ali apontadas.

O uso transverso do mandado de segurança, como sucedâneo recursal e da suspensão da execução de liminar em ação civil pública por improbidade administrativa, e preclusa a decisão da digna Desembargadora relatora do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, autoriza o manejo da Reclamação para preservação da Competência desta Corte Superior de Justiça, na forma do precedente colacionado.

A pendência de julgamento do mérito do agravo de instrumento reforça a tese de que a autoridade reclamada não poderia suspender a execução de medida liminar deferida em ação civil pública, porque a 2ª Câmara Cível, em exame de pedido de atribuição de efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento, já havia esgotada a jurisdição da Corte local quanto a esse aspecto processual.

O procedimento adotado pela eminente autoridade reclamada implicou, por via oblíqua, na concessão de efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento — já denegado por acórdão transitado em julgado — obstando a execução da liminar em ação civil pública, sob a errônea premissa de que o mandado de segurança se dirigia contra ato judicial de primeiro grau de jurisdição, mesmo havendo preclusão pro judicato, no âmbito estadual, ignorada pela autoridade reclamada.

Compulsando os autos, às fls. 80/87, tem-se inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que deferiram pedido de suspensão dos efeitos da decisão liminar de afastamento do Chefe do Poder Executivo Municipal, em sede de agravo de instrumento, sob o duplo fundamento de ausência de prejuízo para instrução processual e dano irreparável pela impossibilidade de restituição dos meses restantes para término do mandato.

Vê-se, portanto, a importância da questão jurídica subtraída do conhecimento do colendo Superior Tribunal de Justiça pela concessão liminar em mandado de segurança de providência processual não obtida no juízo natural da 2ª Câmara Cível do TJRN.

Hipótese semelhante também está submetida ao crivo da eminente Ministra Eliana Calmon, na RCL n. 733, na qual figura como Reclamante o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, constatando-se que o afastamento liminar do Chefe do Poder Executivo de Jucurutu foi mantido pela Desa. Célia Smith, mas suspenso por decisão unipessoal proferida em ação de mandado de segurança.

Espancando qualquer dúvida quanto ao cabimento da Reclamação em face de ato recorrível de Relator proferido no mandado de segurança, asseverou Sua Excelência:

"A questão poderia ter seu deslinde na esfera do próprio Tribunal de Justiça, se aceitasse a Corte a utilização do agravo regimental contra ato do relator em mandado de segurança. Entretanto, como está expresso na decisão impugnada, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte a objeção ao manejo do regimental encontra respaldo no direito jurisprudencial. Diante da inviabilidade do regi-

mental, reina incólume liminar que vai em sentido contrário ao que foi decidido em uma ação legitimamente meritória, proferida por Juiz Natural, decisão esta que o Tribunal de Apelação examinou e chancelou. Escancaradamente, tem-se a excepcionalidade de prevalência de uma decisão monocrática sobre um acórdão, típico ato judicial colegiado. Evidencia-se, assim, a ilegalidade da decisão impugnada, a qual só pode ser corrigida pelo órgão que, dentro de um trâmite normal, seria chamado para dizer da legalidade ou não da decisão do Tribunal" (DJ, pág. 58, em 11/2/2000).

O laborioso entendimento é corroborado pela Jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal:

"I — Reclamação. Cabimento. A pendência de recurso ordinário no Tribunal local contra decisão reclamada não impede que, contra ela, se oponha reclamação ao Supremo Tribunal Federal. II — Reclamação. Procedência. Ofensa à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal. Afronta à autoridade da decisão do Presidente do Supremo Tribunal que suspendeu a eficácia da liminar do mandado de segurança contra ato do Governador à concessão de tutela antecipada com alcance idêntico em ação ordinária ajuizada contra o Estado, com objeto e fundamentos idênticos ao da impetração da segurança" (grifou-se).

Na Reclamação n. 630, cuja decisão foi publicada no DJ, pág. 287, em 1º/2/2000, o eminente Min. Antônio de Pádua Ribeiro consignou o perigo de dano irreparável pela concessão de liminares contra acórdão transitado em julgado:

"A meu sentir e ante os elementos contidos nos autos, transparece o propósito do Sr. Paulo C. F. Marinho de desprezar a decisão emanada da SS 722/MA, buscando, por vias transversais, aquilo que lhe foi negado de modo direto. Entendo que decisões como as noticiadas nos autos voltam-se contra o interesse da coletividade, especialmente aquele — hoje configurado em exigência da sociedade brasileira — que concerne ao respeito à coisa pública. De fato, liminares dessa natureza, ao tempo em que afrontam o princípio da segurança jurídica (consubstanciado na autoridade da coisa julgada), conspiram no sentido de criar grave lesão à ordem (pela repercussão social negativa que produzem, gerando desconfiança e descrédito no Poder Judiciário) e à economia pública (pelos vultosos recursos desviados e com remotas possibilidades de recuperação, se mantidas as decisões)" (grifou-se).

Não restam dúvidas que a excepcionalidade da suspensão da execução de liminar em ação civil pública, só conferida essa prerrogativa aos entes de direito público legitimados pelo art. 12, § 1º, da Lei n. 7.347/85, é medida que não pode ser alcançada pela via transversa do mandado de segurança, se já submetido ao conhecimento do juízo natural competente, pela interposição do agravo de instrumento.

Forte nestas razões, nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Exmo. Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins:

Senhor Presidente, quanto à suspensão de segurança entendo cabível; quanto à reclamação não, até porque, como está posta no nosso Regimento, a reclamação destina-se à preservação de ato deste Tribunal. Até agora não há nenhum ato do Tribunal. A nossa competência seria, sim, para determinar a suspensão da liminar em mandado de segurança, mas não para reclamação: não praticamos ato nenhum.

Data venia, parece-me que o processo está equivocado. O que tem cabimento seria a apreciação de suspensão de segurança, que é a medida cabível em determinadas circunstâncias que a lei enumera; mas reclamação não. A reclamação é sempre contra ato praticado pelo próprio Tribunal. Estamos aqui, ao contrário, numa reclamação, julgando ato de outro Tribunal. Ao que me parece não tem cabimento.

Indefiro liminarmente a Reclamação.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Garcia Vieira: — Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.

Penso que tanto no caso da Ministra Eliana Calmon, como no caso da Ministra Fátima Nancy Andrighi, estamos julgando um agravo regimental que foi interposto contra uma liminar concedida por Ministra deste Tribunal, de uma reclamação requerida contra ato de um desembargador.

A competência do Superior Tribunal de Justiça não chegou nem a nascer, porque o único recurso cabível seria o recurso especial, que não foi interposto, passando-se o prazo. Houve o trânsito em julgado, por isso não surgirá a competência do Superior Tribunal de Justiça. Se não vai surgi-la, então não poderemos admitir essa reclamação, não poderemos nem conceder liminar nem apreciá-la.

Indefiro-a, liminarmente, porque temos competência e dou provimento ao agravo.

VOTO

O Sr. Ministro Milton Luiz Pereira: Sr. Presidente, confesso que estou perplexo, porque a Seção, mal ou bem, ou bem ou mal, examinando idêntica situação processual, chegou a anterior resultado, diferente do proclamado.

Os comentaristas destacam que para a alteração de resultado, em tese, só é possível por meio de embargos, com efeitos modificativos.

Estou perplexo, Sr. Presidente, porque, reitero, acabamos de julgar nesse sentido. Porém em causa está um agravo regimental atacando um ato concreto específico da eminente Relatora. Estes os limites objetivos do recurso.

Agora, ir-se além do limite, recursal específico, no chamado exercício vertical de autoridade na jurisdição, para que, à guisa de falta de condições da ação, se dê pelo indeferimento, que conduz à extinção do processo, parece-me que estaremos criando contradição dentro das nossas próprias exposições de sustentação.

Sr. Presidente, com essas breves explicações, à vista dos limites objetivos, o que está em mesa é o julgamento de agravo, com pontos limitados. Não podemos substituir o insurgimento do recorrente pela nossa compreensão e vontade de contraditar. Embora ponderáveis todas as razões postas na perspectiva da inadequação dessa ação por falta de condições, em respeito ao que, há menos de vinte minutos, a própria Seção manifestou-se, diferentemente, prefiro homenagear a decisão anterior em que, aliás, deixei ressalvado no meu voto.

À vista disso, acompanho a eminente Relatora.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, ouvi atentamente toda a discussão e, primeiramente, peço desculpas à Seção por não ter bem compreendido a questão, como posta inicialmente. Penso que ao Juiz é dado o direito de se corrigir a qualquer momento, mesmo que seja na mesma sessão, e rever os fatos.

O Juiz tem por missão entregar o direito dentro da sua convicção e consciência, o mais certo possível, porém, ele não é infalível, podendo cometer as suas falhas, os seus erros e, também, dentro das suas limitações, não compreender a situação.

Sr. Presidente, depois dos debates aqui postos, iniciados pelo voto do eminente Ministro Francisco Peçanha Martins, acrescido dos esclarecimentos feitos pelo Sr. Ministro Garcia Vieira estou mais do que convencido de que esta Reclamação não tem nenhum pressuposto de admissibilidade. Se não há pressuposto de admissibilidade, podemos, de ofício, a qualquer momento, a qualquer instante, quer monocraticamente, quer no Colegiado, cortar-lhe o curso, e isso em homenagem à mais nova corrente de Direito Processual Civil de que o processo é vivo, é instrumento.

V. Exa. gosta e aprova porque sei que é dessa corrente e sabe, também, que acosto-me a ela, embora, às vezes, como V. Exa. diz, tenho as minhas recaídas. Mas, em face disso, Sr. Presidente, pelo que agora compreendi, não há ato deste Superior Tribunal de Justiça que tenha sido violado; não há competência que tenha sido ferida; não há açambarcamento da nossa autoridade judiciária em nenhum momento, como disse muito bem o Sr. Ministro Garcia Vieira. Há um ato, apenas, de um Relator, cometido, e aqui estamos numa Reclamação ou num processo, como foi dito, que não sei bem se está certo um pedido de suspensão transformado de uma reclamação. Já estamos adiantando possivelmente um juízo de mérito nesse mandado de segurança, que se diz incabível. E sabemos que, hoje, também, a doutrina tem compreendido mandado de segurança até contra ato teratológico do próprio Tribunal. Sabemos que a Jurisprudência tem caminhado para esse campo. Este Superior Tribunal de Justiça tem até precedente nesse sentido.

Portanto, em face desses argumentos, penitencio-me quanto ao voto proferido anteriormente, e, neste momento, acompanho a divergência instaurada, na linha do voto do Sr. Ministro Peçanha Martins, determi-

nando o indeferimento in limine da Reclamação.

VOTO

O Senhor Ministro Paulo Gallotti: Senhor Presidente, pedindo vênia aos eminentes Ministros Francisco Peçanha Martins, Garcia Vieira e José Delgado, acompanho o voto da eminente Ministra Nancy Andrighi, com os precisos esclarecimentos, precisos acréscimos que foram feitos pelo Sr. Ministro Milton Luiz Pereira.

Meu voto, portanto, também, nega provimento ao agravo.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Franciulli Netto: Sr. Presidente, com a ressalva de reexaminar a questão da inadequação posteriormente, nego provimento ao agravo, também, acompanhando a ilustre Ministra Relatora, pedindo vênia aos ilustres Ministros que votaram em sentido contrário.

É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Primeira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora; vencidos os Srs. Ministros Garcia Vieira, Francisco Peçanha Martins e José Delgado".

Os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira, Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Franciulli Netto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

O referido é verdade.

Dou fé.

Brasília, 29 de fevereiro de 2000.

Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha,
Secretária.

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 7.479/DF

Relator: Ministro Francisco Falcão
Agravante: Transpetro Transportes Rodoviários Ltda.
Advogados: Ângela Cristina Pioli Moura e outros
Agravada: União

EMENTA

Agravo regimental. Mandado de segurança. Transporte de carga em caminhão-tanque. Resolução Contran n. 116/2000. Manutenção do indeferimento de liminar.

O pedido de liminar consistente na suspensão de resolução que proíbe o transporte de carga genérica por caminhão-tanque é de ser indeferido por ausência dos pressupostos autorizadores, máxime na modalidade inaudita altera pars.

— Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Franciulli Netto, Garcia Vieira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Laurita Vaz, Paulo Medina, Hélio Mosimann e José Delgado. Custas, como de lei.

Brasília(DF), 27 de junho de 2001.
(data do julgamento).

Ministro Milton Luiz Pereira,
Presidente;
Ministro Francisco Falcão,
Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Francisco Falcão: — Cuida-se de agravo regimental interposto contra a decisão inserta à fl. 34, a qual indeferiu o

pedido de liminar que objetivava a suspensão da Resolução Contran n. 116, de 5 de maio de 2000, revogadora da Resolução n. 506/76, também daquele Órgão, que disciplina o transporte de carga em caminhão-tanque.

Alega a agravante que a nova Resolução n. 116/2000 não fundamentou a referida revogação, devendo continuar vigente o regramento anterior, o qual admite a utilização dos caminhões-tanques, quando vazios, para o transporte de carga genérica.

Pondera que a aludida Resolução n. 116/2000, por não ter motivado o ato de revogação, estaria violando o direito adquirido da impetrante, porquanto, por ser o ato revogado vinculado a um conjunto de fatores, deveria a resolução que o revoga obedecer também a um conjunto de elementos para obstar a regra anterior.

Assevera a agravante que vem arcando com sérios prejuízos, porquanto teria contado com a permissão desse tipo de transporte quando investiu na compra de 9 (nove) caminhões-tanques modificados.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator):

Mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

Não vislumbro, na espécie, os pressupostos constantes do art. 7º, II, da Lei n. 1.533/51, autorizadores da concessão da pretendida liminar, máxime na modalidade inaudita altera pars e, particularmente, no que se refere ao perigo que possa acarretar o ato impugnado ao desenvolvimento do processo, porquanto não tenho como ineficaz a segurança acaso ao final concedida.

