

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 XXV — 2º Trimestre 1999 — N. 86
Florianópolis — SC
2000

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

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

Diretor: Des. João Martins

Comissão de Jurisprudência:

Des. Wilson Guarany Vieira — *Presidente*

Des. Anselmo Cerello

Des. Pedro Manoel Abreu

Des. José Trindade dos Santos

Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi

(de acordo com a Portaria n. 171/96)

Diretor de Infra-Estrutura:

Antônio Henrique Faraco

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

Praça da Bandeira, n. 208

Caixa Postal n. 427

88 020-901 — Florianópolis — SC

Telefone (048) 221 1213

Fax (048) 221 1200

Telex 481108/482610

Tiragem: 3.000 exemplares

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Tribunal de Justiça.

Florianópolis, SC, 1973 —

Trim.

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

periodicidade irregular de 1891 a 1972

CDU — 340.142 (816.4) (05)

CDD — 34005

SUMÁRIO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	V
DOCTRINA	
Reparação civil nas ações acidentárias: um enfoque relativo aos distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho — DORT — Janio de Souza Machado, Juiz de Direito em Criciúma	3
JURISPRUDÊNCIA CÍVEL	
Apelações Cíveis em Mandados de Segurança	19
Apelações Cíveis	38
Agravos de Instrumento	291
Embargos de Declaração na Apelação Cível	372
Embargos Infringentes	374
Agravo na Apelação Cível	380
Habeas Corpus	387
JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL	
Habeas Corpus	393
Recursos Criminais	433
Apelações Criminais	440
Recursos de Agravo	616
Revisões Criminais	626
Inquérito	642
JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA	
Mandados de Segurança	649

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
Recursos Extraordinários.....	671
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
Recursos Especiais.....	685
VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
Pedidos de Suspensão de Liminar	699
ÍNDICE NUMÉRICO.....	707
ÍNDICE POR ASSUNTO.....	713

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
(novembro de 1999)

TRIBUNAL PLENO

Presidente

Des. JOÃO MARTINS

Vice-Presidente

Des. WILSON GUARANY Vieira

Corregedor-Geral da Justiça

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Des. Wilson EDER GRAF

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. JOSÉ ROBERGE

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ÁLVARO WANDELLI Filho

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. FRANCISCO BORGES

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

ÓRGÃO ESPECIAL

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

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**

Des. WILSON GUARANY Vieira — **Vice-Presidente**

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — **Corregedor-Geral da Justiça**

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Des. Wilson EDER GRAF

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. JOSÉ ROBERGE

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ÁLVARO WANDELLI Filho

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. FRANCISCO BORGES

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

Des. JOÃO MARTINS

Des. WILSON GUARANY Vieira

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

SEÇÃO CIVIL

Sessões: 1ª segunda-feira do mês — Horário: 14h — Local: 10º andar

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA — **Presidente**

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Des. Wilson EDER GRAF

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. JOSÉ ROBERGE

Des. ANSELMO CERELLO

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAS RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. SOLON D'EÇA NEVES

PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS

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

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA — **Presidente**

Des. JOSÉ ROBERGE

Des. ANSELMO CERELLO

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAS RUBIK

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. NEWTON TRISOTTO

SEGUNDO GRUPO DE CÂMARAS

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

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER — **Presidente**

Des. Wilson EDER GRAF

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. SOLON D'EÇA NEVES

PRIMEIRA CÂMARA CIVIL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 10h — Local: 3º andar

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — **Presidente**

Des. ORLI RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. NEWTON TRISOTTO

SEGUNDA CÂMARA CIVIL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 9h30min às 12h, com reinício às 14h — Local: 2º andar

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA — **Presidente**

Des. JOSÉ ROBERGE

Des. ANSELMO CERELLO

Des. José GASPAS RUBIK

TERCEIRA CÂMARA CIVIL

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

Des. Wilson EDER GRAF — **Presidente**

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

QUARTA CÂMARA CIVIL

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

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER — **Presidente**

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. SOLON D'EÇA NEVES

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

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

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

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. FRANCISCO BORGES

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. NILTON João de MACEDO MACHADO*

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU*

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

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

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. FRANCISCO BORGES

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

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

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

Des. JORGE MUSSI

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. NILTON João de MACEDO MACHADO*

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU*

CÂMARA CÍVEL ESPECIAL

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

Dr. VANDERLEI ROMER — **Presidente**

Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA

Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

Dr. VANDERLEI ROMER
Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO
Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA
Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Dr. José Antônio TORRES MARQUES

JUÍZES CORREGEDORES

Dr. NICANOR Calírio da SILVEIRA
Dr. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Dr. HENRY Goy PETRY Júnior

SECRETÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dr. CLEVERSON OLIVEIRA

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

Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU — Mesma vaga do Des.
ALBERTO Luiz da COSTA
Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO — Des. ÁLVARO WANDELLI
Filho

DOCTRINA

REPARAÇÃO CIVIL NAS AÇÕES ACIDENTÁRIAS: UM ENFOQUE RELATIVO AOS DISTÚRBIOS OSTEOMUSCULARES RELACIONADOS AO TRABALHO — DORT

Janio de Souza Machado
Juiz de Direito em Criciúma

1. INTRODUÇÃO

O Decreto Legislativo n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919, constituiu-se no primeiro ordenamento legal a tratar do acidente do trabalho, tendo adotado a teoria do risco profissional como fundamento da responsabilidade do empregador¹. A partir daí sucederam-se outras cinco leis (Dec. n. 24.637/34, Dec.-Lei n. 7.036/44, Dec.-Lei n. 293/67 e Lei n. 5.316/67), culminando na de n. 6.367, de 19 de outubro de 1976, que reafirmou a tendência à teoria do risco social.

Até o advento da atual Constituição Federal o empregador somente respondia pelos danos decorrentes de acidentes do trabalho em caso de dolo ou culpa grave, entendimento este consagrado na Súmula 229 do STF². Após, em face da regra inserida no art. 7º, inciso

1 SAAD, Teresinha Lorena Pohlmann. *Responsabilidade civil da empresa nos acidentes do trabalho*. 2.ed., São Paulo, LTr, 1995, p. 38.

2 “A indenização acidentária não exclui a de direito comum em caso de dolo ou culpa grave do empregador.”

XXVIII³, passou o empregador a responder pela culpa em qualquer de suas modalidades, não mais se limitando à de natureza grave.

Por força da nova regra estabelecida percebeu-se um crescimento substancial no número de ações ajuizadas em busca de indenizações pelo direito comum. É certo que isso também decorre de uma maior consciência por parte dos cidadãos — fenômeno mundial — e, no caso brasileiro, da descoberta do Judiciário como forma de garantia dos direitos pretensamente violados. De qualquer modo os juízes se vêem às voltas com um volume sempre crescente de demandas, obrigando-se a analisar condutas patronais antes não questionadas. Assim aconteceu na comarca de Criciúma, em tema relacionado com a mineração, por força da doença ocupacional conhecida por pneumoconiose. Surgem, ainda, novos questionamentos acerca de lesões musculares resultantes do trabalho desenvolvido por determinados empregados. E não mais se satisfazendo com os benefícios concedidos pela previdência social, buscam agora verbas indenizatórias com base no direito comum, cumulando-se pedidos de natureza material e moral.

E é a propósito de tais ações que se passa a analisar temas surgidos nos debates travados, tendo este trabalho a intenção de sintetizar a discussão e oferecer uma contribuição.

2. DISTÚRBIOS OSTEOMUSCULARES RELACIONADOS AO TRABALHO — DORT

A terminologia acima surgiu mais recentemente, abandonando-se aquela até então utilizada: L.E.R. (Lesões por Esforços Repetitivos). O Tribunal de Justiça do Estado fez publicar e divulgou nos fóruns um cartaz explicativo com inserção de exercícios de prevenção, adotando aquela terminologia. O fisioterapeuta Marcelo Zeltzer⁴ diz que ela é, efetivamente, a denominação hoje mais utilizada, muito embora o fenômeno tenha-se tornado popularmente conhecido por L.E.R. E conceitua como sendo “movimentos repetidos de qualquer parte do corpo que podem provocar lesões em tendões, músculos e articulações, principalmente dos

3 “Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII: seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

4 Lesões por esforços repetidos. Endereço eletrônico: <http://www.unicamp.br/svol/artigo62.htm>.

membros superiores, ombros e pescoço devido ao uso repetitivo ou a manutenção de posturas inadequadas resultando em dor fadiga e declínio do desempenho profissional tendo como vítimas mais comuns os: digitadores, datilógrafos, bancários, telefonistas e secretárias” (*sic*).

O médico Nevair Roberti Gallani⁵ diz que a L.E.R. “representa uma síndrome de dor nos membros superiores, com queixa de grande incapacidade funcional, causada primariamente pelo próprio uso das extremidades superiores em tarefas que envolvem movimentos repetitivos ou posturas forçadas”. Também é conhecida por L.T.C. (Lesão por Trauma Cumulativo), embora, a seu ver, o mais correto seja Síndrome da Dor Regional. Para ele, “L.E.R. não é uma doença, é um fenômeno social/político/trabalhista”. O esforço repetitivo é que poderá desencadear ou agravar algumas doenças, sendo as mais conhecidas a tenossinovite, bursite, fibromosite ou fribrosite, síndrome do túnel do carpo, síndrome do canal de Guyon, epicondilite, tendinite da cabeça longa dos bíceps, síndrome de Quervain, síndrome do impacto ou do arco etc.