Nego provimento ao agravo.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Primeira Seção ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator".

Os Srs. Ministros Franciulli Netto, Garcia Vieira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Laurita Vaz, Paulo Medina, Hélio Mosimann e José Delgado.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 27 de junho de 2001.

Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha,
Secretária.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.220/BA

Relator: O Sr. Ministro Fernando Gonçalves
Recorrentes: Fernando Tourinho de Lemos Brito e outros
Advogados: Paulo Spinola e outros
T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
Impetrado: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
Recorrido: Estado da Bahia
Procuradores: Manuella da Silva Nono e outros

EMENTA

Administrativo e constitucional. Serventuários aposentados da Justiça do Estado da Bahia. Gratificação especial de incentivo. Lei n. 6.955/96, art. 4º, § 1º. Eficácia suspensa. ADIn n. 1.530-3. Liminar concedida.

1. Não há falar em direito líquido e certo a incorporação de gratificação especial de incentivo, diante da eficácia suspensa da norma avocada, em razão da liminar concedida pelo STF na ADIn n. 1530-3.

2. É pacífico o entendimento de que não cabe dilação probatória em sede de mandado de segurança.

3. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Ministro Relator.

Brasília, 28 de agosto de 2001.
(data de julgamento)

Ministro Fernando Gonçalves,
Presidente e Relator.

RELATÓRIO

Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves:

Fernando Tourinho de Lemos Brito e outros fizeram impetrar mandado de segurança contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, consubstanciado no indeferimento de seu pedido administrativo de incorporação aos seus proventos de aposentadoria, de acréscimo concernente à gratificação especial de incentivo, cuja vantagem vem sendo concedida, regularmente, aos serventuários da ativa.

Sustentam os impetrantes, serventuários inativos, que ao se aposentarem foi incorporada, como parcela autônoma, de variação diversa de outras parcelas dos mesmos proventos, a gratificação especial de incentivo.

Entendem ferido o § 4º do art. 40 da Constituição Federal, bem como o art. 42, § 2º, da Constituição Estadual, porquanto, "a Lei Estadual n. 6.955, de 4 de junho de 1996, modificou tal gratificação especial de incentivo acrescendo substancialmente o montante para distribuição aos serventuários por esta gratificação, determinando a aplicação de 30% da arrecadação mensal das custas para pagamento da mesma, além de criar gratificação de eficiência, o que obrigava prever, fatalmente, acréscimo substancial nos proventos dos requerentes, nos exatos termos dos dispositivos constitucionais acima citados..." (sic) (fls. 3 e 4).

Afirmam que, "com surpresa, regulamentada a matéria pela Resolução n. 4/96, do egrégio Tribunal Pleno, os proventos dos requerentes continuaram pagos no mesmo montante, sem qualquer aumento, obrigatório pelo dispositivo constitucional, o que se traduz nos contracheques recebidos" (sic) (fl. 4).

Ao final, requerem a concessão da segurança, pois "comprovada claramente a inconstitucionalidade da discriminação no tratamento entre ativos e inativos..." (fl. 6).

Prestadas as informações (fls. 111 e 127), o Tribunal de origem denega a ordem, entendendo o descabimento do mandamus pela impossibilidade de dilação probatória nessa sede, cujo acórdão está assim ementado:

"Serventuários da Justiça. Inativos. Impetração do mandado de segurança para possibilitar a incorporação da gratificação de incentivo aos seus proventos. Art. 4º, § 1º, da Lei Estadual n. 6.955/96. Ação direta de inconstitucionalidade. Suspensão liminar da eficácia da norma legal pelo STF. Inexistência de violação a direito líquido e certo. Denega-se a segurança.

"Comprovada denegação de idêntico mandado de segurança impetrado por um dos requerentes, extingue-se, em relação a ele, o processo por perda de objeto e com fulcro no art. 267, VI, combinado com o § 3º do citado dispositivo processual" (fl. 142).

No presente recurso ordinário, os recorrentes reforçam os argumentos expostos na exordial, buscando a reforma do julgado a quo.

Formulam, ao final, o seguinte pedido:

"Ante o exposto e mais o já constante nos autos esperam e requerem os recorrentes seja dado provi-

mento ao recurso para o fim de deferir o mandado de segurança impetrado no sentido de cassando o despacho impugnado reconhecer aos impetrantes o direito líquido e certo de vincular seus proventos aos ativos no que diz respeito às gratificações de incentivo e de eficiência, a primeira aumentada substancialmente e a segunda criada pela mesma lei estadual, uma vez provocaram um desequilíbrio entre a remuneração dos ativos e dos inativos, violando o § 4º do art. 40 da CF" (fls. 158/159).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 164/167), ascenderam os autos a esta Corte, manifestando-se o Ministério Público Federal, através do Subprocurador-Geral, Dr. Antônio Augusto César, pelo seu conhecimento e desprovimento, em parecer que guarda a seguinte ementa:

"Gratificação especial de incentivo. Lei n. 6.955/96. Servidores inativos. Equiparação entre vencimentos e proventos. Liminar concedida em ADIn suspendendo a eficácia da Lei.

"— Diante da decisão liminar da ADIn n. 1.530-3, que suspendeu a aplicabilidade do art. 4º, § 1º, da Lei n. 6.955/96, que concedia a gratificação especial de incentivo, carecem os impetrantes de direito líquido e certo, como também a pretensão não se reveste do fumus boni iuris.

"— Parecer opinando pelo desprovimento do recurso" (fl. 183).

É o relatório.

VOTO

Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator):

O cerne da controvérsia gira em torno do recebimento pelos recorrentes, serventuários aposentados da Justiça do Estado da Bahia, da gratificação especial de incentivo, com o percentual de que trata a Lei Estadual n. 6.955/96, que alegam estar sendo paga aos da ativa e não a eles, em descumprimento ao art. 40, § 4º, da CF/88.

Determina o art. 40, § 4º, da Constituição Federal. Verbis:

"Os proventos da aposentadoria serão revistos nas mesmas proporções e na mesma data sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriores concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação de cargos ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei".

A Lei n. 6.955/96, criada visando ao estímulo do servidor ativo com uma melhor recompensa em razão de sua maior produtividade, em ambos os termos, quantitativos e qualitativos, estabelece no § 1º do art. 4º que o total das custas efetivamente arrecadadas mensalmente pelo Poder Judiciário, este destinaria 30% (trinta por cento) a título de gratificação especial de incentivo, para distribuição entre os serventuários da justiça, cujos critérios, consoante previsto no § 2º do citado artigo, seriam fixados em Resolução pelo Tribunal de Justiça.

A Resolução n. 04/96, por sua vez, definindo critérios para a distribuição dessa gratificação aos serventuários em atividade, cujos

valores seriam percentuais resultantes das atualizadas arrecadações de custas cartorárias, estabelece que para a incorporação dessa gratificação é necessário o interstício temporal de 3 (três) anos contínuos ou 6 (seis) interpolados. Ainda, aqueles que a têm incorporada, o cálculo foi feito pela média obtida dos 10 (dez) maiores percentuais recebidos nos últimos 12 meses, anteriores à sua inativação.

Contudo, o recurso não merece provimento por dois motivos.

Primeiro, porque a eficácia do mencionado artigo da Lei n. 6.955/96 encontra-se suspensa, por liminar, até decisão final da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.530-3, maneada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Assim, impossível o reconhecimento de direito a dispositivo legal que tem sua eficácia suspensa por força de decisão do STF.

Segundo porque não carreiam os autores qualquer prova do pagamento da referida gratificação aos serventuários da ativa.

Ora, para a demonstração do direito líquido e certo em sede de mandado de segurança é necessário que o impetrante junte os documentos necessários à prova do direito alegado.

Irreparável, portanto, o voto condutor do acórdão impugnado que está fundamentado nos seguintes termos:

"Nas inolvidáveis lições do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, in verbis:

'Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais' (apud Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção. Habeas Data, Malheiros Editores, 14ª edição, 1992, págs. 23/24).

"Por outro lado, na mesma linha de raciocínio, in verbis:

'Direito líquido é o que se apresenta devidamente individuado e caracterizado, para que não haja dúvida alguma quanto aos exatos limites do que se pede' (apud Arnoldo Wald, Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária, 3ª edição, Editora Forense, 1968, pág. 119).

"Com efeito, como se sabe, pelo fato da inexistência de dilação probatória em sede de mandado de segurança é que se impõe ao impetrante o ônus comprovação de plano do pretenso direito questionado, ou seja, a exigência de sua liquidez e certeza deverá ser demonstrada de forma induvidosa e incontroversa no momento da propositura da ação mandamental, sob pena de assim não procedendo vir-se a configurar motivo relevante para o descabimento da impetração.

"A jurisprudência pátria, aliás, em fiel observância ao entendimento ora esposado, vem consignando seu ponto de vista em derredor da matéria:

'Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano (RSTJ 41/427, 271/140), por documento inequívoco (RTJ 83/130, 83/855, RSTJ 27/169) e indepen- dentemente de exame técnico (RTFR 160/329), é necessário que o pedido seja apoiado 'em fatos incontroversos, e não em fatos complexos que reclamem produção e o cotejo de provas' (RTJ 124/948; nesse sentido: STJ, RT 676/187). Não se admite a comprovação a posteriori do alegado na inicial (RJTJESP 112/225); 'com a inicial deve o impetrante fazer prova indiscutível completa e transparente de seu direito líquido e certo. Não é possível trabalhar à base de presunções' (STJ — 2ª Turma, RMS n. 929/SE, rel. Ministro José de Jesus Filho, j. 20/5/91, pág. 8.623, 2ª col., em.)'.

"No mesmo sentido:

'Descabe mandado de segurança para postulação baseada em fato a demandar dilação probatória' (RSTJ 55/325).

"Destarte ante o exposto vê-se, portanto, que aos impetrantes carece direito líquido e certo a ser resguardado pela estreita via do remédio heróico" (fls. 145/147).

A propósito, vale transcrever o ilustre parecer ministerial quando acentua, verbis:

"Em outro aspecto os recorrentes alegam que embora suspensa a aplicabilidade do art. 4º, § 1º, da Lei n. 6.955/96, os funcionários da ativa continuam recebendo o mesmo valor, pois 'O Presidente do Tribunal, pelo decreto judiciário n. 20 de junho de 1997 (...) ficou com a faculdade de arbitrar o limite mensal da gratificação, tendo conservado o quantum advindo do dispositivo suspenso, exclusivamente em favor dos ativos, violando, sem sombra de dúvida, o preceito constitucional, e, contornando, também a suspensão do artigo da Lei Estadual, pois os funcionários em atividade (...) passaram a percebê-lo nos seus contracheques (...) também sob o nome de gratificação de eficiência...' (fl. 157).

"Contudo, os impetrantes não trazem nenhuma prova do alegado, sequer colacionaram a Lei Estadual sub examen para que se possa aferir os requisitos para percebimento da gratificação por eficiência e o assunto nem mesmo foi ventilado pelas decisões anteriores.

"Desse modo, afiguram-se ausentes os requisitos necessários para concessão da segurança pleiteada. O direito dos impetrantes não é líquido e certo diante da inviabilidade de seu reconhecimento e exercício imediato, como também a pretensão não está amparada pelo fumus boni juris" (fls. 186/187).

É pacífico o entendimento de que o mandado de segurança não comporta dilação probatória, devendo a prova ser pré-constituída.

Em seu Manual do Mandado de Segurança, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, com propriedade e calcado na jurisprudência pretoriana, expõe, invocando a lição de Carlos Maximiliano, para quem direito líquido e certo é "aquele contra qual se não podem opor motivos ponderáveis e, sim, meras e vagas alegações cuja

improcedência o magistrado logra reconhecer imediatamente sem necessidade de exame demorado, pesquisas difíceis; por outras palavras, é o que nenhum jurista de mediana cultura contestaria de boa-fé e desinteressadamente (...)" (Renovar — 2ª edição — pág. 67).

Nesse sentido:

"Processual civil. Mandado de segurança. Indeferimento da inicial. Servidora pública estadual. Remoção. Direito líquido e certo. Ausência de comprovação.

"— O mandado de segurança, ação de natureza constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de poder emanado de autoridade pública, exige a constatação do direito alegado de plano, não comportando dilação probatória.

"— A pretensão de servidora pública estadual integrante do quadro de Tributação, Fiscalização e Arrecadação de obter a remoção para a localidade onde reside seu cônjuge, sem a demonstração da condição de servidor público lotado na Secretaria de Administração Fazendária que lhe garante o deferimento do benefício, não tem cabimento na via estreita do mandamus.

"— Recurso ordinário desprovido" (RMS n. 8.241/MG, rel. Min. Vicente Leal, DJ de 16/11/99).

"Mandado de segurança. Anistia. Alegada demissão por motivos políticos. Ausência de prova. Art. 8º do ADCT da CF/88.

"— Carece de ação mandamental o servidor que, nessa sede, não logra provar, de forma pré-constituída, sem dilação probatória, a motivação política do ato demissório" (MS n. 6.313/DF, rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 6/12/99).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Sexta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator".

Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade.

Dou fé.

Brasília, 28 de agosto de 2001.

Eliseu Augusto Nunes de Santana,
Secretário.

VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 01.019824-0, DE VIDEIRA

Requerente: Município de Videira
Advogados: Drs. Domingos Augusto Gaio, Wilson Antonio Paese Segundo e Luiz Antonio Locatelli
Interessada: Global Telecom S.A.
Advogados: Drs. Fabio Malina Losso e Roque Júnior de Holanda Melo
Ação na origem: Mandado de Segurança n. 079.01.003224-8 (1ª Vara)

O município de Videira, com fundamento no art. 4º da Lei n. 4.348/64, requer a suspensão da liminar deferida pelo Dr. Juiz da comarca do mesmo nome, que autorizou a conclusão das obras e a instalação de uma torre para instalação de estação rádio-base da empresa impetrante, independentemente de alvará da Prefeitura, desde que observadas as normas editadas pela Anatel.