A L.E.R., uma vez constatada, costuma ser apresentada em quatro graus, variando da simples referência de sensação de peso e desconforto até a dor forte, intensa e contínua, às vezes insuportável, que pode levar à total incapacidade para o trabalho. O médico Nader Bujan Lamas⁶ refere neste último estágio a existência de “alterações psicológicas com quadros de depressão, ansiedade e angústia”.

A prevenção é, sem dúvida alguma, a melhor forma de combater o mal que já se torna comum entre os trabalhadores que realizam atividades automatizadas, em que se exige cada vez mais a produtividade. E isso se consegue com a realização de pausas no decorrer da jornada de trabalho, exercícios físicos que relaxem os músculos e tendões, redução da carga de estresse, adequação do mobiliário e abandono às posturas corporais incorretas.

A NR 17 da Portaria n. 3.214, de 8/6/78, trata da ergonomia, estabelecendo “parâmetros que permitam a adaptação das condições de trabalho às características psicofisiológicas dos trabalhadores, de modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança e desempenho eficiente”. Essas condições mínimas de trabalho devem ser respeitadas pelo empregador, sob pena de incorrer no dever de indenizar.

5 L.E.R. — Lesões por esforços repetitivos. Endereço eletrônico: <http://www.neuro.med.br>.

6 L.E.R. — Lesões por esforços repetitivos: dossiê científico. Endereço eletrônico: <http://www.if.usp.br/adm/cipa5.html>.

3. DOENÇA PROFISSIONAL OU OCUPACIONAL

Não é só o acidente do trabalho típico que gera o dever de responsabilização por parte do empregador mas, também, a doença profissional, que encontra definição na Lei de Infortunistica (Lei n. 6.367, de 19/10/1976), *in verbis*:

“Art. 2º (...)

“§ 1º — Equiparam-se ao acidente do trabalho, para fins desta lei:

“I — a doença profissional ou do trabalho, assim entendida a inerente ou peculiar a determinado ramo de atividade e constante de relação organizada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS)”.

Daí lecionar Tupinambá Miguel Castro do Nascimento⁷:

“Assim, tanto pode ser acidente do trabalho o quebrar um braço, o perder a função dos dedos da mão como ser acometido de pneumoconiose; basta que sejam efeitos da causa-trabalho”.

4. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR

Rui Stoco⁸, acerca da responsabilidade civil do empregador, leciona:

“O empregador, por força do contrato de trabalho que estabelece com seu empregado, obriga-se a dar-lhe condições plenas de trabalho, no que pertine à segurança, salubridade e condições mínimas de higiene e conforto.

“Se no decorrer da jornada de trabalho o empregado sofre danos decorrentes de ação ou omissão intencional, ou proceder culposo do empregador, responde este civilmente perante aquele”.

É objetiva a responsabilidade do ente previdenciário pelo acidente do trabalho. Daí o pagamento do seguro acidentário, a cargo do empregador.

7 *Comentários à nova lei de acidentes do trabalho*. Porto Alegre, Síntese, 1976, p. 38.

8 STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 2.ed. rev. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 235.

dor, obrigando-se aquele a suportar as conseqüências. O mesmo não se pode dizer da responsabilidade baseada no Código Civil⁹.

O empregador não tem controle absoluto e integral sobre os passos dados pelo empregado em seu estabelecimento. O seu dever é o de oferecer condições seguras no trabalho, afastando tudo quanto possa conduzir a um acidente. Mas daí a se concluir que será *sempre* responsável por todo e qualquer acidente verificado vai uma distância muito longa que, em absoluto, foi trilhada pelo legislador.

5. DANO MATERIAL

A indenização deverá ser a mais ampla possível, compreendendo, principalmente, o dano material, consistindo este no pagamento de pensão mensal (art. 1.539 do Código Civil¹⁰), despesas médicas, hospitalares e farmacêuticas, cirurgias de correção, colocação de próteses etc. A indenização, segundo conceituação de De Plácido e Silva, “traz a finalidade de integrar o patrimônio da pessoa daquilo de que se desfalçou pelos desembolsos, de recompô-lo pelas perdas ou prejuízos sofridos (danos), ou ainda de acrescê-lo dos proventos, a que faz jus a pessoa, pelo seu trabalho”¹¹.

O empregado aposentado por tempo de serviço e que percebe cumulativamente o auxílio-acidente não tem direito a pensão mensal (dano material). O art. 1.539 do Código Civil assegura o pagamento de uma pensão mensal àquele que, por causa da ofensa resultante, não possa exercer

9 REsp. n. 10.570-0, ES, Quarta Turma do STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 17/11/92, in RSTJ 48/162: “Civil. Acidente do Trabalho. Indenização. Vias. Responsabilidade. Culpa da Empregadora. Prova. Art. 159, CC. Recurso provido. 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 ao infortúnio laboral”.

10 “Se da ofensa resultar defeito, pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão, correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.”

11 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 3.ed., Rio, Forense, 1973, 4 volumes, vol. II, p. 815.

o seu ofício ou profissão, ou tenha diminuído o valor do trabalho. Se o empregado atingiu tempo necessário para a aposentadoria, permaneceu na mesma empresa e não teve prejuízo na progressão interna, não há falar em indenização por dano material.

6. DANO MORAL E ESTÉTICO

O dano moral, desde que haja reflexos de fundo psicológico, causando transtorno de natureza íntima, deve ser arbitrado, desde logo, pelo julgador, correspondendo a pagamento único, em montante razoável, segundo as condições financeiras do empregado, do empregador e maior ou menor grau da culpa. Afaste-se a possibilidade de fixação em valores milionários, que fogem do critério da razoabilidade e do bom senso, assim sendo compreendida aquela que se distancia do valor fixado a título de dano material.

A lesão que resulta em dano aparente, capaz de causar repugnância, mal-estar, dificuldade de relacionamento ou convivência social, sujeita o empregador ao pagamento de valor, também fixo, a título de dano estético. No arbitramento devem ser observados os mesmos critérios válidos para o dano moral.

O portador de distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho, mesmo percebendo benefício previdenciário e/ou acidentário, poderá ter direito a indenização a título de dano moral. É que a sensação de estar acometido de um mal que, embora não o incapacite para toda e qualquer atividade, é capaz de provocar-lhe alterações de fundo psicológico, causando-lhe transtornos e desconforto em seu convívio social e familiar.

7. COMPENSAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PELO DIREITO COMUM COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

Não há compensação da indenização pelo direito comum com a indenização acidentária (paga pela previdência social¹²). A pensão do art. 1.539 do Código Civil tem suporte num comportamento ilícito do empre-

12 REsp. n. 56.272, SP, STJ, Terceira Turma, rel. Min. Nilson Naves, j. em 11/3/97, in RSTJ 103/164: “Indenização por acidente de trabalho. (...) 3. Da indenização devida não se desconta a importância paga pela Previdência Social”.

gador. Aquela outra assegurada pela previdência social, na responsabilidade objetiva da autarquia¹³.

Tem-se, então, que independentemente do benefício que o empregado venha a perceber da previdência social, na qualidade de segurado, poderá pleitear em juízo uma indenização como decorrência de um acidente de trabalho. Na fixação da pensão (dano material) apresenta-se como razoável a determinação de pagamento da diferença resultante entre o que o empregado receberia, se na ativa estivesse, e o que está a perceber da previdência social, pois este é o prejuízo a ser reparado pelo empregador. Se não há diferença é porque não há dano material a ser reparado nesse aspecto, muito embora possa existir a título de ressarcimento com despesas médico-hospitalares, farmacêuticas, próteses etc. Recorde-se que o objetivo da ação é o de reparar o mal causado ao empregado; não o de lhe proporcionar um *plus*.

8. PRESCRIÇÃO DO DIREITO A INDENIZAÇÃO

O direito a reparação prescreve em vinte anos¹⁴, contados da data do ato lesivo¹⁵, prevalecendo a regra do art. 177 do Código Civil¹⁶. Afaste-se a possibilidade de incidência do prazo prescricional de dois anos previsto no art. 11 da CLT¹⁷, ou mesmo um outro do Código Civil.

-
- 13 Apelação Cível n. 97.001836-3, de Papanduva, TJSC, Terceira Câmara Civil, rel. Des. Silveira Lenzi, in DJE de 19/5/98: “Apelação cível. Acidente do trabalho. Direito comum. (...) É perfeitamente possível a cumulação dos benefícios regulados pelo direito comum e previdenciário, eis que possuem natureza diversa. Não há falar em enriquecimento ilícito da vítima, quando surge clara a culpa do empregador no ato ilícito, sendo vedada, portanto, a dedução do benefício previdenciário do total do *quantum* indenizatório”.
 - 14 Apelação Cível n. 51.684, de São Bento do Sul, TJSC, Terceira Câmara Civil, rel. Des. Paulo Gallotti, in DJE de 28/6/96: “A ação de indenização por ato ilícito decorrente de acidente do trabalho é de natureza pessoal e tem seu prazo prescricional regulado pelo art. 177 do Código Civil, que é de vinte anos”.
 - 15 Apelação Cível n. 47.871, de São Bento do Sul, TJSC, Quarta Câmara Civil, rel. Des. Alcides Aguiar, in DJE de 6/6/95: “A indenização decorrente de responsabilidade civil, distinta da ação de acidente do trabalho, esta sim de caráter alimentar, prescreve em vinte anos a contar do ato lesivo”.
 - 16 “As ações pessoais prescrevem ordinariamente em vinte anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas”.
 - 17 “Não havendo disposição especial em contrário nesta Consolidação, prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido”.

9. ACIDENTES OCORRIDOS ANTES DA CF/88 E A CULPA LEVE OU LEVÍSSIMA

As novas regras estabelecidas a partir da Constituição de 1988, acerca da culpa como fator de responsabilidade, têm aplicação imediata, atingindo os acidentes ocorridos anteriormente à sua vigência, inexistindo direito adquirido à indenização pelos termos da Súmula 229 do STF. É esse o entendimento consagrado pelo STJ¹⁸ e reafirmado pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado¹⁹, muito embora se encontre dissensão²⁰.

10. ÔNUS DA PROVA

Em se tratando de indenização decorrente de acidente de trabalho, requisito básico e insuperável é a demonstração do vínculo empregatício²¹. Tampouco se olvide da demonstração de que o acidente ocorreu nas dependências do empregador, ou, como no caso da doença ocupacional, seja decorrente do exercício daquela atividade laborativa (presença do nexos causal).

-
- 18 REsp. n. 12.648—SP, Quarta Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *in* RSTJ 53/117: “Direito civil. Indenização (art. 159, CC). Acidente do trabalho. Culpa leve. Enunciado 229 da Súmula/STF. Lei n. 6.367/76. Direito adquirido. Precedentes. Recurso desacolhido. 1. Segundo entendimento da Turma, a partir da edição da Lei n. 6.367/76 passou a não mais prevalecer o enunciado n. 229 da Súmula/STF, que restringia a responsabilidade do empregador pela indenização de direito comum aos casos de dolo ou culpa grave. Pela reparação civil, devida como decorrência de sinistros laborais desde então verificados, passaram a responder todos aqueles que para os mesmos tenham concorrido com culpa, em qualquer grau, ainda que leve, independentemente da existência, ou não, de vínculo empregatício com a vítima. 2. Ocorrente o acidente em abril de 1988, não se há de cogitar de pretenso direito adquirido a só indenizar nos casos preconizados pelo superado verbete”.
- 19 Apelação Cível n. 51.745, de Santa Cecília, TJSC, Terceira Câmara Civil, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, *in* DJE de 10/11/97; Apelação Cível n. 97.009915-0, da Capital, TJSC, Terceira Câmara Civil, rel. Des. Vanderlei Romer, *in* DJE de 6/4/98.
- 20 Ap. c/ rev.. 487.857-00/8, 1ª Câ. do 2º TACívSP, rel. Juiz Vieira de Moraes, *in* RT 743/332: “Verificável, pois, que a *causa petendi* mencionada situa-se em época anterior à promulgação da Magna Carta. Tal implica em que o caso sob exame deve ser discutido e solucionado à luz dos mandamentos legais de direito material então vigentes, pela imperiosa aplicação dos princípios do *tempus regit actum* e da irretroatividade da lei”.
- 21 Apelação Cível n. 35.454, de Joinville, TJSC, Primeira Câmara Civil, rel. Des. Protásio Leal, *in* DJE de 7/6/91: “Ação de indenização por ato ilícito. Direito comum. Culpa ou dolo do empregador. Não comprovação da relação empregatícia. Carência do direito de ação por ilegitimidade passiva”.

A ação acidentária regida pelo Código Civil submete-se a regras próprias e inconfundíveis. Nela o autor deverá demonstrar a presença dos três elementos capazes de sustentar a pretensão indenizatória, segundo conhecida lição de Washington de Barros Monteiro:

“Pela nossa lei civil, aí está o primeiro elemento indispensável à configuração do ato ilícito; urge que o fato lesivo seja voluntário ou imputável ao agente por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência.

“Em segundo lugar exige-se a ocorrência de um dano. (...)”

“O terceiro elemento caracterizador do ato ilícito é a relação de causalidade entre o dano e o comportamento do agente”²².

A responsabilidade do empregador, pelo direito comum, tem suporte no art. 159 do Código Civil²³, fundamento da teoria da responsabilidade subjetiva adotada pelo legislador. Ela surge com a demonstração de um comportamento culposo, seu ou de preposto. Se a prova acerca desse comportamento culposo (por mínima que seja a culpa) não resulta certa e indubitosa, de indenização não há falar²⁴. O contrato de trabalho não é de garantia de integridade física do empregado, até porque o patrão não tem o controle absoluto sobre todos os passos dados

22 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 13.ed. atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 1975, vol. I, p. 276.

23 “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553”.

24 Apelação Cível n. 97.014011-8, de São Bento do Sul, TJSC, Primeira Câmara Civil, rel. Des. Orli Rodrigues, *in* DJE de 17/6/98: “Responsabilidade civil — Acidente do trabalho — Indenização de direito comum — Falta de comprovação da conduta culposa ou dolosa do empregador — Recurso conhecido e desprovido. ‘Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz a prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente’ (Sílvio Rodrigues)”.

por aquele²⁵. Em havendo culpa exclusiva do empregado, desaparece o dever de reparação pelo empregador²⁶.

O dever de reparar nasce, no campo do direito das obrigações, uma vez comprovado o fato danoso, o comportamento culposo do empregador e o nexo causal. A regra do art. 159 do Código Civil deverá ser interpretada em consonância com a do art. 333, I, do CPC, que trata do ônus da pro-

-
- 25 Ap. 4.588/89, 7ª Câmara Cível do TJRJ, rel. Des. Paulo Roberto de A. Freitas, j. em 22/2/90, in FERNANDES, Annibal. *Previdência social anotada: planos de custeio e de benefícios*. 6. ed. rev., atual. e ampl., Bauru, SP, Edipro, 1998, p. 789: “A responsabilidade de direito comum, nos acidentes de trabalho, à luz da Constituição Federal, art. 7º, XXVIII, não dispensa o empregado de provar *in concreto* a culpa do empregador. Primeiro, porque se trataria de culpa ou responsabilidade extracontratual, uma vez que a contratual se encontra coberta pela responsabilidade acidentária ordinária. Segundo, porque não se trata de um contrato pelo qual o empregador se obrigasse a entregar o empregado são e salvo no fim da jornada, à semelhança de um contrato de transporte. No transporte, o transportado não age, é agido. Comporta-se passivamente, enquanto no de trabalho quem se movimenta e age é o empregado, em limites que escapam necessariamente ao controle do empregador. A Ciência do Direito Universal distingue as obrigações de meio das obrigações de resultado. Nas de resultado, como fazer um vestido, realizar uma obra civil, desempenhar um transporte, ao cliente, ao dono da obra, ao transportado basta alegar que o resultado não foi obtido, enquanto ao modista, ao construtor, ao transportador caberia evidenciar a ausência de sua culpa. Já nos contratos de meio, é ônus do contratante que não obteve o resultado evidenciar a negligência, a imprudência, ou a imperícia do outro contratante. Ora, como o contrato de trabalho não é um contrato de garantia da integridade física do obreiro, mas do desempenho de seu serviço, em contrapartida de um certo salário, daí decorre que não se lhe aplicam as regras dos contratos de resultado. Cabe-lhe provar concretamente a culpa do empregador”.
- 26 Apelação Cível n. 97.014046-0, de Chapecó, TJSC, Primeira Câmara Civil, rel. Des. Trindade dos Santos, in DJE de 8/1/98: “Responsabilidade civil. Relação de trabalho. Ausência de dolo ou culpa da empregadora. Pretensão, entretanto, acolhida. Sentença reformada. Reclamo recursal provido. Tratando-se de infortúnio laboral, coberto legalmente pelo seguro social, almejando o obreiro acidentado a percepção de indenização prevista no direito comum, deve ele comprovar satisfatoriamente ter atuado o empregador com concorrência no mínimo culposa. Essa culpa, que é de ordem subjetiva, não é extratável apenas do fato de haver o sinistro ocorrido no ambiente de trabalho e das relações empregatícias existentes. Positivada, entretanto, a ausência de qualquer culpa patronal, motivada a ocorrência, ao contrário, por culpa do próprio empregado, improsperável é a pretensão deste em auferir indenização com base na responsabilidade civil do empregador”. Apelação Cível n. 88.073068-2, de Joinville, TJSC, Primeira Câmara Civil, rel. Des. Eládio Torret Rocha, in DJE de 24/11/97: “Ação ordinária de responsabilidade civil por danos decorrentes de acidente de trabalho. Aplicação dos artigos 159, 1.521, III, e 1.523 do Código Civil. Necessidade de comprovação da culpa ou negligência do empregador. Culpa, na hipótese, exclusiva do empregado. Pedido improcedente. Recurso desprovido. Preceito constitucional assegura ao empregado direito a indenização quando da ocorrência de acidente de trabalho, desde que sucedido por culpa ou dolo do empregador (art. 7º, XXVIII, CF/88). Se o conjunto probatório indica, porém, como causa do acidente, culpa exclusiva do empregado, não há falar em indenização à custa do empregador”.

va²⁷. Inviável trazerem-se para esse tipo de processo princípios aplicáveis única e exclusivamente na órbita previdenciária, como aquele que permite ao juiz julgar em favor do hipossuficiente em caso de dúvida. Aqui, a dúvida se resolve em favor do réu, pois dúvida e ausência de prova se equivalem.