Alega que a decisão causa lesão grave à ordem pública, pois o impede de exercer o poder de ordenar a ocupação do solo urbano, de predominante interesse local, conforme lhe autorizam os incisos I e VII do art. 30 da CF, afrontando, portanto, a autonomia administrativa do Município. Invoca lições de Alexandre de Moraes e Hely Lopes Meirelles em prol da sua tese.

Diz que a autorização concedida pela Anatel à concessionária do serviço público federal está relacionada com os serviços de telecomunicações, não se confundindo com a exigida pelo Município às que nele têm intenção de construir, tanto que o próprio Decreto n. 2.056/96, que regula o serviço móvel celular, dispõe, em seu art. 28, parágrafo único, que "A instalação do sistema, com as correspondentes edificações, torres e antenas, bem como a instalação de linhas físicas em logradouros públicos, ficará condicionada ao cumprimento pela concessionária das posturas municipais e outras exigências legais pertinentes a cada local".

Argumenta que o Plano Diretor do Município (Lei n. 58/81) dispõe que o local onde se deseja construir a torre está inserido na zona mista, somente podendo ser construídas as edificações previstas no anexo I, no qual não se enquadra a instalação de antena de telefonia celular, a par de contrariar o art. 1º da Lei n. 28/93, que limita as construções à altura máxima de 10 pavimentos, o que, com base no Códi-

go de Edificações (Lei n. 10/98), equivale a 35 metros de altura, sendo que a torre de transmissão atingirá 63 metros.

Afirma, ainda, que, não obstante denominado "alvará de licença", a autorização para a construção da torre foi concedida a título precário, passível, portanto, de suspensão ou cassação unilateral pela administração, conforme os critérios de oportunidade e conveniência, sem direito a indenização.

Por fim, que o início das obras causou grande comoção nos moradores do bairro, que endereçaram abaixo-assinado contra o alvará, o que levou o Chefe do Executivo Municipal a suspendê-lo, atendendo ao interesse social.

É o relatório.

A Constituição Federal, no art. 21, inciso XI, dispõe ser da competência da União "explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais".

Pela Lei Federal n. 9.472, de 16/7/1997 (Lei Geral das Telecomunicações), foi criada a Anatel — Agência Nacional de Telecomunicações (art. 8º), responsável pela organização e exploração dos serviços de telecomunicações.

Mediante licitação, foi concedido por contrato à Global Telecom S.A. o direito de exploração dos serviços de telecomunicações no Estado.

Nas atribuições da agência reguladora incluiu-se o "disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento das redes de comunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofreqüências" (parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.472/97), o que não afasta, à evidência, a competência do Município para "promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano" (CF, art. 30, VIII), ou para atender qualquer outro interesse predominantemente local (CF, art. 30, I), a exemplo da polícia sanitária, que se preocupa com a proteção da saúde pública, manifestando-se por meio da expedição de alvarás, licenças e autorizações.

A lição de Diógenes Gasparini é expressiva:

"Atente-se, ainda, que muitas matérias de competência da União, no que concerne à sua disciplina e ao exercício do poder de polícia, são em algum aspecto, no que se refere à legislação e à atividade de polícia, de competência, por exemplo, municipal. É o que ocorre com a atividade bancária. Esta é regulada e fiscalizada pela União ou por quem lhe faz as vezes; mas no que se refere à localização do estabelecimento bancário, o poder para legislar e fiscalizar é do Município. Nenhum banco pode ser instalado em desacordo com a lei de zoneamento. De sorte que a competência legislativa da União sobre determinada matéria não alija a do Município, que pode regular e fiscalizar o cumprimento de suas normas no que respeita a certos aspectos dessa matéria" (Direito

Administrativo, Saraiva, 6ª edição, 2001, pág. 120).

No mesmo sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

"Mandado de segurança. Denegação da ordem. Ato de servidor público municipal. Atividades de mineração. Inobservância das posturas municipais.

"Cumpre distinguir o exercício da atividade de lavra minerária, autorizada pelo Governo Federal — o que não significa a concessão de poderes absolutos — e o exercício do poder de polícia conferido ao Município, no que diz respeito ao seu peculiar interesse.

"Agindo a municipalidade dentro das suas prerrogativas legais, ao exigir a obtenção de alvará de licença a ser expedido em harmonia com as posturas municipais e as normas de preservação ambiental, o ato não feriu direito líquido e certo" (REsp n. 38042/SP, rel. Min. Hélio Mosimann, DJU 3/6/96, pág. 19.233).

O próprio decreto que regula o serviço móvel celular (n. 2.056/96) reconhece a competência do Município, estatuindo, em seu art. 28, parágrafo único, que "A instalação do sistema, com as correspondentes edificações, torres e antenas, bem como a instalação de linhas físicas em logradouros públicos, ficará condicionada ao cumprimento pela concessionária das posturas municipais e outras exigências legais pertinentes a cada local".

Desse modo, ainda que de competência da União os serviços de telecomunicações, a instalação da torre para prestação de serviço móvel celular deve respeitar as normas municipais sobre uso do solo urbano, atendendo às diretrizes do Plano Diretor do Município, não podendo, livremente, ser escolhido local que se entenda mais apropriado, sem levar em conta o interesse público e social.

Induvidosa, pois, a necessidade de alvará para localização e construção da torre.

Consta da petição inicial do Mandado de Segurança (fls. 61/62), e o Município em fax encaminhado após o ajuizamento do pedido de suspensão o confirma (fls. 427/29), que o Município concedeu alvará de licença para a obra. Consta desse documento:

"...fica a Global Telecom S.A. ...autorizada, nos termos das Leis Municipais, a executar os seguintes serviços: construção de uma torre metálica com altura de 63,00m, à Rua Padre Anchieta...".

É verdade que no verso do alvará estão lançadas estas observações:

"Alvará de licença concedido por tempo indeterminado e em caráter precário, passível de suspensão ou cassação unilateral do município sempre que for incompatível com a legislação superveniente ou se comprovado danos à saúde através de laudo técnico e não havendo a devida adequação no prazo concedido para esse fim".

Iniciada a construção, moradores do bairro manifestaram recurso administrativo pedindo a anulação do alvará e o embargo da obra, alegando que o bairro é predominantemente residencial; a ocorrência de barulho causado pelos aparelhos de refrigeração da torre; o risco de vida e de danos materiais na eventualidade de uma tempestade derrubar a torre ou atrair raios; desvalorização imobiliária; exposição de pessoas à radiação ele-

tromagnética 24 horas por dia; e existência de outros locais não habitados, inclusive sobre morros, apropriados para a localização da torre.

O Prefeito Municipal, então, "Diante do clamor dos moradores" e "considerando que o Alvará foi concedido a título precário e com expressa previsão de sua possível suspensão...", suspendeu a licença pelo prazo de 30 (trinta) dias e até ulterior decisão definitiva, determinando ao departamento próprio da Prefeitura "os estudos necessários para indicar locais alternativos".

Na lição do saudoso Hely Lopes Meirelles (Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, 7ª ed., pág. 355):

"O alvará de licença para construir ou lotear traz em si a presunção de definitividade e por isso não pode ser sumariamente cassado ou anulado pela Prefeitura, nem revogado sem justo motivo e indenização. Há que distinguir, portanto, essas três situações para a invalidação do alvará de licença: a cassação, quando ocorrer descumprimento incorrigível do projeto, em partes essenciais, durante sua execução; a anulação, quando for obtido com fraude ou desobediência à lei; a revogação, quando sobrevier motivo de interesse público que exija a não realização da obra licenciada".

É lição, ainda, do inolvidável administrativista:

"Expedido o alvará de licença para construir ele traz em si a presunção de legitimidade e de definitividade de sua concessão, mas em certas circunstâncias poderá ser invalidado. Realmente, comprovado que sobreveio um interesse público relevante para a não realização da obra, a Prefeitura poderá revogar o alvará de licença, indenizando integralmente os prejuízos ocasionados ao proprietário; comprovado que a obra está sendo construída em desacordo com o projeto aprovado, a Prefeitura poderá cassar o alvará até que a construção seja regularizada, nada tendo que indenizar pelo embargo e demolição do que foi feito irregularmente; comprovado que o projeto foi aprovado ilegalmente, contra as normas da construção a Prefeitura poderá anular o alvará, embargar o que foi feito e promover a sua demolição sem qualquer indenização ao proprietário. Como se vê, são situações diversas que autorizam a invalidação do alvará e a demolição da obra, mas por fundamentos diferentes e com efeitos jurídicos desiguais, só havendo paridade no dever de comprovar o motivo da revogação, da cassação ou da anulação da licença" (Direito de Construir, 3ª ed., págs. 179/80).

Descabe, pois, a invocação de precariedade da concessão do alvará, porque, nos termos da observação lançada em seu verso, a cassação só será possível se incompatível com legislação superveniente — o que não é o caso, ou danos à saúde por meio de laudos técnicos, não exibido no caso.

Atendeu o Prefeito Municipal apenas ao clamor popular, sem embasamento técnico, contudo, quanto aos riscos que teria a obra, inclusive à saúde dos moradores vizinhos.

Quanto a esse aspecto, há nos autos parecer do Professor José Tomaz Senise, da Escola de Engenharia Mauá, do Instituto Mauá, segundo o qual, "No entender da OMS (Organização Mundial da Saúde) e do Cene-

lec (Comitê Europeu de Normatização Eletrotécnica), as antenas instaladas em torres das estações rádio-base de telefonia celular não apresentam risco para a saúde da população, desde que não seja superado o nível de radiação recomendado" (fl. 68).

Filiam-se a esse entendimento, conforme noticiam os autos, os professores da Universidade Federal de Santa Catarina Adroaldo Raizer, Hugo Domínguez e Paulo Wollinger, engenheiros eletricistas (fls. 235/262) e os profissionais Benjamim S. M. C. Galvão e Sandra Regina de Paula, da Associação Brasileira de Compatibilidade Eletromagnética — Abricem (fl. 163).

Assinala-se que a torre acha-se localizada na ZM (Zona Mista, conforme o art. 15 da Lei n. 58, de 1981) e nela são permitidos, dentre outros usos, conforme anexo I da Lei, todos os permitidos na ZC2, dentre eles postos de gasolina, e os permitidos na ZC1, emissoras de rádio e TV, que não dispensam antenas de elevado porte.

Não se alegue com as proibições de "usos nocivos e perigosos" de que trata a ZC2 porque, conforme já referido, os professores da UFSC e os técnicos da Abricem afastam a ocorrência de riscos à saúde.

O limite de 10 pavimentos de que trata o art. 1º da Lei n. 28, de 12/4/93, diz respeito a edificações que geram sombreamento e maior demanda de serviços de infra-estrutura, o que não é o caso de torre como a de que se trata, cuja altura reclama, sim, o interesse das autoridades de aeronáutica, no caso atendido.

De registrar-se que, consoante os artigos 64 e 65 da Resolução n. 259/01, a Anatel observa os limites máximos permitidos pela Organização Mundial da Saúde, e prevê a fiscalização do uso de radiofreqüências, de forma "direta, por meio de inspeção de técnicos da agência nas instalações das estações", quando "deverão ser observados os limites, referentes à exposição dos trabalhadores e da população em geral a campos eletromagnéticos, estabelecidos em regulamentação específica da regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional", e "indireta, por meio de sistemas de monitorização e gestão à distância".

Ante o exposto, embora discordando, com a devida vênia, do entendimento do Dr. Juiz de primeiro grau, quanto à competência de polícia administrativa que o Município exerce no caso, a meu ver com inteiro amparo na Constituição Federal, tenho que a licença foi expedida conforme o edital, "nos termos das Leis Municipais", não poderia ser suspensa pelas razões invocadas, pelo que indefiro o pedido de suspensão da liminar.

Intime-se.

Publique-se.

Florianópolis, 16 de outubro de 2001.

Des. João José Schaefer
1º Vice-Presidente

RECURSO ESPECIAL CRIME

RECURSO ESPECIAL CRIME N. 00.018114-5/0001.00, DE CHAPECÓ

Recorrente: Cooperativa Regional Alfa Ltda.
Advogado: Dr. Ricardo Adolfo Felk
Recorrido: Aderbal Mendes de Oliveira
Advogado: Dr. Luiz Antônio Palaoro
Recorrido: Ministério Público
Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Cooperativa Regional Alfa Ltda., com fundamento no art. 102, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, interpôs recurso especial da decisão unânime da colenda 1ª Câmara Criminal, que negou provimento ao seu recurso de apelação, confirmando a condenação por infração ao art. 171, caput, c/c art. 71, ambos do Código Penal.

Alegou, para tanto, que o acórdão recorrido contrariou o art. 69, caput, do CP, bem como divergiu do entendimento adotado por outros tribunais, conforme as decisões paradigmas colacionadas (RExt n. 41199, rel. Min. Luiz Gallotti, DJU 7/3/60; TAMG/Ap. n. 14933-3/00, rel. Juiz Elisson Guimarães, DJ 3/3/88; TAPR/Ap. Crim. n. 43782-1, rel. Juiz Sérgio Mattioli, DJ 8/11/91).

Devidamente intimado, o recorrido Aderbal Mendes de Oliveira deixou transcorrer in albis o prazo para apresentar contra-razões ao recurso especial (certidões de fls. 2.926 e 2.927).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça anotou, de plano, que o fundamento do recurso no art. 102 da CF não constituiria óbice a seu conhecimento, pois flagrante o equívoco, restou clara a insurgência decorrente de suposta contrariedade à lei federal e divergência jurisprudencial.