O legislador constituinte, ao ampliar a possibilidade de responsabilização pelo direito civil, não quis adotar a teoria do risco profissional, dispensando o empregado da prova de comportamento culposo do empregador.²⁸ Prevelem, ainda, na íntegra, os fundamentos que nortearam a regra estabelecida no art. 159 do Código Civil. E presentes se fazem as regras do art. 333 do CPC. Assim, ao autor incumbe o ônus da prova dos fatos constitutivos de seu direito. Vale dizer, então: sem demonstração de culpa (mesmo a mais leve), não haverá responsabilização do empregador por acidente do trabalho²⁹. E, no tocante à incapacidade, a prova pericial reveste-se de extrema valia³⁰.

27 “O ônus da prova incumbe: I — ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”.

28 Apelação Cível n. 229.779-6, de Uberlândia, TAMG, Sétima Câmara Civil, j. em 6/2/97, rel. Juiz Quintino do Prado: “Indenização — Acidente do trabalho — Doença profissional — Tenossinovite — Culpa — Prova — Responsabilidade civil. No caso de responsabilidade do empregador por doença profissional, denominada LER ou tenossinovite, o disposto no art. 7º, XXVIII, da CF, não dispensa o empregado, autor da ação indenizatória, do dever de comprovar a culpa daquele ou de seu preposto, sem a qual é improcedente o pedido, pois a responsabilidade objetiva obriga somente o Seguro Social”.

29 Apelação Cível n. 195.128343, de Porto Alegre, TARS, Sétima Câmara Civil, j. em 20/12/95, rel. Juiz Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior: “Indenização por moléstia do trabalho. Evidenciada a cura da autora e não demonstrada a culpa da empregadora no surgimento das enfermidades tenossinovite e sinal do túnel de carpo, impõe-se a improcedência da ação. Sentença confirmada”.

30 Apelação Cível n. 230.556-0, de Belo Horizonte, TAMG, Primeira Câmara Civil, j. em 11/3/97, rel. Juiz Moreira Diniz: “Indenização — Acidente do trabalho — Doença profissional — Tenossinovite — Laudo pericial — Prova testemunhal. Por faltar ao julgador conhecimento técnico, deve ele pautar-se em laudo lavrado por profissional qualificado, não podendo essa prova ser substituída por testemunha. A não-constatação de doença profissional no momento da elaboração do laudo médico permite concluir pela inexistência do mal, mesmo que entre a data da perícia e a dos alegados sintomas tenha transcorrido grande período, máxime se o periciado se encontra apto para a atividade profissional que exerce”.

11. COMPETÊNCIA TERRITORIAL, FUNCIONAL E EM RAZÃO DA MATÉRIA

A ação deverá ser ajuizada no foro do domicílio do réu (art. 94, CPC), ou do lugar onde está a sede da pessoa jurídica (art. 100, IV, *a*, CPC). Nesta última hipótese (pessoa jurídica), prevalece o foro do lugar onde se acha a agência ou sucursal, quando ali foi o serviço prestado e deu-se o acidente (art. 100, IV, *b*, CPC).

A competência funcional é regulada, no Estado de Santa Catarina, pela Lei Estadual n. 5.624, de 9 de novembro de 1979, e suas alterações posteriores (Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina). É do juiz de direito do cível a competência para processar e julgar “os feitos de jurisdição contenciosa ou voluntária, de natureza civil ou comercial, e os correlatos processos cautelares ou de execução” (art. 94, I, *a*), aí incluídas, por óbvio, as ações de indenização pelo direito comum decorrentes de acidente do trabalho. Não se confundem estas com as de acidente do trabalho aforadas contra o ente autárquico, por força dos dispositivos da Lei n. 6.367/76, cuja competência recebe tratamento próprio e discriminado, segundo as comarcas especificadas (arts. 103, § 1º, 104, § 1º, 106, § 3º, e 107, § 2º).

Tradicionalmente a Justiça Estadual tem aceitado a competência para apreciar as ações indenizatórias pelo direito comum, o que não foi alterado com o advento da Constituição de 1988³¹. O art. 114 da CF³² não agasalha o entendimento de que a Justiça do Trabalho tenha recebido tal competência. O conflito que surge entre empregado e empregador decorre de um comportamento culposo (ou doloso) deste, encontrando-se o fundamento legal da indenização no art. 159 do Código Civil e art. 7º, XXVIII, da CF. Não é conflito surgido da “relação empregatícia”, muito

31 Agravo de Instrumento n. 97.002049-0, de Blumenau, TJSC, Segunda Câmara Civil, rel. Des. Gaspar Rubik, *in* DJE de 2/10/98: “Competência. Responsabilidade civil decorrente de moléstia contraída no ambiente de trabalho. Súmula 229 do STF. Competência da Justiça comum. Decisão que dela declinou para a Justiça especializada reformada. Recurso provido. São de competência da justiça comum as causas de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho, pelo qual é responsável civilmente o empregador por dolo ou culpa”.

32 “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, *inclusive* coletivas”.

embora seja ela pressuposto do direito a indenização. Consoante observado por Celso Ribeiro Bastos³³, “poderá resolver a Justiça do Trabalho outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho. Cumpre assinalar que, nesse caso, a Justiça do Trabalho depende de lei infraconstitucional que lhe outorgue competência. Assim, só será competente para decidir controvérsias estranhas à relação de emprego se tal competência estiver expressamente prevista em lei e desde que oriundas de uma relação de trabalho”.

A ausência de lei infraconstitucional outorgando à Justiça do Trabalho competência para dirimir tais conflitos impõe o conhecimento e julgamento pela Justiça Estadual.

12. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS, NUMA SÓ AÇÃO, CONTRA O INSS E O EMPREGADOR

Não é possível o litisconsórcio passivo entre o empregador e o INSS. O fundamento da ação ajuizada contra a previdência social tem por suporte a culpa objetiva da entidade autárquica, sendo suficiente a demonstração da lesão incapacitante. Já a ação de indenização pelo direito comum suporta-se na existência de um comportamento doloso ou culposo do empregador (ato ilícito). Ou seja, há causas de pedir distintas, o que acaba por inviabilizar o ajuizamento de ação única contra o empregador e o INSS³⁴. O litisconsórcio passivo reclama a “identidade dos réus em relação a qualquer um dos pedidos”³⁵.

33 BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 418.

34 Decisão proferida pelo Dr. Hélio do Valle Pereira, Juiz de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda e Acidentes do Trabalho da comarca de Criciúma, nos autos da Ação n. 020.99.005677-5 (Luciano Euzebio e Mínegeo Serviços e Projetos de Mineração e Geologia Ltda. e outro): “Situação como esta não propicia a formação do litisconsórcio, instituto que se fundamenta na identidade fática e jurídica da pretensão esposada em face dos réus. Na situação concreta, ainda que exista parcial aproximação, fática, a qualificação jurídica é quase antagônica. São antitéticos os princípios que regem as pretensões propriamente acidentárias e fundadas no direito privado. Logo, nem sequer se aplica a fórmula dilatada do art. 46, inciso VI, do Código de Processo Civil”.

35 Apelação Cível n. 271.839-1, Valinhos/Campinas, j. em 19/12/95, da Primeira Câmara Civil do TJSP, rel. Guimarães e Souza, *in* JTJ 179/81: “Indenização — Impossibilidade de cumulação com ação previdenciária contra o INSS, com base no mesmo fato — Litisconsórcio passivo que só é permitido se houver identidade dos réus em relação a qualquer um dos pedidos — Extinção *ex officio* do feito em relação ao INSS”.

13. A PETIÇÃO INICIAL

A petição inicial deverá descrever o acidente com detalhes suficientes à compreensão da matéria debatida, de modo a possibilitar ao requerido o direito de defesa. Não basta dizer-se, de forma genérica e abrangente, que foram desrespeitadas as normas regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho, com referência genérica à Portaria 3.214/78, ou que o empregador se houve com culpa no acidente. É necessário que se descreva, na inicial, qual o comportamento culposo do empregador. Essa descrição é que, após passar pelo crivo do contraditório, poderá suportar uma sentença condenatória. Lamentavelmente muitas das iniciais que chegam à mesa do juiz não resistem a uma análise preliminar. Nessas hipóteses há necessidade de se propiciar ao autor o direito de emendá-la (art. 284 do CPC³⁶). O desatendimento importará no indeferimento da petição inicial. É do juiz o dever de fiscalizar as iniciais, determinando a emenda sempre que verificar a existência de omissões que possam dificultar o julgamento do mérito. Recorde-se que a ausência da causa de pedir é típico caso de inépcia da inicial (art. 295, parágrafo único, I, CPC³⁷). Não se pode confundir pedido formulado na Justiça do Trabalho (reclamatória trabalhista), ou perante o Juízo da Vara Cível de Acidentes do Trabalho (indenização acidentária), onde regras especiais vigoram e o rigor ao atendimento ao disposto no art. 282, III, CPC³⁸, é francamente atenuado. Ao Juiz da Vara de Acidentes do Trabalho não repugna a concessão de benefício acidentário diverso do que foi especificado na inicial ou por causa diversa ali descrita. Cita-se, como exemplo, a hipótese em que o acidentado pede aposentadoria decorrente de pneumoconiose e, após regular instrução, comprova-se que ele não padece desse mal, mas, sim, de doença do coração. A aposentadoria é concedida, muito embora por fundamento diverso. É que, em matéria acidentária, segundo leciona José de Oliveira, “não se pode exigir do autor a conceituação precisa de seus males e

36 “Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias”.