No mérito, opinou pela inadmissão do recurso, "haja vista a inexistência da alegada afronta ao art. 69 do CP, bem como a falta de comprovação da divergência jurisprudencial, posto que, além de não serem observados os requisitos do art. 255 do RISTJ, o posicionamento adotado nesse Tribunal perfilha o entendimento prevalente no STJ".

É o relatório.

Inicialmente, a capitulação equivocada no intróito recursal não seria óbice para o conhecimento da insurgência, eis que perceptível, nas páginas seguintes, seu norte dirigido ao art. 105, inc. III, alíneas a e c, da CF.

No que respeita à dita contrariedade ao art. 69 do CP, tal não se vislumbra. Tem-se na espécie o conflito aparente de normas, solucionado pelo princípio da consunção, onde o crime mais grave absorve o menos grave (major absorvet minorem), tratando-se de matéria sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, no verbete da Súmula 17.

O dissídio também não dá ao especial condições de ascender à Superior Corte de Justiça, porquanto saber se o falso foi praticado unicamente para possibilitar o estelionato implicaria em reexame de provas, inadmitido na via eleita pelo enunciado da Súmula 7 do STJ.

Nesse sentido: "a Súmula 17, STJ reconhece apenas a incidência do estelionato quando o falso, esgotada a execução daquele, perde sua potencialidade ofensiva. Diferente será definir concurso formal, e não concurso material. Aqui, impõe-se análise de fatos probatórios. Obstáculo da Súmula 7, STJ" (REsp n. 34635/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 20/11/95).

Ante o exposto, inadmito o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2001.

Des. Alberto Costa,
2º Vice-Presidente.

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇAS

JUÍZO DE DIREITO DE CRICIÚMA

Primeira Vara Criminal
Autos n. 30/95
Autora: A Justiça Pública
Réus: Lenocir Gomes Pereira e Claudemir Elias

Furto qualificado pelo arrombamento e concurso de agentes (art. 155, §§ 1º e 4º, do CP). Recurso que objetiva absolvição ante ausência de provas da autoria. Impossibilidade. Objetos apreendidos em poder dos réus. Recurso desprovido. "Quem emprega qualquer atividade para a realização do evento criminoso é considerado responsável pela totalidade dele, no pressuposto de que também as outras forças concorrentes entraram no âmbito de sua consciência e vontade (RJDTACrim 27/260)" (in *Apelação Criminal n. 97.014599-3, de Criciúma, rel. Des. Álvaro Wandelli).*

Vistos, etc...

I.

1ª — O representante do Ministério Público em exercício neste Juízo (1ª Vara) ofereceu denúncia contra Valmor Dal Farra, Lenocir Gomes Pereira e Claudemir Elias, brasileiros, residentes e domiciliados nesta cidade e comarca de Criciúma (SC), dando-os como incursos nas sanções do artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, em razão dos seguintes fatos, in verbis:

"Infere-se das indagações policiais inclusas que, no dia 29 de março de 1994, por volta das 21h30min, os denunciados Valmor Dal Farra, Claudemir Elias e Lenocir Gomes Pereira, com comunhão de vontades e esforços, adentraram na Loja Dal Farra, sita na Rua João Pessoa, 110, Centro, nesta Cidade e Comarca, de onde subtraíram, para si, um revólver calibre 38, um revólver calibre 32, um relógio de pulso, duas facas para churrasco, duas calculadoras, diversas roupas e a quantia de U$ 3.000,00. Os denunciados ainda arrombaram o cofre da loja, conforme exame pericial de fls. 41/42, de onde subtraíram oito cheques de terceiros, já preenchidos, conforme descreve o BO, de fl. 3 verso. Parte da res furtiva foi apreendida em poder dos últimos denunciados, conforme termo de apreensão de fls. 6/7 e parte encon-

tra-se em poder do primeiro denunciado que está foragido".

2 — A preambular acusatória foi recebida na data de 21 de fevereiro de 1995, acompanhada do respectivo caderno indiciário. Citados, os acusados Claudemir Elias e Lenocir Gomes Pereira compareceram a Juízo, ocasião em que foram interrogados. Em seguida, por intermédio de Defensor constituído, foi apresentada defesa preliminar, acompanhada de rol de testemunhas. Na fase instrutória do feito ocorreu a inquirição das testemunhas apresentadas pelo Ministério Público, tendo havido desistência da inquirição das demais testemunhas. No prazo do artigo 499 do Código de Processo Penal, foram certificados os antecedentes. E, no do artigo 500, do mesmo diploma legal, as partes ofereceram suas razões finais. O Ministério Público propugnou pelo acolhimento da exordial acusatória, em razão do conjunto de provas carreado aos autos. A douta Defesa, a seu turno, clamou pela absolvição, em face da ausência de provas suficientes a fundamentar a pretensão da Justiça Pública.

É o breve relatório.

Conclusos.

II.

3 — Trata-se de persecução criminal incondicionada, instaurada mediante denúncia do Ministério Público, visando a apurar a responsabilidade de Claudemir Elias e Lenocir Gomes Pereira, pela prática do delito de furto qualificado, ocorrido nesta cidade e comarca de Criciúma(SC).

As cautelas próprias do processo penal têm por finalidade só impor responsabilidade — obrigação de suportar os efeitos jurídicos da prática da infração penal — a quem tenha realizado a conduta — típica e antijurídica.

Segundo a redação do artigo 155, caput, do Código Penal, a figura típica e antijurídica do furto consiste em: subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. Na espécie, qualificado pelo rompimento de obstáculo à subtração e concurso de agente (§ 4º, incisos I e IV).

4 – Passo à análise dos fatos e das provas produzidas nestes autos. Assiste razão ao digno representante do Ministério Público quando, em suas alegações finais, propugna pelo acolhimento da exordial acusatória.

No tocante à responsabilidade criminal dos acusados relativamente ao delito narrado na denúncia, esta restou demonstrada, não obstante os argumentos da douta Defesa, por ocasião de suas razões finais.

Em poder dos acusados Claudemir Elias e Lenocir Gomes Pereira foram encontrados vários objetos, dentre eles um jogo de lençóis, uma jaqueta de courino, um lençol, duas calculadoras Sharp e duzentos dólares, em notas de cem dólares, um relógio de pulso marca Orient, duas canetas, um jogo de lençol, uma jaqueta courino preta, um revólver calibre 38, niquelado, sem número de série, oito cartuchos calibre 38 intactos e duzentos dólares divididos em duas notas de cem dólares, res- pectivamente. (termo de apreensão de fls. 9 e 10). Materialidade comprovada, visto que reconhecidos, posteriormente pela vítima Vitalino Dal Farra, segundo documento de fl. 11.

Na fase indiciária indagado acerca dos fatos, Claudemir Elias apresentou uma história extremamente interessante. Fora convidado, juntamente com Lenocir Gomes Pereira, pelo denunciado Valmor Dal Farra, para, durante a noite, sem conhecimento da vítima Vitalino Dal Farra, proprietário da Loja Dal Farra, arrombarem o cofre do mencionado estabelecimento.

Segundo ainda suas declarações, abriram a fechadura do cofre com uma chave "micha" e a questão do segredo foi resolvida mediante a utilização de uma furadeira. Aberto o cofre, Valmor apoderou-se de diversos objetos, dentre eles dois revólveres, duas canetas, relógios, lençóis, além de certa quantia em moeda americana. Valmor ainda teria lhe dado quatrocentos dólares e lhe induzido a vestir uma jaqueta da loja, bem como teria colocado um dos revólveres no bolso daquela (declarações de fls. 16 e 16v.). O mais interessante de todo o conteúdo dessas declarações é que Claudemir pensou que estar apenas exercendo sua profissão (...) que Valmor o induzira a praticar um arrombamento.

Em Juízo, asseverou que não sabia tratar-se de um arrombamento e que recebeu, como doação, a importância de quatrocentos dólares, divididos entre ele e Lenocir Gomes Pereira. Finalizando, disse que Valmor Dal Farra mandou que o interrogando e seu companheiro ficassem com tais objetos...

Lenocir Gomes Pereira, por ocasião de seu interrogatório, afirmou que: "...foram contratados por Valmor Dal Farra, filho do proprietário da Loja Dal Farra, para que fossem abrir um cofre, pois havia perdido as chaves e o segredo; que combinaram o valor do serviço e o local; que no dia dos fatos o interrogando e seu companheiro foram até a casa do pai do acusado Valmor Dal Farra, onde este os acompanhou até a loja; que no local tinha movimento de pessoas e Valmor abriu a loja e adentrou na mesma; que no local o interrogando e seu companheiro arrombaram o cofre, na presença do filho do dono da loja; (...) que após arrombado o cofre Valmor Dal Farra apanhou dois revólveres que ali se encontravam depositados, revirou todo o cofre e apanhou também os dólares; (...); que Valmor mandou que o interrogando e seu companheiro ficassem com tais objetos (termo de fl. 55v.).

Na fase indiciária, o acusado Lenocir Gomes Pereira asseverou que o acusado Valmor Dal Farra entregou quatrocentos dólares e que estes foram divididos entre ele e Claudemir Elias. Cada qual também apanhou uma jaqueta de couro, na loja, por orientação de Valmor. Teria sido, também, Valmor quem colocou calculadoras nos bolsos da jaqueta e que Claudemir ficou com o outro revólver (termo de fl. 19v.).

De acordo com o depoimento do proprietário do estabelecimento comercial mencionado e pai do acusado Valmor, este, após ter comunicado à irmã Sandra Luciana Dal Farra que a loja tinha sido furtada, desapareceu da cidade, não sendo encontrado até a presente data. O acusado Valmor não trabalha na loja e, ainda segundo as declarações de Vitalino Dal Farra, seu filho teria retirado, do molho de chaves, aquela que abre o estabelecimento comercial (termo de fl. 69).

Sandra Luciana Dal Farra, inquirida, respondeu que: "...na parte da tarde, o acusado Valmor chegou em casa e chamou a declarante no porão dizendo que ia seguir viagem e que havia furtado a loja do pai; que Valmor mostrou vários objetos que havia furtado, cheques e inclusive uma arma; que a declarante vendo a arma ficou com medo de avisar o pai, somente o fazendo de madrugada, após Valmor ter ido viajar..." (termo de fl. 70).

Os acusados negaram, como lhes era conveniente, a efetiva participação na subtração. Contudo, tal circunstância não lhes socorre.

Existem indicações seguras de que a subtração dos objetos, da esfera de disponibilidade da vítima, descritos nos termos de apreensão de fls. 9 e 10, foi obra também de Claudemir Elias e Lenocir Gomes Pereira. Foram eles quem abriram o cofre do estabelecimento comercial já mencionado bem como ficaram com boa parte dos objetos, não obstante tenham tentado suavizar suas condutas. Com eles, inclusive, foram recuperados, segundo suas próprias declarações em Juízo.

De acordo com as declarações de Sandra Luciana, o seu irmão, Valmor Dal Farra, um dos acusados, teria realizado a subtração no estabelecimento de propriedade do pai Vitalino Dal Farra, levando consigo vários objetos, ainda não recuperados, confirmando as declarações prestadas pelos demais envolvidos.

Devidamente comprovada a majorante do inciso IV, § 4º, do art.155 do CP, ou seja, concurso de agente, pois as subtrações se deram em pluralidade de pessoas.

Preleciona Heleno Cláudio Fragoso: "o furto será qualificado, desde que cometido por duas ou mais pessoas (...) O fundamental da agravante reside na maior eficiência do crime organizado ou associado" (in Lições de Direito Penal, vol. I, Forense, 1989, pág. 331).

É o entendimento de nosso Tribunal de Justiça que:

"Furto qualificado. Concurso de agentes. Qualificadora prevista no inciso IV do § 4º do art. 155 do CP (mediante concurso de duas ou mais pessoas) é de caráter objetivo. A qualificação do furto decorre de sua prática por mais pessoas" (STF — Min. Djaci Falcão). O que importa é a colaboração na prática do evento, facilitando a execução, tornando mais vulnerável o bem atingido, dificultando a defesa da res furtiva". Voto vencido (Apelação Criminal n. 33.336, rel. Des. José Roberge, publicado no DJ, em 22/12/95, n. 9.383, pág. 14).

"Furto qualificado. Concurso de agentes. Caracterização. Desprovimento. No concurso de agentes, não há necessidade de que todos os co-delinqüentes participem da execução material do delito. Havendo entre os agentes prévio ajuste e estímulo moral, mesmo que apenas um dos comparsas pratique a conduta típica, todos são por ela responsáveis. Há co-autoria quando um dos meliantes anuncia aos demais o seu propósito de praticar o furto, recebendo destes anuência e estímulo moral, tanto que após a subtração foi a res entre todos distribuída" (Apelação Criminal n. 25.668, São Joaquim, rel. Ernani Palma Ribeiro, in DJ, n. 8.319, de 20/8/91, pág. 5).

5 — De acordo com o Código de Processo Penal, em seu art. 158 — quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acu- sado.

O Laudo Pericial de fls. 43/46 informa que foram constatados danos no cofre, com perfuração transfixante na porta, lado direito do sistema de segredo. Configurada, dessa forma, a qualificadora prevista no § 4º, inciso I, do artigo 155, do Código Penal.

Quem invoca um álibi ou apresenta uma versão dos fatos, deve comprová-la e a tanto não se eqüivale a produção de elementos de convicção que não excluem de vez a possibilidade de ter sido, quem alega, o autor da infração. Simples negativa não se constitui elemento suficiente para corroborar álibi ou versão divergente do contexto probatório. A douta Defesa, nesse sentido, nada conseguiu apresentar.

Para a condenação criminal é preciso que as provas ou indícios não deixem dúvidas. Necessitam ser claras, não ensejando incertezas. Nunca é demais repetir orientação jurisprudêncial de nosso Tribunal de Justiça que diz: "os indícios, quando concludentes e todos desfavoráveis aos réus, autorizam uma sentença condenatória" (JC vol. 13, pág. 341). É o caso dos presentes autos.

Com os acusados foram encontrados os objetos e pertences já descritos nos termos de apreensão, subtraídos da esfera de disponibilidade da vítima. Suas negativas não têm o condão de modificar a situação fática, notadamente pelas demais provas em contrário, principalmente das tes- temunhas e da perícia técnica. Praticaram o delito de furto qualificado.

Perfeitamente aplicável à espécie ora em análise precedente jurisprudencial de nosso Tribunal de Justiça:

"Furto qualificado — Arrombamento — Coisas subtraídas encontradas em poder do agente — Álibi não comprovado — Condenação mantida. O furto é delito em regra dependente de clandestinidade, cuja prova nem sempre é contundente, vistosa; no entanto, se o apelante foi visto carregando as coisas subtraídas no dia da ocorrência, em seu poder foram encontradas, a apreensão gera a presunção de sua responsabilidade, invertendo-se o ônus da prova e impondo-se-lhe justificativa inequívoca, pois a dubiedade e inverosimilhança transmudam a posição em certeza e autorizam a condenação" (Apelação Criminal n. 33.462, São José, rel. Nilton Macedo Machado, in DJ n. 9.347, de 27/10/95, pág. 13).

Negaram, como lhes era conveniente, a efetiva participação na subtração. Contudo, tal circunstância não lhes socorre. A narrativa apresentada perante a autoridade policial e juízo, sem justificativa ou explicação plausível, não dissociada do contexto probatório, é, na verdade, elemento idôneo para sustentar a condenação.

O argumento apresentado pela nobre Defesa, em suas razões finais, não procede. Evidenciado o concurso de agentes. Além disso, a participação no ato criminoso não se restrin- ge unicamente à execução direta do ato ou atos que conduzem a sua perpetração. Também é sujeito ativo do ilícito

quem dele participa, ora comissivamente, ora penhorando apoio e incentivo moral ao comparsa no mister do interesse comum, a subtração.

Decisão de nosso Tribunal de Justiça, com inteira aplicação ao caso ora em análise:

"Furto qualificado pelo concurso de pessoas — Pretendida absolvição por deficiência da prova — Pretensão improcedente — Delito plenamente configurado — Recursos desprovidos — As confissões prestadas na fase indiciária com as cautelas do art. 6º, V, do CPP, confirmadas em juízo e roboradas pela apreensão de parte da res em poder de um dos acusados e pela prova testemunhal, constituem um elenco de provas suficiente para embasar uma sentença condenatória" (Apelação Criminal n. 27.308, Itajaí, rel. Des. Wladimir d'Ivanenko, in DJ n. 8325, de 28/8/91, pág. 8).

III

6 — Passo à aplicação da reprimenda corporal. Os réus Claudemir Elias e Lenocir Gomes Pereira não registram antecendentes. São primários. Culpabilidade presente e reprovável. Maiores, mentalmente são, ao assacar contra o patrimônio alheio, sabiam que estavam agindo contrariamente ao Direito. Personalidades normais. Motivos já esclarecidos. Circunstâncias normais à espécie, infelizmente. As conseqüências foram da não recuperação de parte dos objetos.

Assim, analisadas as circunstâncias ditas judiciais, estabeleço a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, pela prática do delito de furto qualificado. Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar. Restou configurada, ainda, a causa especial de aumento do concurso de agentes (art. 155, § 4º, inciso IV), motivo pelo qual acrescento mais 4 (quatro) meses. Ante a ausência de outras circunstâncias judiciais ou causas de especial aumento ou de diminuição, torno definitiva em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Em idênticos parâmetros, fixo a pena de multa em 20 dias-multa (art. 59, c/c art. 49, ambos do CP). Cada dia-multa no valor de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, visto a situação financeira do réu. A pena de multa deverá ser paga no prazo do artigo 50 do CP e, de acordo com os arts. 168 e 169, da Lei de Execução Penal, fixo o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda corporal ora irrogada, a ser cumprida no Presídio de Santa Augusta. Concedo o direito de recorrer em liberdade.

7 — Ante o exposto, julgo procedente a peça acusatória e condeno Lenocir Gomes Pereira e Claudemir Elias, ambos já qualificados, à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por infringência ao disposto no artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, com multa. Arcam, também, com o pagamento das custas e despesas processuais, pro rata. Transitada em julgado, inscreva-se o nome dos réus no Rol dos Culpados, oficiando-se a douta Corregedoria-Geral da Justiça. Expeçam-se competentes mandados de prisão.

P.R.I.

Criciúma(SC), 30 de julho de 1997.

Dr. Júlio César Knoll,
Juiz de Direito.

JUÍZO DE DIREITO DE CRICIÚMA

Primeira Vara Criminal
Processo n. 92/97
Autora: A Justiça Pública
Réu: Jefferson Sebastião de Souza
Art. 12 da Lei n. 6.368/76

Penal. Tráfico de entorpecentes. Intermediação entre consumidor e fornecedor. Delito caracterizado. Desclassificação. Impossibilidade. Precedentes jurisprudenciais. Recurso desprovido.

*Incide nas penas do art. 12 da Lei n. 6.368/76 o agente que serve como intermediário no tráfico de cocaína (*in *Apelação Criminal n. 98.001165-0, de Criciúma, relator Des. Amaral e Silva, DJ n. 9.966, de 7/5/98).*

Vistos, etc...

I.

1 — O representante do Ministério Público em exercício neste Juízo (1ª Vara) ofereceu denúncia contra Jefferson Sebastião de Souza, brasileiro, solteiro, residente e domiciliado na Rua Manaus, casa 11, Bairro Argentina, nesta cidade e comarca de Criciúma (SC), atualmente recolhido ao Presídio de Santa Augusta, dando-o como incurso nas sanções do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, em razão dos seguintes fatos, in verbis:

"No dia 11 de julho do corrente ano (1997), por volta de 1h da madrugada, na Avenida Centenário, em frente ao estabelecimento comercial denominado Drive-In do Chapecó (reconhecido ponto de droga), nesta Cidade, o denunciado Jefferson Sebastião de Souza foi surpreendido pelos Policiais Militares Luiz Carlos Machado Brandão e Evandro de Andrade Fraga, trazendo consigo, no interior das vestes, para fins de tráfico, 1 (um) invólucro plástico, de cor branca, contendo 1,08 grama de substância entorpecente denominada crack, além de 1 (um) invólucro plástico, da mesma cor, contendo 0,75 grama da substância entorpecente denominada cocaína, substâncias estas capazes de causar dependência física e/ou psíquica, com uso proibido em todo o território nacional. Cumpre acrescentar que minutos antes de sua prisão em flagrante delito, o denunciado se aproximou do veículo conduzido pelo Policial Militar Luiz Carlos Machado Brandão, que se encontrava estacionado no posto de combustível denominado Nova Europa, sito na Av. Centenário, próximo ao bar anteriormente mencionado, nesta Cidade, e, como este vestia traje civil, ofereceu-lhe, para venda, substância entorpecente. Ato contínuo, com a ajuda de reforço policial, Jefferson Sebastião de Souza foi revistado, sendo encontrado em seu poder a substância antes mencionada".

2 — A preambular acusatória foi recebida na data de 18/7/97, e veio acompanhada do respectivo auto de prisão em flagrante, devidamente homologado. Citado, o acusado foi interrogado.

Em seguida, apresentada defesa preliminar, por intermédio de defensor nomeado, acompanhada de rol de testemunhas. Em apenso, exame de dependência toxicológica.

Na fase instrutória do feito foram ouvidas quatro testemunhas apresentadas pelo Ministério Público, bem como inquiridas aquelas indicadas pela douta defesa. Em seguida, as partes apresentaram suas razões finais. O Ministério Público propugnou pelo acolhimento da exordial acusatória, com a condenação por infringência ao disposto no artigo 12 da Lei de Tóxicos. A douta defesa, em longo arrazoado, por entender ausentes provas suficientes a ensejar decreto condenatório, no artigo 12, clamou pela desclassificação.

É o breve relatório.

Conclusos

II.

3 — Trata-se de persecução criminal incondicionada instaurada mediante denúncia do Ministério Público, objetivando apurar a responsabilidade do acusado Jefferson Sebastião de Souza, por infringência ao disposto no artigo 12 da Lei de Tóxicos.

As cautelas próprias do processo penal têm por finalidade só impor responsabilidades — obrigação de suportar os efeitos jurídicos da prática da infração penal — a quem tenha realizado a conduta típica e antijurídica.

As figuras previstas no dispositivo legal supra consistem, segundo a sua redação, em: importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

4 — Feitas as necessárias colocações, passo à análise dos fatos e das provas carreadas aos autos.

As substâncias entorpecentes apreendidas (termo de fl. 13), cocaína e crack, foram submetidas a exame químico toxicológico.

Segundo o Laudo Pericial de fls. 47/48, a substância entorpecente apreendida com o acusado foi submetida a exame químico toxicológico. Os peritos subscritores do laudo concluíram que o material analisado era, de fato, cocaína, na forma de pó, enquadrada entre as capazes de causar dependência física e/ou psíquica, estando inserida na relação da Portaria n. 28/86 da Dimed/MS. De acordo, ainda com os experts, o elemento responsável pelos efeitos farmacológicos da substância foi identificado positivamente.

Inquestionável a materialidade do delito definido no artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

5 — Relativamente à autoria, o acusado Jefferson Sebastião de Souza, quando de sua inquirição por ocasião da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante (fase indiciária), asseverou que "...na noite de ontem, por volta de

uma hora da madrugada, estava no Drive-in do Chapecó; que ficava no referido Drive-in fazendo transas, para a mulher do Gugu; que o pessoal que chega no Drive-in do Chapecó pedindo drogas, o declarante quando podia os encaminhava até a Marlene esposa do Gugu; que estava próximo ao Drive-in do Chapecó dois policiais militares disfarçados pedindo droga; que então o declarante falou aos dois policiais militares que quem tinha droga era Marlene, oportunidade em que o declarante embarcou no veículo e foram até o Bar da Marlene, digo, até a casa de Marlene no Bairro Brasília; que o declarante não sabia que os dois cidadãos eram policiais militares; que Marlene vendeu R$ 20,00 de cocaína (uma trouxa); que o declarante apanhou a cocaína e foi entregá-la aos indivíduos que estavam no veículo esperando à distância de quinze metros (...) (termo de fl. 7).

Na fase judicial, por ocasião de seu interrogatório, Jefferson Sebastião de Souza afirmou que a droga apreendida, segundo descreve o termo de fl.13, lhe pertencia, principalmente a derivação da cocaína, conhecida como crack e que tinha a intenção de consumir, negando a operação de venda. Asseverou, ainda, que: "...na madrugada dos fatos estava no Drive-in denominado Chapecó, situado na avenida Centenário; que ali se aproximou um carro com dois elementos; que não tinha noção que os dois elementos eram policiais militares, sem farda (...) que o interrogando asseverou saber onde tinha droga e os levou até a casa de Marlene, bairro Brasília; que chegando na frente da casa, o interrogando desceu do carro recebeu R$ 20.00 e foi até a casa de Marlene; que chegando lá recebeu uma parada de R$ 10,00 em cocaína e a substância também entorpecente conhecida como crack, como forma de pagamento pela aquisição; que adentrou no carro e quando já estavam no bairro Próspera, os elementos se apresentaram como policiais militares (...) (termo de fl. 37).

Submetido à exame de dependência toxicológica, o acusado José Paulo Marcos foi considerado dependente psíquico à maconha e cocaína em grau tido como leve! De interesse forense, afirmaram os senhores médicos peritos que o acusado em questão não apresenta qualquer perturbação mental, sendo, ao tempo da ação, se- gundo o disposto no artigo 28, II, do Código Penal, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito dos fatos. Sua responsabilidade penal deve ser considerada como plena, para os efeitos da Lei n. 6.368/76.

Mesmo a condição de viciado, que não é o caso do acusado Jefferson Sebastião de Souza, não ilide condenação por infração ao disposto no artigo 12 da Lei de Tóxicos. "Crime contra a saúde pública. Tráfico de maconha. Viciado. Condição que não veda a condenação por traficância. Sentença mantida. A condenação pelo crime de tráfico, que se constitui também por fornecimento gratuito de substância entorpecente, não é vedada pelo fato de ser o agente, além de traficante, um viciado" (in JC, vol. 57, pág. 340, rel. o saudoso Des. Marcio Batista).

A conduta do acusado, não obstante a argumentação apresentada pelo seu defensor, em razões finais, não pode ser considerada como configuradora do delito previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76. Adquiriu e revendeu substância entorpecente, tanto que re-

cebeu, como forma de pagamento, crack, uma das substân- cias apreendidas em seu poder. A compra de cocaína não é negada pelo acusado, quer na fase indiciária, quer em Juízo. O uso de uma delas não é circunstância tal que o exima da responsabilidade prevista no artigo 12 da legislação específica.

Segundo a valiosa lição do eminente Des. Reynaldo Rodrigues Alves, a razão jurídica daquele que adquire, guardou, traz consigo para uso próprio é o perigo social que a sua conduta representa. Mesmo viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo (in JC vol. 59, pág. 275).

Além disso, para o reconhe- cimento do tráfico, desnecessária a associação ao volume do entorpecente apreendido, podendo caracterizar-se mesmo sendo pequena a quantidade encontrada.

A pretendida desclassificação, quanto à conduta do acusado Jefferson Sebastião de Souza, não pode prosperar. A natureza, a quantidade das substâncias apreendidas e o modo como estavam acondicionadas, bem como as declarações por ele prestadas, levam à certeza de que se destinavam ao comércio ilegal, como realmente ocorreu.