37 “A petição inicial será indeferida: I — quando for inepta; (...) Parágrafo único. Considere-se inepta a petição inicial quando: I — lhe faltar pedido ou causa de pedir”.

38 “A petição inicial indicará: (...) III — o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”.

de sua incapacidade. Bastará mencionar que se encontra doente em decorrência do trabalho, com a capacidade laborativa reduzida”³⁹.

39 OLIVEIRA, José de. Acidente do trabalho — Responsabilidade Civil — Empregador — Acidentes do trabalho — Teoria, prática, jurisprudência. 3.ed., 1997, p. 1/14.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.012054-3, DE LEBON RÉGIS

Relator: Des. Eder Graf

Mandado de segurança — Legitimidade recursal do Prefeito Municipal — Art. 12, II, do CPC.

O Prefeito Municipal é o representante legal do Município (art. 12, II, CPC); assim, a circunstância de ser ele o recorrente e não a pessoa jurídica de direito público não obstaculiza o conhecimento da apelação.

Medida cautelar inominada — Exoneração de servidor público em estágio probatório — Necessidade de apuração da capacidade — Súmula 21 do STF.

“Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade” (Súmula 21 do STF).

Ipsa facto, inatendidas as exigências referentes à apuração da incapacidade para a exoneração do funcionário público, mostra-se acertada a concessão da ordem determinando seu retorno ao cargo.

Mandado de segurança — Exoneração e invalidação de promoções — Ausência do devido processo legal — Inadmissibilidade.

“O poder de a Administração Pública anular seus próprios atos não é absoluto, sob pena de malferir, como na hipótese, os prin-

cípios da ampla defesa e do devido processo legal. Por isso inválido de pleno direito o ato que anula outro sem preceder ao processo administrativo exigido como condição para que o servidor estável possa perder o cargo” (Min. Américo Luz).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 98.012054-3, da comarca de Lebon Régis, em que é apelante o Prefeito Municipal de Timbó Grande, sendo apelados Adilson de Souza e outros:

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

Custas na forma da lei.

Adilson de Souza, Claudionor José Matoso, Eloi Souza Furtado, Eloi Raphael Ribeiro, Emília Bernadete Silveira, João Maria Alves do Prado, José Ademir Pinheiro, Ivonete Graciano dos Reis, Nelci Xavier Leite, Rose Leite Evangelista e Suzana Cristiane Maguerroski impetraram mandado de segurança contra ato do Prefeito Municipal de Timbó Grande, alegando que são funcionários públicos municipais, aprovados em concurso regularmente realizado, e que foram exonerados durante o estágio probatório, sem que fosse instaurado prévio procedimento administrativo.

Afirmaram que as promoções por merecimento, concedidas ao término da administração anterior, também foram injustamente revogadas em 1997 por meio de portarias, com efeitos retroativos a dezembro de 1996.

Entendendo que os mencionados atos estão eivados de ilegalidade, postularam a concessão de liminar pa-

ra sua correção imediata, anulando-se as exonerações e procedendo-se à reintegração dos impetrantes nos cargos.

Regularmente notificada, a autoridade dita coatora prestou informações argüindo, em preliminar, ausência de direito líquido e certo dos impetrantes, impossibilitando o manejo do writ.

No mérito, argumentou que as exonerações se deram em face do excesso de funcionários lotados no quadro municipal, o que inviabilizava a administração da Cidade, já que praticamente toda a receita do Município vinha sendo absorvida com o pagamento dos seus servidores. Disse ainda que as exonerações efetuadas não são irregulares, porquanto os impetrantes não tinham sido avaliados pela administração anterior, conforme previsão contida na Lei Municipal n. 231/95.

Em relação às promoções concedidas aos impetrantes, afirmou que são nitidamente protecionistas, ferindo a legislação municipal e federal, haja vista a inobservância dos requisitos necessários à elevação funcional dos servidores públicos e, também, por terem violado a legislação eleitoral que veda qualquer tipo de contratação, exoneração ou promoção de servidores nos três meses anteriores ao pleito eleitoral.

A liminar pleiteada foi indeferida (fls. 752).

Após manifestação do Ministério Público, a Dra. Juíza de Direito concedeu a segurança (fls. 769/774).

Irresignada, a autoridade impenetrada apelou insistindo na preliminar de inexistência de direito líquido e certo. No mérito, relatou as dificuldades financeiras por que passa o Município e a impossibilidade de efetuar-se o pagamento dos servidores municipais. Finalizou sustentando a regularidade e legalidade do ato exoneratório.

Houve contra-razões.

O órgão do Ministério Público a quo opinou pelo conhecimento e desprovemento do apelo interposto.

Dispensado o preparo, ascenderam os autos a este Grau de Jurisdição, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo desprovemento do recurso e da remessa.

É o relatório.

Constata-se que a apelação foi interposta pelo Prefeito Municipal de Timbó Grande, autoridade impetrada, e não pela pessoa jurídica de direito público sobre a qual recaiu o efeito da decisão.

Em que pese a divergência doutrinária quanto à legitimidade recursal, adota-se, in casu, a corrente mais tolerante a qual prevê:

“Mandado de segurança. Legitimidade de Prefeito Municipal para recorrer. Prazo em dobro. Aplicação do art. 188 do CPC. Lei modificada através de decretos. Inadmissibilidade.

“A interposição dos recursos pode ser feita pelos impetrantes, impetrados, Ministério Público ou litisconsortes (não confundir com simples assistentes), e, ainda, pela entidade que pertencer o coator, sempre que conce-

da a segurança ou a liminar, porque sobre ela recairão os encargos da condenação ou da suspensão do ato” (JC 48/68).

Ou mais:

“Administrativo. Mandado de segurança. Autoridade coatora. Legitimidade recursal. Petição de recurso firmada pela própria autoridade impenetrada. Ausência de capacidade postulatória. Não conhecimento.

“Tem legitimidade recursal a autoridade impetrada, consoante a lição de Hely Lopes Meirelles, posto que integrou a lide desde as informações. Poderá haver, assim, apelação conjunta ou separada, da pessoa jurídica interessada e do coator, como têm admitido outros Tribunais e o próprio STF em diversos precedentes” (ACMS n. 5.022, da Capital, Des. Pedro Manoel Abreu, j. 15/8/96).

Esta Câmara já decidiu:

“Mandado de segurança — Legitimidade recursal do Prefeito Municipal — Art. 12, II, do CPC.

“Sendo o Prefeito Municipal o representante legal do Município (art. 12, II, CPC), não obstaculiza o conhecimento da apelação a circunstância de ser aquele o recorrente e não a pessoa jurídica de direito público” (ACMS n. 3.958, de Trombudo Central, j. 8/6/96).

Transposto esse óbice, indiscutivelmente a segurança tinha de ser concedida, haja vista que os impetrantes, concursados, ainda em estágio probatório, foram simplesmente exonerados por meio de portarias assim motivadas:

“O Prefeito Municipal de Timbó Grande, Estado de Santa Catarina, no

uso das atribuições que lhes são conferidas pelo Artigo 103, incisos VIII e XI, da Lei Orgânica do Município,

“Considerando o Relatório apresentado pela Comissão nomeada pela Resolução n. 001/97 de 1º de janeiro de 1997;

“Considerando a necessidade premente de compatibilização e redução da despesa pública no setor de pessoal;

“Considerando o excesso de pessoal existente no Quadro de Servidores da Prefeitura Municipal de Timbó Grande, provocando níveis estratosféricos de comprometimento de recursos em relação à Receita;

“Considerando a necessidade urgente de levar a efeito a realização de serviços públicos essenciais e de interesse coletivo reclamados pela população;

“Considerando, ainda, a falta de atendimento às disposições contidas no Artigo 19, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar Municipal n. 04/91 de 1º de março de 1991;

“Considerando, finalmente, a não realização de avaliação do estágio probatório na época prevista em lei e a inexistência de qualquer ato legal assinado pelo Chefe do Poder Executivo homologando o Estágio probatório,

“Resolve:

“Exonerar a servidora (...)” (fls. 53, *verbi gratia*).

E depois, as promoções por merecimento foram desfeitas pelas portarias supervenientes à exoneração, vale dizer, quando já desligados do serviço público (fls. 54/55, *verbi gratia*).

O artigo 19 da Lei Complementar n. 04, de 1º/3/91, do município de Timbó Grande, preceitua:

“Artigo 19 — Ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo fica sujeito a estágio probatório pelo período de vinte e quatro meses, durante o qual são avaliados sua aptidão e capacidade para o desempenho do cargo, observados os seguintes requisitos:

“I — assiduidade;

“II — disciplina;

“III — capacidade de iniciativa;

“IV — produtividade; e

“V — responsabilidade”.

E prossegue:

“§ 1º — A avaliação do desempenho do servidor, apurada de conformidade com os fatores enumerados nos incisos I a V, é obrigatoriamente submetida à homologação da autoridade competente, quatro meses antes de terminar o período de estágio probatório.