O Tribunal de Justiça de nosso Estado, ao analisar recurso da comarca de Criciúma, assim se manifestou:

"Apelação criminal. Condenação no art. 12 da Lei de Tóxicos. Erva acondicionada em saco plástico. Depoimento de policiais. Validade mantida" (Apelação Criminal n. 29.831, de Criciúma, rel. Ayres Gama Ferreira de Mello, in DJ n. 8.789, de 21/7/93, pág. 7).

A prova existente nos autos confirma integralmente a versão da denúncia, relativamente ao delito de tráfico, no que se refere ao acusado.

Para a tipificação de delito de tráfico de substância entorpecente desnecessária a transação comercial ou a tramissão física, basta a posse ou guarda em depósito.

É entendimento pacífico de nosso Tribunal de Justiça:

"Entorpecentes. Tráfico. Porte para comercialização. Réu que ao pressentir a abordagem policial livra-se da substância que porta. Crime consumado. O crime de tráfico de entorpecentes previsto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76 não exige, para a sua configuração, a transação comercial da substância ou a transmissão física do produto a terceiros. Basta a posse, guarda ou depósito" (in Apelação Criminal n. 29.380, da Capital, rel. ilustre Des. Ayres Gama Ferreira de Mello, in DJ n. 8.710, de 26/3/93, pág.10).

Ainda:

"Tráfico de maconha — Condenação — Apelação — Irregularidades processuais alegadas por um dos réus em preliminar e, no mérito, pretensão absolutória — Desclassificação pleiteada pelo outro réu. Prova dos autos que desfavorece ambos os apelos — Desprovimento. Descumprimento de prazos processuais — Irregularidades não argüidas oportunamente, já superadas, e das quais não resultou prejuízo — Contribuição da defesa, outrossim, no retardamento da entrega da prestação jurisdicional. Sentença prolatada por juiz que não presidiu a audiência — Amparo jurídico. Precedentes jurisprudenciais — Não reconhecimento da nulidade. Absolvição pela negativa de au-

toria — Tese não confortada na prova dos autos. Uso de substância tóxica por si só não desclassifica o delito do art. 12 para o do art. 16 da Lei Antitóxico — Desclassificação não atendida. Condenação mantida" (Apelação Criminal n. 26.815, Brusque, rel. Des. Álvaro Wandelli, in DJ n. 8.207, de 12/3/91, pág. 11).

"Crime contra a saúde pública. Cocaína. Recurso que alega carência da prova para condenação no art. 12 da Lei de Tóxico. Imputação da posse de droga a menor. Apelo desprovido. Não há falar em carência probatória se a apelante foi presa em flagrante na sua residência onde foi apreendida cocaína, até mesmo em papelotes para revenda, tudo à vista de testemunhas que declararam, ainda, presenciarem costumeiro movimento de carros na frente da casa" (Apelação Criminal n. 26.951, de Criciúma, rel. Des. Ernani Palma Ribeiro, in DJ n. 8.246, de 8/5/91, pág. 7).

"Crime contra a saúde pública — Transgressão ao art. 12 da Lei n. 6.368/76 — Maconha — Oferecimento à venda — Defesa visando à absolvição estudada na inexistência de prova quanto à materialidade do delito e na insuficiência de prova, porque calcada exclusivamente no depoimento de uma única testemunha — Pedido alternativo de desclassificação para o delito do art. 16 da Lei de Tóxicos, em virtude da pequena quantidade da erva apreendida, atada ao fato de ser o acusado viciado e dependente do uso da mesma, não evidenciar se destinasse ela ao comércio — Alegações improcedentes — Delito caracterizado — Condenação mantida. A ação do réu externada em oferecer à venda maconha para outrem, caracteriza o tráfico de entorpecentes e, conseqüentemente, infração ao disposto no art. 12 da Lei n. 6.368/76. E, aperfeiçoada a integração deste delito, inviável torna-se a pretensão desclassificatória. A pequena quantidade da erva aprendida e o fato de o réu ser viciado e dependente do uso da mesma não impedem o reconhecimento da traficância, bastando para a respectiva caracterização a comparência dos requisitos descritos no art. 37 da Lei Antitóxicos. Se o material tóxico foi regularmente apreendido, submetido à constatação pericial, não há falar em inconfiguração do delito por falta de prova quanto à respectiva materialidade. Nada impede que depoimento único, desde que sério, coerente e crível, seja levado em conta para sustentar uma condenação, 'pois de muito superado o velho brocardo do testis unus, testis nullus, porquanto de acordo com o sistema processual vigente, a prova vale não pela sua quantidade, mas sim pela sua credibilidade' (JC 34/507). Além do mais, no caso, a apreensão da maconha em poder do réu foi atestada por 2 (dois) policiais civis. 'se o acusado além de traficante é viciado e a dependência foi constatada por técnicos, além de pena pelo tráfico, deve-se-lhe impor tratamento adequado' (JC 17/435). O laudo de exame de dependência toxicológica, após sua conclusão e remessa a Juízo, deve ser juntado aos autos principais, e não simplesmente apensado (Lei n. 6.368/76, art. 25)" (Apelação Criminal n. 27.253, São Miguel do Oeste, rel. Des. Alberto Costa, in DJ n. 8.337, de 13/9/91, pág. 6).

No mesmo sentido:

"Crime contra a saúde pública. Narcotraficância. Cocaína. Apreensão de 17,3 (dezessete gramas e três decigramas) na residência do agente, com minibalança de precisão e 2 (dois) ca-

chimbos. Circunstâncias que indicam posse para o comércio. Pretensão absolutória e desclassificatória para uso próprio inadmissíveis. 'A pouca quan- tidade das substâncias apreendidas não afasta a caracterização do crime previsto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76, desde que a finalidade de destinação para terceiro (além de o ser também ao traficante viciado) seja nitidamente comprovada, como no caso dos autos, quando acompanhada até de balança de precisão e de cachimbos' (Ap. Crim. n. 29.716, da Capital, julgada em 17/5/93). A condição de usuário não exclui o crime de tráfico de entorpecente. Prova. Testemunho de policiais. Validade. Em sede de prova penal queda majoritário o entendimento de que os policiais não estão impedidos de depor sobre fatos de que tomaram conhecimento em decorrência de diligência de que participaram, dando-se ao testemunho, no caso concreto, o valor que, como qualquer depoimento, merecer, tendo, portanto, peso probatório" (Apelação Criminal n. 32.718, de Criciúma, rel. Des. Alberto Costa, in JC vol. 77, pág. 604).

Não obstante o brilhante tra- balho da douta defesa, em suas alegações finais, a ausência de localização de elementos tais como balança de precisão ou medidores não exclui a possibilidade de comércio de substância entorpecente. Consoante o disposto no artigo 37 da Lei n. 6.368/76 outras circunstâncias também são levadas em consideração, por ocasião da decisão, em se tratando de delito contra a saúde pública.

Por outro lado, os depoimentos dos policiais que atuaram no dia dos fatos são coerentes quanto à localização das substâncias apreendidas em poder do acusado, bem como sua manifesta vontade de efetuar a transação com drogas, tanto assim é que se prontificou a levá-los ao local onde poderiam adquirir. Seus depoimentos, no momento processual próprio, não foram contraditados.

Agora a nobre defesa insurge-se contra estes, no intuito de modificar a situação fática e desfavorável. É prova segura para embasar a condenação por violação ao artigo 12 da Lei n. 6.368/76 a apreensão da droga em poder do acusado aliada a convincentes e imparciais depoimentos de testemunhas, as quais vêm a confirmar a condição de traficante do réu (in JC vol. 62, pág. 271).

Além disso:

"Crime contra a saúde pública. Maconha. Recursos objetivando a minoração da pena e a absolvição. Depoimento prestado por policiais. Validade. Sentença condenatória confirmada" (Apelação Criminal n. 29.776, São José, rel. ilustre Des. Ayres Gama Ferreira de Mello, in DJ n. 8.789, de 21/7/93, pág. 7).

Não é demais lembrar que ante as remansosas decisões jurisprudenciais de nosso Tribunal, os depoimentos de policiais constituem prova válida, como qualquer outra, desde que coerentes e harmoniosos com outros elementos de convicção. Os depoimentos dos policiais encontram apoio nas demais provas carreadas aos presentes autos. Não podem ser desprezados, como deseja a douta defesa, sem prova de má-fé ou suspeita de falsidade. Não foram contraditados no momento processual.

"Os depoimentos prestados por policiais valem, em princípio, como o de qualquer testemunha, não podendo ser desprezados sem prova de má-fé ou suspeita de falsidade" (in JC vols. 5/6, pág. 417, rel. eminente Des. Marcílio Medeiros).

As provas carreadas aos autos são suficientes para um decreto condenatório, mormente porque, "para a formação de um juízo de certeza razoável sobre o comércio de drogas do agente devidamente processado, não é indispensável a prova efetiva do tráfico. Tal convencimento pode resultar satisfatoriamente comprovado pelo conjunto de indícios e circunstâncias que cercam o agente envolvido" (JC vol. 53/464).

A condenação do acusado, nos termos da preambular ministerial, é medida que se impõe.

III.

6 — Passo à aplicação da pena. Jefferson Sebastião de Souza agiu com culpabilidade de grau médio. Primário, não registra conduta social desabonadora. Os motivos da sua atuação infracional foram ditos pelo desrespeito à lei e aos princípios da moral. As conseqüências são as já conhecidas, disseminação de substância entorpecente, com grave risco à sociedade. Dessa forma, analisadas as circunstâncias ditas judiciais do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão. Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes a ser consideradas.

Ausentes, também, causas de especial aumento ou de diminuição. Dessa forma, estabeleço, em definitivo, a pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão, por infringência ao artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

Em idênticos parâmetros, fixo a pena de multa-tipo em 50 (cinqüenta) dias-multa. Cada dia-multa igual a R$ 2,50 (dois reais e cinqüenta centavos), que torno definitiva, devidamente corrigida, quando de sua quitação (art.170 da Lei n. 7.130/84).

A teor do disposto na Lei n. 8.072/90, estabeleço, para o completo cumprimento da reprimenda corporal ora irrogada ao réu, o regime fechado, designando a Penitenciária Estadual de Florianópolis. Incabível, por outro lado, ao réu, qualquer benefício na legislação penal e específica, em razão dos motivos já mencionados. Nego o benefício de recorrer em liberdade.

7 — Pelo exposto e considerando tudo o mais que dos presentes autos consta e do Direito aplicável à espécie, julgo procedente a preambular acusatória e condeno Jefferson Sebastião de Souza, já qualificado, ao cumprimento de 3 (três) anos de reclusão, com multa, por infringência ao disposto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76. Custas na forma da lei. Transitada em julgado, inscreva-se o nome do réu no Rol dos Culpados, oficiando-se à Corregedoria-Geral da Justiça. Fixo em 15 URH a remuneração do Sr. Defensor.

P.R.I.

Criciúma(SC), 17 de novembro de 1997.

Dr. Júlio César Knoll,
Juiz de Direito.

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

1.503-6 — Rio de Janeiro (STF) 529

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO

734 — Rio Grande do Norte (STJ) 553

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA

7.479 — Distrito Federal (STJ) 563

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

99.007884-1 — Ibirama 299
00.004557-8 — Blumenau 327
00.006767-9 — Capital 323
00.017157-3 — Capital 326
01.001855-7 — Capital 306
01.004207-0 — Pomerode 285
01.006858-3 — Abelardo Luz 287
01.009628-5 — Descanso 321

AGRAVOS EM AGRAVOS DE INSTRUMENTO

01.012686-9 — Capital 336
01.012695-8 — Capital 331
01.015491-9 — Jaraguá do Sul 334

APELAÇÕES CÍVEIS

96.002586-3 — Criciúma 269
97.000563-6 — Blumenau 244
97.003987-5 — São Miguel do Oeste 51
97.007278-3 — Joinville 169
97.009399-3 — Itajaí 137
97.012376-0 — Chapecó 256
98.000590-6 — Curitibanos 99
98.012211-2 — Capital 57
98.013608-3 — Capital 212
98.014365-9 — Pinhalzinho 123
98.017169-5 — Lages 88
99.000604-2 — Blumenau 37
99.002623-0 — Lages 42
99.004526-9 — Timbó 205

99.004862-4 — Criciúma 225
99.010894-5 — Blumenau 233
99.012846-6 — Capital 273
99.014157-8 — Joinville 280
99.014312-0 — Jaguaruna 94
99.019165-6 — Imbituba 176
00.000843-5 — Capital 517
00.004566-7 — Capital 48
00.007087-4 — Urussanga 184
00.009522-2 — Capital 131
00.009207-0 — Joaçaba 238
00.010485-0 — Rio do Sul 264
00.021243-1 — São Lourenço do Oeste 62
01.000749-0 — Lages 80
01.006226-7 — Itajaí 172
01.010738-4 — Itajaí 83
01.011030-0 — Cunha Porã 202

APELAÇÕES CRIMINAIS

00.010387-0 — Criciúma 393
00.011239-9 — Tijucas 418
00.015736-8 — Joinville 480
00.021208-3 — Blumenau 380
00.021771-9 — Blumenau 385
01.001293-1 — Lages 402
01.009659-5 — Capital 412
01.009687-0 — Chapecó 389
01.013996-0 — Itajaí 475
01.015119-7 — Papanduva 485
01.015673-3 — Tubarão 406
01.016736-0 — Chapecó 496

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

01.016228-8 — Rio do Sul 501

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA

00.012020-0 — Capital 342

EMBARGOS INFRINGENTES

99.002826-7 — Chapecó 346
01.001400-4 — Quilombo 353

HABEAS CORPUS

01.010779-1 — Joinville 361
01.011581-6 — Capital 367

MANDADOS DE SEGURANÇA

00.007753-4 — Capital 28
00.009663-6 — Capital 25
01.000403-3 — Capital 21

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

01.019824-0 — Videira 573

RECLAMAÇÃO

00.004806-2 — Xanxerê 504

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

99.019755-7 — Indaial 509

RECURSO ESPECIAL CRIME

00.018114-5 — Chapecó 578

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

192.527-2 — Paraná (STF) 537

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS

81.035-7 — São Paulo (STF) 543

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

11.220 — Bahia (STJ) 565

RECURSOS CRIMINAIS

01.010746-5 — Itapema 372
01.018021-9 — Chapecó 377

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

AÇÃO DE DESOCUPAÇÃO

— Espaço público — Farmácia. Permissão de uso. Ato negocial unilateral, discricionário e precário. Atendimento ao interesse do público. Pleito procedente. 48

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

— Vide Indenização.

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

— Vide Possessória.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

— Regimento interno — Tribunal de Justiça. Inclusão de dispositivo legal nas eleições de cargos de direção. Conflito com as regras da Lei Complementar n. 35/79 — LOMAN. Inconstitucionalidade declarada. 529

ACIDENTE DO TRABALHO

— Indenização — Culpa grave do empregador. Comprovação. Verba devida. 184

AGRAVO DE INSTRUMENTO

— Vide Recurso.

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

— Concessão contra a Fazenda Pública — Admissibilidade. Requisitos presentes. Hipótese excepcional. 287

— Concessão na sentença de mérito — Possibilidade. Efeitos. 287

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

— Art. 17 28

C

CAMBIAL

— Duplicata — Título com endosso-caução e com endosso-mandato. Distinção. 169

CARTA PRECATÓRIA

— Inquiritória — Ausência de intimação do acusado e do defensor da expedição. Ciência de ambos no termo de audiência. Nulidade afastada. 418

CÉDULA DE CRÉDITO RURAL

— Multa contratual — Redução do percentual baseado no CDC. Impossibilidade. Legislação específica que disciplina a matéria. .. 202

CERCEAMENTO DE DEFESA

— Inocorrência — Acareação. Indeferimento. Mera faculdade do magistrado. Preliminar rejeitada. 418

— Inocorrência — Diligências inúteis. Constatação. Preliminar rejeitada. 238

CITAÇÃO (matéria penal)

— Interrogatório — Ausência. Falta suprida pela requisição do réu preso. Inexistência de prejuízo. Nulidade afastada. 418

CÓDIGO CIVIL

— Art. 159 184
— Art. 127 212
— Art. 499 137
— Art. 506 137
— Art. 999 346
— Art. 1.000 346
— Art. 1.095 83
— Art. 1.432 57
— Art. 1.450 256
— Art. 1.458 51
— Art. 1.531 123
— Art. 1.537, II 176

CÓDIGO COMERCIAL (Lei n. 556/1850)

— Art. 131, I 131

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 2º 51
— Art. 3º 51
— Art. 4º,III 131
— Art. 6º, III 99
— Art. 6º, VI 264
— Art. 6º, VIII 323
— Art. 14, § 4º 225
— Art. 18, §§ 1º e 3º 238
— Art. 47 51
— Art. 51, II 83
— Art. 51, IV ..... 51, 131 e 353
— Art. 51, § 2º 137

CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA/FORO JUDICIAL

— Art. 414, § 2º 336
— Art. 417 336

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 14 131
— Art. 17 131
— Art. 20, §§ 3º e 4º ..... 212, 269 e 331
— Art. 20, § 4º 176
— Art. 21 212
— Art. 21, parágrafo único 88
— Art. 37 94
— Art. 50 212
— Arts. 103 e seguintes 287
— Art. 244 94
— Art. 249, § 2º 94
— Art. 265, IV, a 299
— Art. 267, IV ..... 346 e 509
— Art. 273, § 2º 287
— Art. 286 264
— Art. 295 326
— Art. 397 62
— Art. 460 137
— Art. 475, II 517
— Art. 499 212
— Art. 515 94
— Art. 523, § 4º 306
— Art. 525, I 334

— Art. 535, II 342
— Art. 557, § 1º ..... 331, 334 e 336
— Art. 558, parágrafo único 306
— Art. 586 346
— Art. 602 ..... 62 e 184
— Art. 618 346
— Art. 630 131
— Art. 669 99
— Art. 792 321
— Art. 835 306
— Arts. 928 e seguintes 137

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 3º 372
— Art. 5º, II 94
— Art. 40 94
— Art. 41 485
— Art. 61 406
— Art. 70 501
— Art. 226 418
— Art. 411 377
— Art. 564, III, b 412
— Art. 564, III, c 496
— Art. 581 372
— Art. 593, III, a, b, c e d 480
— Art. 594 367
— Art. 600, § 4º 480
— Art. 654, § 2º ..... 377 e 475

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR (Lei n. 1.002/1969)

— Art. 527 367

CÓDIGO PENAL

— Art. 121, caput ..... 372 e 377
— Art. 121, § 2º, I e III 480
— Art. 155 501
— Art. 155, §§ 1º e 4º 583
— Art. 155, § 4º, I e IV ..... 393 e 583
— Art. 155, § 4º, III e IV 406
— Art. 155, § 4º, IV ..... 380 e 485
— Art. 157 475
— Art. 157, § 2º, I e II 496
— Art. 158, § 1º 418
— Art. 171, caput ..... 385, 406 e 501

— Art. 180, caput 393
— Art. 180, § 1º 406
— Art. 218 361
— Art. 250, § 1º, II, a 393
— Art. 288 418

CÓDIGO PENAL (Lei n. 7.209/1984)

— Art. 14, II ..... 377, 393, 418, 480 e 485
— Art. 29 ..... 406 e 485
— Art. 50 583
— Art. 59 418
— Art. 61, II, a e c 372
— Art. 61, II, h 496
— Art. 62, I 393
— Art. 65, I e III, d 393
— Art. 69 ..... 361 e 393
— Art. 70, caput, parte final 480
— Art. 71, caput 385
— Art. 71 ..... 393 e 418
— Art. 77, I 485
— Art. 107, IV 406
— Art. 109, V e VI 406
— Art. 110, § 1º 406
— Art. 119 393

CÓDIGO PENAL (Lei n. 9.714/1998)

— Art. 44 485

COMPETÊNCIA (matéria penal)

— Conflito de jurisdição — Furto. Competência do juízo do local da consumação da subtração. Exegese do art. 70 do CPP. 501

COMPRA E VENDA

— Veículo — Alienação fiduciária. Restrição desconhecida do adquirente. Infringência ao princípio da boa-fé do vendedor e da instituição financeira. Transação anulada. 131

CONFLITO DE JURISDIÇÃO

— Vide Competência.

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

— 1989 — Art. 27, I 25

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

— 1988 — Art. 1º, II e III 205

— Art. 3º, I 25
— Art. 5º, V ..... 244 e 402
— Art. 5º, X 244
— Art. 5º, XXIX 273
— Art. 5º, XXXII 264
— Art. 5º, LIV e LV 496
— Art. 5º, LXI 176
— Art. 5º, LXXVI 205
— Art. 5º, § 2º 264
— Art. 7º, IV ..... 25 e 184
— Art. 7º, XVII 517
— Art. 7º, XXVIII 184
— Art. 21, XI 573
— Art. 30, I, VII e VIII 573
— Art. 37 28
— Art. 37, § 6º 37
— Art. 39, § 2º 25
— Art. 40, § 4º 565
— Art. 127 205
— Art. 192, § 3º 99
— Art. 194 184
— Art. 195 184
— Art. 201, § 9º 21
— Art. 227 205

CONTRATO

— Bancário — Utilização da taxa referencial (TR) como fator de correção monetária. Cláusula abusiva. Nulidade decretada. 353
— Compra e venda — Rescisão. Alienante que pretende a retenção de arras, multa contratual e a perda das prestações pagas pelo comprador. Inviabilidade. Apelo desprovido. 83
— Empreitada — Serviços públicos. Atraso no pagamento. Correção monetária. Incidência. Verba devida. 212

CORREÇÃO MONETÁRIA

— Contrato de empreitada — Serviços públicos. Atraso no pagamento. Atualização monetária. Incidência. Verba devida. 212

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

— Maconha — Uso próprio. Condenação lastreada na confissão extrajudicial e judicial corroborada pelos depoimentos policiais. Decisão mantida. 389
— Tráfico de entorpecente — Desclassificação para uso próprio. Inadmissibilidade. Transgressão do art. 12 da Lei Antitóxicos demonstrada. Apelo desprovido. 380

— Tráfico de entorpecente — Intermediação entre consumidor e fornecedor. Comprovação. Desclassificação para uso. Impossibilidade. Condenação. 589

CRIME DE IMPRENSA

— Injúria — Notícia ofensiva inserida em classificado de jornal. Dano moral caracterizado. Indenização devida. Decisão mantida. 244
— Periódico — Matéria veiculada que tece comentário malicioso e ofensivo. Direito de resposta. Legitimidade. 402

D

DANO MORAL

— Cheque sustado — Devolução por alínea incorreta. Negligência do banco comprovada. Ofensa à imagem do cliente. Verba devida. 233
— Cumulação com estético — Possibilidade. 62
— Quantum — Fixação. Critério. 176

DEFESA (matéria penal)

— Prévia — Peça processual dispensável. 485

DENÚNCIA

— Inépcia e sem justa causa — Inocorrência. Peça acusatória que descreve os fatos com observância do art. 41 do CPP. 485

DESPACHO DA VICE-PRESIDÊNCIA

— Município — Telefonia celular. Construção de torre. Suspensão. Alegação de lesão grave à ordem pública e contrariedade ao Plano Diretor. Indemonstração. Pleito indeferido. 573
— Recurso especial — Alegada ofensa ao art. 69, caput, do CP. Inocorrência. Divergência jurisprudencial. Não comprovação. Inadmissibilidade do apelo. 578

DIREITO DO CONSUMIDOR

— Veículo novo — Quebra do motor. Vício do produto. Substituição integral do bem. Aplicação do art. 18, § 3º, do CDC. 238

DOUTRINA

— Atualidades processuais e um rápido panorama da Justiça no Estado — João José Ramos Schaefer, Desembargador. 3

DUPLICATA

— Vide Cambial.

E

EMBARGOS À EXECUÇÃO

— Vide Execução.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

— Vide Recurso.

EMBARGOS DO DEVEDOR

— Intempestividade — Reconhecimento. Inobservância do prazo decendial do art. 738, II, do CPC. 99

EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/1998

— Art. 4º 21

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

— Art. 111, V 543

ESTELIONATO

— Delito caracterizado — Confissão extrajudicial e judicial do réu aliada aos depoimentos testemunhais. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 385

EXECUÇÃO

— Acordo entre as partes — Suspensão da lide. Fiança. Extinção. Inocorrência. Subsistência até o cumprimento do ajuste firmado.. 321
— Contrato bancário — Empréstimo em conta corrente. Título executivo extrajudicial tipificado. Exegese do art. 585, II, do CPC. 172
— Contrato bancário — Renegociação da dívida. Novação. Inocorrência. Ausência da juntada do pacto original. Nulidade da execucional mantida. Extinção do feito. 346
— Embargos — Duplicatas. Protesto extraído com base em boleto bancário. Documento imprestável para constituir título executivo. Extinção do feito. 280
— Embargos — Nota promissória. Cobrança. Penalidade do art. 1.531 do CC. Aplicação. Inviabilidade. Via inadequada. Título corrigido pela poupança. Impossibilidade. Substituição pelo INPC. Apelo desprovido. 123

EXECUÇÃO FISCAL

— Falência — Decretação superveniente. Juros de mora. Cobrança. Inadmissibilidade. Exegese do art. 26 do Decreto-Lei n. 7.661/45. . 285

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

— Decretação — Prescrição da pretensão punitiva do Estado. Reconhecimento de ofício. 393

EXTORSÃO

— Delito consumado — Anemia probatória. Constatação. Aplicação do princípio in dubio pro reo. Sentença absolutória mantida. 418
— Emprego de arma e formação de quadrilha — Farta prova da participação dos acusados na prática dos delitos. Condenações mantidas. 418
— Tentativa — Inocorrência. Agentes que não chegaram a constranger a vítima nem praticaram atos de execução. Absolvição. 418

F

FIANÇA

— Execução — Acordo entre as partes. Suspensão da lide. Fiança. Extinção. Inocorrência. Subsistência até o cumprimento do ajuste firmado. 321

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

— Adicional por tempo de serviço — Teto remuneratório. Incidência sobre o total efetivamente pago. 28
— Serventuário da justiça aposentado — Gratificação especial. Incorporação. Indeferimento. Direito líquido e certo. Ausência de comprovação. Pleito indeferido. 565
— Tempo de serviço rural — Averbação. Contribuição previdenciária. Não comprovação. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada. 21

FURTO QUALIFICADO

— Arrombamento e concurso de agentes — Delito configurado. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. 583
— Concurso de agentes — Apreensão da res furtiva. Ausência. Irrelevância. Prova convincente da autoria da subtração. Condenação mantida. 393

— Concurso de agentes — Condenação alicerçada nas declarações do co-réu e nos depoimentos de policiais que participaram da diligência. Validade. Decisão mantida. 380
— Concurso de agentes — Tentativa. Reconhecimento. Atos iniciais de execução do delito comprovados. Condenação mantida. 485
— Emprego de chave falsa e concurso de agentes — Delito caracterizado. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 406

H

HABEAS CORPUS

— Excesso de prazo — Demora justificada. Auto de prisão em flagrante. Homologação. Ausência. Mera irregularidade. Ordem denegada. 361
— Excesso de prazo — Inocorrência. Liberdade provisória. Indeferimento. Direito de recorrer em liberdade. Inviabilidade. Ordem denegada. 367

HOMICÍDIO

— Tentativa — Legítima defesa caracterizada. Absolvição sumária. Porte ilegal de arma. Imputação absorvida pela excludente reconhecida. 377

HONORÁRIOS DE ADVOGADO

— Causa sem condenação — Fixação consoante a apreciação eqüitativa do juiz. Viabilidade. 331

I

ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM*

— Passiva — Mandado de segurança. Indicação errônea da autoridade coatora. Extinção do feito. Decretação. 509

INDENIZAÇÃO

— Transporte aéreo — Atraso no vôo. Dano material. Não comprovação. Dano moral. Verba devida. Recurso parcialmente provido. ... 264

J

JOÃO JOSÉ RAMOS SCHAEFER (Des.)