“§ 2º — O servidor não aprovado no estágio é exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, observado o disposto no parágrafo único do artigo 28”.

Ora, se não foi encontrada ou não foi realizada a avaliação de desempenho, culpa não pode ser atribuída ao servidor, uma vez que cabe à administração provar que cumpriu todas as formalidades necessárias à apuração da capacidade ou incapacidade de seus servidores.

A respeito, Hely Lopes Meirelles leciona:

“Comprovado durante o estágio probatório que o funcionário não satis-

faz as exigências legais da Administração, pode ser exonerado justificadamente pelos dados colhidos no serviço, na forma estatutária, independentemente de inquérito administrativo. Essa exoneração não é penalidade, não é demissão; é simples dispensa do servidor, por não convir à Administração a sua permanência uma vez que se revelaram insatisfatórias as condições de seu trabalho na fase experimental, sabiamente instituída pela Constituição para os que almejam a estabilidade no serviço público” (Direito Administrativo Brasileiro, 20ª ed., Malheiros, 1995, pág. 378).

E continua:

“O que os tribunais têm sustentado — e com inteira razão — é que a exoneração na fase probatória não é arbitrária, nem imotivada. Deve basear-se em motivos e fatos reais que revelem inaptidão ou desídia do servidor em observação, defeitos esses apuráveis e comprováveis pelos meios administrativos consentâneos (ficha de ponto, anotações na folha de serviço, investigações regulares sobre a conduta no trabalho etc.) sem o formalismo de um processo disciplinar. O necessário é que a Administração justifique, com base em fatos reais, a exoneração, como, a final, sumoulo o STF, nestes termos: ‘Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade’ (Súmula 21). Deve-se observar, também, a exigência do contraditório e a oportunidade de defesa (...)” (idem, grifou-se).

Após, pontifica:

“Daí por que o servidor fica sujeito à exoneração durante o estágio pro-

batório, desde que se comprove administrativamente a sua incapacidade ou inadequação para o serviço público, e, superada essa fase, consolida-se a sua posição no serviço público, tornando-se não mais exonerável de ofício, porque, daí por diante, é estável” (idem, pág. 385).

Neste Órgão Fracionário já se fixou:

“Mandado de segurança — Servidor público em estágio probatório — Exoneração — Inaptidão para o cargo — Devido processo legal — Inobservância — Ordem confirmada.

‘Inegavelmente, antes de fluído o biênio estabilizador, tem a administração pública o direito de exonerar os servidores ainda em estágio probatório, desde que revelada, de forma incontestada, a inaptidão destes para os cargos que ocupam.

‘Contudo, essa inaptidão, desaconselhadora da estabilização, deve resultar apurada em procedimento avaliatório regular e válido, no qual se assegure ao servidor o direito da mais ampla defesa.

‘E, como procedimento avaliatório regular e válido, não se pode confundir uma única avaliação, pouco explícita acerca de seu conteúdo e realizada, de modo açodado, alguns meses antes de se encerrar o interregno experimental’ (Des. Trindade dos Santos)” (grifou-se) (ACMS n. 98.012407-7, de Pomerode, j. 17/11/98)

Ou ainda:

“Medida cautelar inominada — Demissão de servidor público em estágio probatório sem o devido processo legal — Súmulas 20 e 21 do STF — Li-

minar de reintegração na posse do cargo — Requisitos presentes — Agravo improvido.

‘É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso’ (Súmula 20 do STF).

‘Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade’ (Súmula 21 do STF).

‘Ipsa facto, inatendidas tais exigências para a demissão do funcionário público, mostra-se acertada a liminar ordenando seu imediato retorno ao cargo.’ (AI n. 97.005389-4, de Correia Pinto, j. 7/10/97).

Em outras Câmaras deste Tribunal o entendimento é no mesmo norte, veja-se:

“O servidor público, em estágio probatório, não tem garantia de permanência na função, mas não pode ser exonerado do cargo com inobservância do devido processo legal. A ausência de atributos ou de capacidade para o cargo há de ter apuração regular, não sendo indispensável o processo administrativo. Todavia, é necessário um procedimento mínimo que possibilite o contraditório. Súmula 21 do STF” (grifou-se) (ACMS n. 5.097, de Joaçaba, Des. Pedro Manoel Abreu, j. 29/11/94).

Com relação à invalidação das promoções por merecimento, cumpre ressaltar que realmente ela foi praticada após as exonerações, o que, *prima facie*, parece inconcebível dada sua manifesta inocuidade.

No entanto, com a concessão da ordem relativamente às exonera-

ções ilegais e o conseqüente retorno dos impetrantes, os efeitos concretos das portarias anulatórias das promoções são convalidados, impondo-se, destarte, uma apreciação adequada da questão.

A sentença não passou ao largo desse aspecto quando explicitou (fls. 771/772):

O impetrado, em suas informações, argumentou pela legalidade do ato administrativo em razão da impossibilidade de promoção/agregação e exoneração, no período anterior ao pleito eleitoral (três meses).

Nesse aspecto, dispõe a Legislação Eleitoral:

“Artigo 13, Lei n. 6.091/74 — São vedados e considerados nulos de pleno direito, não gerando obrigação de espécie alguma para pessoa jurídica interessada, nem qualquer direito para o beneficiário, os atos que, no período compreendido entre os noventa dias anteriores à data das eleições parlamentares e o término, respectivamente, do mandato do Governador do Estado, importem em nomear, contratar, designar, readaptar ou proceder a quaisquer outras formas de provimento de funcionário ou servidor na administração direta e nas autarquias, empresas públicas e sociedade de economia mista dos Estados e Municípios, salvo os cargos em comissão e da magistratura, do Ministério Público e com aprovação do respectivo Órgão Legislativo, dos Tribunais de Contas e os aprovados em concursos públicos homologados até a data da publicação desta Lei”.

Não obstante a referida Lei Eleitoral, as promoções por merecimento resultaram de atos administrativos re-

vestidos de formalidades legais, e já consumados. Para sua invalidação, mister prévio procedimento administrativo, de cunho contraditório.

Nesse aspecto, acolho em parte como razão de decidir, o parecer do ilustre representante ministerial, in expressis verbis:

“Assim, para a invalidação dos atos administrativos, como pretende o impetrado, faz-se necessário que sejam observados inúmeros procedimentos legais, com instauração de procedimento administrativo, onde se permita ampla defesa ao servidor público.

“Referida providência, no entanto, não foi tomada pela autoridade coatora, que preferiu, simplesmente, revogar as Portarias que concederam as promoções por merecimento.

“O sempre saudoso e festejado mestre Hely Lopes Meirelles, em sua obra ‘Direito Administrativo’, 20ª edição, Malheiros Editores, página 190, tecendo valiosos comentários acerca da anulação dos atos administrativos, ensina:

“A anulação dos atos administrativos pela própria Administração constitui a forma normal de invalidação de atividade ilegítima do Poder Público. Essa faculdade assenta no poder de autotutela do Estado. É uma justiça interna, exercida pelas autoridades administrativas em defesa da instituição e da legalidade de seus atos.

“Pacífica é, hoje, a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal, pode anulá-lo por seus próprios meios (STF, Súmula 473). Para a anulação do ato ilegal não se exigem formalidades especiais, nem há prazo determinado para a invalidação, salvo quando

norma legal o fixar expressamente. O essencial é que a autoridade que o invalidar demonstre, no devido processo legal, a nulidade com que foi praticado. Evidenciada a infração à lei, fica justificada a anulação administrativa” (grifei) (fls. 1.248).

Não se nega que a Administração pode e deve anular seus próprios atos quando praticados com violação a preceito legal.

A Súmula 473 do STF dispõe:

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

Contudo, essa possibilidade não pode ter a capacidade de suprimir o contraditório, afrontando direitos constitucionalmente garantidos.

É do Superior Tribunal de Justiça:

“Administrativo. Anulação de concurso público e demissão de servidores concursados sem o devido processo legal. Impossibilidade.

“O princípio de que a administração pode anular (ou revogar) os seus próprios atos, quando eivados de irregularidades, não inclui o desfazimento de situações constituídas com aparência de legalidade, sem observância do devido processo legal e ampla defesa.

“A desconstituição de ato de nomeação de servidor, provido mediante a realização de concurso público devidamente homologado pela autoridade competente, impõe a formalização de procedimento administrativo, em que

se assegure, ao funcionário demitido, o amplo direito de defesa.

“O concurso público não pode ser anulado com o conseqüente afastamento de servidores em estágio probatório, com evidente ofensa ao direito adquirido. Recurso ordinário provido. Decisão indiscrepante” (ROMS n. 257/MA, Min. Demócrito Reinaldo, j. 17/10/94).

Ou então:

“Administrativo — Anulação de ato administrativo — Servidores investidos em cargos públicos após concurso público. Temperamentos à Súmula 473 do STF.

‘A regra enunciada no verbete n. 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência.

‘É vedado ao Estado sob o pretexto de que houve irregularidades formais desconstituir unilateralmente a investidura de servidores nomeados mediante concurso público’” (RMS n. 407/MA, Min. Gomes de Barros, DJU n. 169, 2/9/91, pág. 11.787).