— Atualidades processuais e um rápido panorama da Justiça no Estado. 3

JÚRI

— Quesitos — Contradição e erro na formulação. Inocorrência. Decisão contrária à prova dos autos. Não configuração. Veredicto mantido. 480

JUROS

— Capitalização — Admissibilidade. Exegese da Súmula 93 do STJ. 99
— Reais — Limitação constitucional. Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF. 99

LEGISLAÇÃO FEDERAL

Decretos

— N. 2.056/1996 — Art. 28, parágrafo único 573
— N. 22.626/1933 — Vide Lei de Usura.
— N. 57.663/1966 — Vide Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias.
— N. 61.589/1967 — Art. 4º, § 2º 256

Decretos-Leis

— N. 73/1966 — 94
— N. 167/1967 — Art. 71 202
— N. 201/1967 — 537
— N. 413/1969 — Art. 5º 99
— N. 1.002/1969 — Vide Código de Processo Penal Militar.
— 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. 4.348/1964 — Art. 4º 573
— N. 4.595/1964 — 99
— N. 5.250/1967 — Vide Lei de Imprensa.
— N. 5.474/1968 — Vide Lei das Duplicatas.
— N. 5.772/1971 — 273
— Art. 65, item 12 269

— N. 6.015/1973 — Vide Lei dos Registros Públicos.
— N. 6.099/1974 — Art. 11, § 1º 137
— N. 6.194/1974 — Art. 7º 57
— N. 6.368/1976 — Vide Lei Antitóxicos.
— N. 6.840/1980 — Art. 5º 99
— N. 7.132/1983 — 137
— N. 7.209/1984 — Vide Código Penal.
— N. 7.210/1984 — Vide Lei de Execução Penal.
— N. 7.347/1985 — Art. 12, § 1º 553
— 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. 8.212/1991 — 184
— N. 8.213/1991 — 184
— N. 8.437/1992 — Art. 1º 287
— N. 8.441/1992 — 57
— N. 8.625/1993 — Vide Leis Orgânicas Nacionais do Ministério Público.
— N. 8.934/1994 — Art. 34 273
— N. 9.099/1995 — Art. 89 ..... 475, 501 e 504
— N. 9.279/1996 — 273
— N. 9.437/1997 — Art. 10, caput 361
— Art. 10 ..... 377 e 475
— N. 9.472/1997 — Vide Lei das Telecomunicações.
— N. 9.494/1997 — 287
— N. 9.714/1998 — Vide Código Penal.

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 12 ..... 361, 380 e 589
— Art. 14 361
— Art. 16 ..... 380 e 389
— Art. 22, § 5º 380
— Art. 35 361

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— Art. 11, § 1º 176

LEI DAS DUPLICATAS (Lei n. 5.474/1968)

— Art. 25 169

LEI DAS TELECOMUNICAÇÕES (Lei n. 9.472/1997)

— Art. 1º, parágrafo único 573

LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)

— Art. 168 583
— Art. 169 583

LEI DE FALÊNCIAS (Decreto-Lei n. 7.661/1945)

— Art. 26 285

LEI DE IMPRENSA (Lei n. 5.250/1967)

— Art. 29 402
— Art. 30, I, §§ 1º e 3º 402
— Art. 31, I 402
— Art. 32 e § 1º 402
— Art. 49 244
— Art. 50 244
— Art. 51 244
— Art. 53, I, II e III 244

LEI DE USURA (Decreto n. 22.626/1933)

— Art. 1º, caput 99

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

— Art. 10 361

LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS (Lei n. 6.015/1973)

— Art. 30 205
— Art. 214 42

LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL (Lei Complementar n. 35/1979)

— Art. 69 517
— Art. 102 529

LEI ORGÂNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei Complementar n. 197/2000)

— Art. 188 517

LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS (Decreto n. 57.663/1966)

— Art. 18 169

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 35/1979 — Vide Lei Orgânica da Magistratura Nacional.
— N. 40/1981 — Vide Leis Orgânicas Nacionais do Ministério Público.

— N. 75/1993 — Art. 222 517
— N. 156/1997 — (Estadual)..... 37 e 517
— N. 161/1997 — (Estadual)..... 37 e 517
— N. 197/2000 — Vide Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

LEIS ORGÂNICAS NACIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

— N. 40/1981 — Art. 39 517
— N. 8.625/1993 — Art. 52 517

M

MACONHA

— Vide Crime contra a saúde pública.

MANDADO DE SEGURANÇA

— Pensionista — Pensão especial. Benefício vinculado ao salário mínimo. Direito líquido e certo. Ordem concedida. 25
— Transporte de carga — Caminhão-tanque. Utilização para carga genérica quando vazio. Indeferimento. Exegese da Resolução Contran n. 116/2000. Liminar mantida. 563

MEDIDA CAUTELAR

— Incidental — Devedor. Exclusão do nome nos cadastros de inadimplentes. Impossibilidade. Ausência de discussão do débito no processo principal. Liminar cassada. 323

MENOR

— Adolescente — Ato infracional. Imposição de liberdade vigiada. Regressão para internação sem a ouvida do menor. Impossibilidade. Decisão anulada. 543
— Ato infracional — Homicídio. Autoria e materialidade comprovadas. Imposição de medida socioeducativa de internação. Decisão mantida. 412

MINISTÉRIO PÚBLICO

— Promotor de Justiça — Aposentadoria. Licença-prêmio não gozada. Direito a indenização. 517

MULTA

— Contratual — Contrato bancário. Minoração de ofício. Exegese do art. 52, § 1º, do CDC. 99

N

NULIDADE (matéria penal)

— Processo — Aditamento. Inclusão de co-autor no processo após a instrução criminal. Condenação com base nas provas já colhidas. Ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Decretação. 496

P

PENA CRIMINAL

— Fixação exacerbada — Mitigação. 418
— Privativa de liberdade — Substituição por restritiva de direitos. Impossibilidade. Requisitos do art. 44, III, do CP ausentes. 485

PENHORA

— Bens não localizados — Requisição de informações à Receita Federal. Admissibilidade. 327

PETIÇÃO INICIAL

— Indeferimento — Rejeição. Peça que não figura entre as hipóteses arroladas no art. 295 do CPC. 326

PETIÇÃO INICIAL

— Inépcia — Ocorrência. Peça exordial que não declina os fundamentos fáticos e jurídicos do pedido. 238

POSSESSÓRIA

— Reintegração — Leasing. Valor residual garantido. Cobrança antecipada. Descaracterização da avença. Transformação em compra e venda a prazo. Descabimento do interdito possessório. Extinção do feito. 137
— Reintegração — Liminar deferida. Veículo importado. Bem essencial. Argumento inconsistente. Manutenção da medida. 326

PRAZO

— Apelação — Intimação pelo Diário da Justiça. Processo em trâmite na comarca da Capital. Contagem. 336

PREFEITO MUNICIPAL

— Improbidade administrativa — Liminar. Afastamento do cargo. Matéria com recursos julgados mantendo-se a liminar. Impetração de mandado de segurança com o mesmo objeto e causa de pedir. Incabimento. Agravo regimental desprovido. 553

PRISÃO DOMICILIAR

— Concessão — Decisão sem a manifestação do Parquet. Benefício cassado. Recurso ministerial provido..... 372

PROCESSO

— Suspensão — Decretação ordenada com base no art. 265, IV, letra a, primeira parte, do CPC. Cabimento da medida. Prejudicialidade externa configurada. 299

PROCESSO CRIME

— Nulidade — Aditamento. Inclusão de co-autor no processo após a instrução criminal. Condenação com base nas provas já colhidas. Ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Decretação..... 496

— Suspensão — Oferecimento pelo Parquet. Rejeição pelo acusado. Reedição do pedido. Impossibilidade. Preclusão e falta dos requisitos para o benefício. 504

PROMOTOR DE JUSTIÇA

— Vide Ministério Público.

R

RECEPTAÇÃO DOLOSA

— Delito caracterizado — Indícios firmes de que o agente conhecia a origem criminosa dos objetos. Condenação mantida. 393

RECURSO

— Agravo de instrumento — Apelo interposto em medida cautelar. Concessão de efeito suspensivo. Acolhimento. Possibilidade de lesão grave e de difícil reparação. 306

— Agravo de instrumento — Falta de peça obrigatória. Seguimento ao apelo negado. Juntada posterior. Inviabilidade. Preclusão consumada..... 334

— Agravo de instrumento — Falta de peça obrigatória. Seguimento ao apelo negado. Exegese do art. 525, I, do CPC. 336
— Agravo de instrumento — Interposição contra decisão posterior à sentença. Descabimento. Exegese do art. 523, § 4º, do CPC. .. 306
— Embargos de declaração — Omissão. Inexistência. Rediscussão da matéria julgada. Inadmissibilidade. Rejeição. 342

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

— Município — Lei orgânica. Dispositivos prevendo sobre o julgamento de prefeito por crimes de responsabilidade. Inconstitucionalidade parcial. Declaração. 537

REGISTRO CIVIL

— Nascimento — Gratuidade do ato. Cobrança de emolumentos pela serventuária extrajudicial. Conduta antijurídica e antiética. Penalidade imposta. 205
— Retificação — Menor. Exclusão do nome de família do varão. Acolhimento. Paternidade biológica e exame de DNA negativos. Decisão mantida. 80

REGISTRO DE IMÓVEIS

— Cancelamento — Título transcrito decorrente de registro anulado judicialmente. Nulidade de pleno direito. Pleito procedente. Sentença confirmada. 42

RESPONSABILIDADE CIVIL

— Acidente de trânsito — Invasão de contramão. Aquaplanagem. Fenômeno previsível. Culpa configurada. Danos materiais e morais parcialmente providos. Decisão mantida. 88
— Indenização — Acidente de trânsito. Vítima incapacitada para o trabalho. Despesas médicas. Reembolso. Pensão. Cabimento. Dano moral e estético. Verbas devidas. Pleito procedente. 62
— Indenização — Erro médico. Conduta culposa não comprovada. Procedimento cirúrgico adequado. Pleito improcedente. 225

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

— Preso — Suicídio. Quadro de perturbação psicológica comprovado. Responsabilidade do Estado por omissão. Indenização devida. 176

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO

— Acidente de trânsito — Semáforo defeituoso. Culpa objetiva da administração. Indenização devida. 37

ROUBO

— Uso de violência — Autoria e materialidade comprovadas. Desclassificação para tentativa. Acolhimento. Apelo parcialmente provido. 475

S

SEGURADORA

— Dano moral e estético — Previsão expressa na apólice pela cobertura por danos pessoais. Obrigação de indenizar. 62

SEGURO

— Obrigatório — Danos pessoais. Prêmio não pago pela vítima. Ação de cobrança. Recusa pela seguradora. Incabimento. Pecúlio de caráter social. Pleito procedente. 57

— Seguro de vida — Infarto decorrente de acidente de trânsito. Óbito acidental caracterizado. Indenização por morte natural. Inadmissibilidade. Complementação da verba. 94

— Trator agrícola — Furto. Apólice. Cláusula contratual que exclui o ressarcimento. Condição abusiva. Violação ao art. 51, IV, do CDC. Obrigação de indenização. 51

— Veículo — Furto. Prêmio pago à prestação. Inadimplemento de uma parcela. Resolução unilateral do contrato. Inadmissibilidade. Indenização devida proporcionalmente. 256

SENTENÇA

— Decisão ultra petita — Configuração. Redução aos limites do pedido. 238

— Decisão ultra petita — Ocorrência. Adequação. 202

SERVIDOR PÚBLICO

— Vide Funcionário público.

SOCIEDADE

— Comercial — Marca. Ação de abstenção do uso. Violação ao direito de exclusividade. Inocorrência. Pleito improcedente. 269

— Comercial — Nome fantasia. Identidade entre duas empresas do mesmo ramo. Prevalência daquele com o registro mais antigo. ... 273

SÚMULAS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

— N. 52 367
— N. 93 99
— N. 233 172

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

— N. 596 99

T

TAXA

— Referencial — TR. Utilização como atualização monetária. Impossibilidade. 99
— Referencial — TR. Utilização como índice de correção monetária. Impossibilidade. 353

TRÁFICO DE ENTORPECENTE

— Vide Crime contra a saúde pública.

SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159
Assinado de forma digital por SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159
Dados: 2024.07.05 12:16:52 -03'00'

Composição, revisão e paginação executadas
pela Seção de Revisão
da Divisão de Documentação
da Diretoria de Documentação e Informações
do Tribunal de Justiça.

Chefe de Divisão

Léa dos Santos Sousa

Chefe da Seção de Revisão

José Tadeu de Miranda

Composição

José Tadeu de Miranda

Revisores

Cleusa Maria de Souza
Christiane Monique Callado Silva
Eliane Cardoso de Melo
Idalete Souza
Inge Ignez Ruschel Horn
João Paulo da Silva
Maria Fernandes Bez
Sandra Mello Bottaro Vieira
Valmecir José de Souza
Wânia Mara Valentim da Silva

Índice Numérico e Legislativo

Jorge Silveira

Índice por Assunto

Juvenaldo Zangelini

Montagem, impressão e acabamento
realizados pela Divisão de Artes Gráficas,
da Diretoria de Infra-Estrutura
do Tribunal de Justiça.