Ainda:

“O poder de a Administração Pública anular seus próprios atos não é absoluto, sob pena de malferir, como na hipótese, os princípios da ampla defesa e do devido processo legal. Por isso inválido de pleno direito o ato que

anula outro sem preceder ao processo administrativo exigido como condição para que o servidor estável possa perder o cargo” (RMS n. 928-0/MG, Min. Américo Luz, DJU n. 91, 17/5/93, pág. 9.311).

E finalmente, desta Corte de Justiça:

“Medida cautelar inominada — Demissão de servidor público estável sem o devido processo legal — Súmula 20 do STF — Agravo improvido.

“Transcorrido o prazo do estágio probatório, o servidor público civil nomeado, em razão de concurso público, para titularizar cargo de provimento efetivo, obtém a estabilidade, insculpida no art. 41 da Carta Magna, não podendo ser demitido sem que haja prévio processo administrativo assegurando-lhe a ampla defesa, a teor da Súmula 20 do STF, razão pela qual mostra-se acertada a liminar ordenando seu imediato retorno ao cargo” (AI n. 96.001510-8, de Lages, j. 4/6/96).

Logo, a decisão apelada está correta.

Nega-se, pois, provimento ao recurso e à remessa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Francisco Hoepers.

Florianópolis, 11 de maio de 1999.

Eder Graf,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.001647-1, DA CAPITAL**Relator: Des. Eder Graf**

Permissão de uso — Bem público — Ato discricionário — Limites.

A permissão de uso de bem público é ato precário e discricionário, passível de revogação pela Administração. Mas esta discricionariedade não é absoluta, devendo ater-se aos limites fixados na lei ou no regulamento pertinente.

Administração pública — Necessidade de observância do princípio da legalidade.

“Os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em quatro regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador: legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. Por esses padrões é que se hão de pautar todos os atos administrativos. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da validade da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública.

“(…)

“A legalidade, como princípio de administração (Const. Rep., art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso” (Hely Lopes Meirelles).

“Ato administrativo — Autoridade incompetente – Ilegalidade.

“O ato administrativo deve ser praticado por agente capaz, pessoa que tenha competência legal para expedir o ato.

“O brocardo de direito judiciário — nullus est major defectus quam defectus potestatis — também tem a sua aplicação em direito administrativo. A incompetência da autoridade torna o ato ilegal porque a autoridade que pratica um ato fora dos precisos termos da lei, quanto à sua competência, pratica um ato ilegal, suscetível de nulidade” (Themístocles Brandão Cavalcanti).

“Administração pública — Anulação dos atos administrativos.

“O poder de a Administração Pública anular seus próprios atos não é absoluto, sob pena de malferir, como na hipótese, os princípios da ampla defesa e do devido processo legal” (Min. Américo Luz).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.001647-1, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 2º Cartório), remetidos pelo MM. Juiz de Direito, em que é apelante o município de Florianópolis, sendo apelados Laércio Silva e Avany Leal de Meirelles:

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

Custas na forma da lei.

Laércio Silva e Avany Leal de Meirelles impetraram mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Prefeito Municipal de Florianópolis aduzindo que, mediante concessão de uso, estabeleceram-se comercialmente em dois boxes situados na Praça XV de Novembro, na Capital. Alegaram que a Prefeitura vem tentando revogar suas concessões de forma arbitrária e ilegal, e que os Decretos ns. 927 e 928/96 são irregulares, porquanto não foram observados os preceitos da Lei n. 3.667/91 e dos alvarás emitidos pelo impetrado.

A liminar foi concedida.

A autoridade impetrada prestou informações sustentando que os impetrantes tinham conhecimento dos interesses do Município em efetivar a de-

socupação de qualquer área pública considerada de uso comum. Aduziu que os Decretos foram elaborados com total observância das leis aplicáveis ao caso.

Ouvido o órgão do Ministério Público, que opinou pela denegação da ordem, concedeu-se a segurança.

Irresignado, o município de Florianópolis apelou afirmando que a Administração tem a faculdade de revogar a permissão de uso quando assim indicar o interesse público e que a desocupação visa a manter, proteger e valorizar o patrimônio cultural, nos termos da Constituição Federal. Salientou ainda que os impetrantes foram devidamente notificados, tendo o prazo da permissão de uso expirado em 1996.

Contra-arrazoado o recurso, o Ministério Público, em ambas as instâncias, manifestou-se pelo provimento do recurso e da remessa.

É o relatório.

Não resta a menor dúvida quanto à precariedade dos alvarás de licença concedidos aos apelados para explorar os quiosques situados na Praça XV de Novembro, da Capital, visto que além do uso da notação “em caráter provisório”, ainda se explicitou:

“II — A Prefeitura reserva-se o direito de, a qualquer momento, sempre que julgar necessário, determinar

aos proprietários, através de notificação, a retirada do comércio do local" (fls. 26 e 28).

A Lei Municipal n. 2.496, de 5/12/86 (que regula o comércio ambulante em Florianópolis), com a nova redação dada pela Lei n. 3.667/91, preceitua:

"Art. 3º — O Art. 20 da Lei n. 2.496 de 5/12/86 passa a ter a seguinte redação: Art. 20 — O Termo de Permissão de Uso previsto no § 4º do art. 15 da Lei Orgânica poderá ser revogado por motivo superveniente, considerando-se o interesse público devidamente justificado, através do decreto, mediante notificação prévia de 30 dias" (fls. 6).

Logo a retirada do local pressupõe prévia notificação.

Esse é o parâmetro a que se sujeita a discricionariedade da Administração, cuja obediência é inafastável.

A propósito, Hely Lopes Meireles ensina:

"A discricionariedade, como já vimos, traduz-se na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público. Neste particular, e desde que o ato de polícia administrativa se contenha nos limites legais e a autoridade se mantenha na faixa de opção que lhe é atribuída, a discricionariedade é legítima.

"Observe-se que o ato de polícia é, em princípio, discricionário, mas passará a ser vinculado se a norma legal que o rege estabelecer o modo e forma de sua realização. Neste caso, a

autoridade só poderá praticá-lo validamente atendendo a todas as exigências da lei ou regulamento pertinente.

"Ao conceituarmos o poder de polícia como faculdade discricionária não estamos reconhecendo à administração qualquer poder arbitrário. Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Discricionariedade é liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariedade é ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder. O ato discricionário, quando se atém aos critérios legais, é legítimo e válido; o ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido; nulo, portanto" (Direito Administrativo Brasileiro, 17ª ed., Malheiros, 1992, pág. 120).

Por seu turno, Diógenes Gasparini leciona:

"Discricionários são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento" (Direito Administrativo, 3ª ed., Saraiva, 1993, pág. 93).

E adita:

"Apesar disso, alerte-se que não há ato inteiramente discricionário, dado que todo ato administrativo está vinculado, amarrado à lei, pelo menos no que respeita ao fim (este sempre há de ser público) e à competência (o sujeito competente para praticá-lo é o indicado em Lei).

"Pode-se então definir a discricionariedade, ou a atribuição discricionária, como sendo a atuação da Administração Pública em que a lei lhe permite certa margem de liberdade para decidir diante de um caso concreto.

Por fim, diga-se que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Aquela é procedimento legal, não podendo, como ensina Seabra Fagundes, estar acima ou além da lei. Como toda e qualquer atividade administrativa, deve ser exercida com sujeição à lei (RDA, 14:52). Esta, a arbitrária, é atuação ilegal" (op. cit., pág. 93).

Já se fixou a respeito:

"Permissão de uso de bem público. Possibilidade de revogação unilateral do poder concedente. Agravo desprovido.

"Cuidando-se de permissão de uso de bem público pode o poder concedente discricionariamente revogar a outorga em que tal importe em lesão a direito do permissionário, pois a regra é a revogabilidade sem ônus para a administração. O ato revogatório deve ser idêntico ao do deferimento da permissão e atender às condições nele previstas (Hely Lopes Meirelles — Direito Administrativo Brasileiro, pág. 429)" (AI n. 6.005, de Balneário Camboriú, Des. Anselmo Cerello, j. 20/12/94).

Ou ainda:

"Reexame necessário — Mandado de segurança — Ato e contrato administrativo — Distinções — Concessão de uso de bem público — Alteração das condições ou revogação unilateral pela Administração Pública — Possibilidade — Imprescindibilidade, contudo, que o ato modificador ou revogador observe a forma e a hierarquia do ato modificável ou revogável — Princípio do paralelismo — Remessa improvida.

"A permissão de uso de bem público é ato discricionário e precário, sumariamente revogável, porém o ato re-

vogador há que observar a forma e a hierarquia do ato revogável" (ACMS, n. 4.900, de Blumenau, Des. Álvaro Wandelli, j. 1º/11/94).

Outro recente aresto é aplicável *mutatis mutandis*:

"Mandado de segurança — Interdição de estabelecimento pela Administração Pública — Discricionariedade desta que não é absoluta, devendo agir nos limites da lei — Segurança concedida — Recurso e remessa desprovidos.

"É certo que a Administração Pública dispõe do poder de polícia, o qual lhe atribui a faculdade de disciplinar e restringir, em favor do interesse público ou do próprio Estado, direitos e liberdades individuais.

"Entretanto, essa discricionariedade deve estar de acordo com a lei, bem como ser proporcional à infração cometida, não sendo admissível, como no caso, interdição de estabelecimento legalmente investido de licença de localização e licenciamento sem a oportunidade de qualquer defesa e processo administrativo" (ACMS n. 98.006266-7, de Palmitos, Des. Carlos Prudêncio, j. 20/10/98).

Aliás, o art. 37 da Carta Magna é expresso ao arrolar, dentre outros, o princípio da legalidade para pautar os atos da Administração Pública.

Mais uma vez oportuna a lição do administrativista Hely Lopes Meirelles, in verbis:

"Os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em quatro regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador: legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. Por

esses padrões é que se não de pautar todos os atos administrativos. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da validade da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais" (Direito Administrativo Brasileiro, 16ª ed., RT, 1991, págs. 77/78).

Acrescentando:

"A legalidade, como princípio de administração (Const. Rep., art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso" (op. cit., pág. 78).

Nesse sentido, Diógenes Gasparini ensina:

"O princípio da legalidade, resumido na proposição suporta a lei que fizeste, significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação" (Direito Administrativo, 5ª ed., Saraiva, 1995, pág. 6).

Apenas a latere, deve-se ressaltar que o ato administrativo deve ser motivado com base em elementos idôneos, capazes de justificar sua edição.

Nesse particular, Antônio Carlos de Araújo Cintra assevera:

"Como já demonstrado, a motivação deve conter todos os elementos idôneos a justificar a edição do ato administrativo a que se refere, seja no plano da legalidade, seja — tratando-se de ato discricionário — no plano da conveniência e oportunidade" (Motivo e Motivação do Ato Administrativo, RT, São Paulo, 1979, pág. 126).

E adita:

"A suficiência da motivação abrange a sua precisão, que importa em levar em conta as peculiaridades e circunstâncias do caso concreto, não se contentando com afirmações genéricas e vagas com meras repetições da linguagem da lei, com simples referência ao 'interesse público', à 'necessidade do serviço' etc." (op. cit., pág. 128).

Por sua vez, Hely Lopes Meireles esclarece:

"A motivação, portanto, deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda. Esses motivos afetam de tal maneira a eficácia do ato que sobre eles se edificou a denominada teoria dos motivos determinantes, delineada pelas decisões do Conselho de Estado da França e sistematizada por Jèze.

"Em conclusão, na forma apontada no cap. IV, com a Constituição de 1988 consagrado o princípio da moralidade e ampliando o do acesso ao Judiciário, a regra geral é a da obrigatoriedade da motivação, para que a atuação ética do administrador fique demonstrada pelo exposição dos motivos do ato e para garantir o próprio acesso ao judiciário" (Direito Adminis-

trativo Brasileiro, 20ª ed., Malheiros, pág. 181).

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz:

“(…) o que torna exigente a motivação quando não imposta explicitamente pela lei, é a necessidade de sua existência como meio para aferir-se a consonância do ato com as condições e finalidades normativas previstas para ele. A motivação é um instrumento de garantia dos administrados. Donde há de ser considerada indispensável nos casos em que a ausência de motivação contemporânea ao ato impeça ulterior certeza de que foi expedido segundo os exatos termos e requisitos da lei” (Ato Administrativo e Direitos Administrativos, RT, 1981, pág. 77).

Concluindo:

“Com efeito, sua falta (da motivação), tornará possível à Administração ‘fabricar’ um motivo, uma apreciação ou uma alegação que sirvam para ‘justificar’ serodidamente a providência que adotou, impedindo um exame seguro, certo, real, da lisura do ato” (op. cit., pág. 76).

Quanto à motivação, já se fixou *mutatis mutandis*:

“A motivação, por constituir garantia de legalidade, é, em regra, necessária, seja para os atos administrativos vinculados, seja para os atos discricionários, pois é por meio dela que se torna possível discernir sobre a existência e veracidade dos motivos e a adequação do objeto aos fins de interesse público impostos pela lei.

“O ato administrativo desmotivado obstaculiza o acesso do administrado aos elementos que possam embasar eventual insurgência contra o

ferimento de direitos, bem como inviabiliza a atuação do Judiciário tocantemente à investigação da legalidade do ato.

“De conseguinte, é nulo o ato administrativo de remoção de servidor público, vinculado ou discricionário, despido de motivação” (ACMS n. 97.006010-6, de Turvo, Des. Pedro Manoel Abreu, j. 9/10/97).

O alcaide editou decretos de revogação das permissões tácitas de uso; contudo, só houve a notificação pessoal dos impetrantes, concedendo-lhes o prazo de trinta dias, em 11/11/96 (fls. 62). Teoricamente, portanto, o trintídio só venceria em 11/12/96.

Ocorre que anteriormente, em 6/11/96, houve a impetração porque editados os Decretos ns. 287/96 e 290/96 (fls. 23) cujos efeitos concretos materializaram-se com as notificações supervenientes.

E, assim, o caráter aprioristicamente preventivo acabou-se transmutando em reparatório.

Ocorre que tais notificações, como se observa *ictu oculi*, não foram assinadas pela autoridade competente para conceder a licença, mas sim por fiscais da Susp.

É cediço que a competência do sujeito — autoridade administrativa — para realização do ato administrativo é requisito de validade.

Oportuno o escólio de Themístocles Brandão Cavalcanti, a saber:

“O ato administrativo deve ser praticado por agente capaz, pessoa que tenha competência legal para expedir o ato.

“O brocardo de direito judiciário — *nullus est major defectus quam defectus potestatis* — também tem a sua aplicação em direito administrativo. A incompetência da autoridade torna o ato ilegal porque a autoridade que pratica um ato fora dos precisos termos da lei, quanto à sua competência, pratica um ato ilegal, suscetível de nulidade” (Teoria dos Atos Administrativos, RT, SP, 1973, pág. 63).

Régis Fernandes de Oliveira consoa:

“Sujeito — é a pessoa que pratica o ato. Pode ele ser considerado simplesmente como qualquer pessoa física que faz parte da Administração e pratique qualquer ato. Pode ser considerado, também, como a pessoa a quem foram atribuídas determinadas quantidades de poder.

“(…)

“Na realidade, devemos entender o sujeito como alguém dotado de quantidade de poder que lhe foi atribuída pelo sistema normativo e possua competência para a prática do ato, além de dever ter capacidade específica para a realização de determinado ato.

“Sem a existência de um sujeito competente não se pode falar em ato administrativo válido. Se alguém incompetente pratica um ato, embora possa ele produzir efeitos, poderá vir a ser anulado, por vício de competência.

“(…)

“Em suma, necessária a existência de um sujeito para emissão do ato e que tenha ele competência, ou seja, o complexo de poderes funcionais conferido por lei a cada órgão ou cargo para o desempenho das atribui-

ções previstas no ordenamento” (Ato Administrativo, 3ª ed., RT, págs. 68/69).

Por último, mesmo que houvesse a ilegalidade na permissão tácita, porque ausente a licitação, e pretendesse a Municipalidade anular os atos administrativos, ainda assim vale recordar o enunciado da Súmula 473 do STF:

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

É do Superior Tribunal de Justiça:

“O princípio de que a administração pode anular (ou revogar) os seus próprios atos, quando eivados de irregularidades, não inclui o desfazimento de situações constituídas com aparência de legalidade, sem observância do devido processo legal e ampla defesa” (ROMS 257/MA, Min. Demócrito Reinaldo, j. 17/10/94).

Ou então:

“A regra enunciada no verbete n. 473 da Súmula do STF deve ser entendida com algum temperamento: no atual estágio do direito brasileiro, a Administração pode declarar a nulidade de seus próprios atos, desde que, além de ilegais, eles tenham causado lesão ao Estado, sejam insuscetíveis de convalidação e não tenham servido de fundamento a ato posterior praticado em outro plano de competência” (RMS n. 407/MA, Min. Gomes de Barros, DJU n. 169, 2/9/91, pág. 11.787).

Assim sendo, sob qualquer ângulo que se examine o writ, a ordem deveria mesmo ser concedida porque afrontado o direito líquido e certo dos postulantes.

Nega-se, pois, provimento ao recurso e à remessa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs.

Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 11 de maio de 1999.

Eder Graf,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.001645-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Newton Trisotto

Mandado de segurança — Taxa de licença de localização e funcionamento — Escritório de advogado — Constitucionalidade.

O escritório de advocacia não está isento da taxa de licença e localização (TLL). “Não se há confundir o munus público do advogado ao exercer a profissão com a fiscalização que o município exerce em estabelecimentos prestadores de serviço para fazer face às normas de higiene, saúde e segurança, porque esta não invade os limites profissionais do advogado a quem cumpre a fiscalização de sua atividade intelectual à OAB” (REsp. n. 2.220).

Limitando-se o impetrante a sustentar que a taxa de licença e localização é inconstitucional (ou ilegal), impõe-se a denegação da segurança (porque é constitucional); asseverando que não há prestação do serviço, deve ser extinto o processo, por carência de ação — salvo se apresentar prova pré-constituída da sua alegação —, posto que ao Município, no mandado de segurança, não será permitido produzir prova da ocorrência do fato gerador.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 99.001645-5, da comarca da Capital, em que é apelante Aracídio de Freitas Barbosa e apelado o município de Florianópolis:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Aracídio de Freitas Barbosa impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Olívio Rocha, DD. Diretor do Departamento de Tributos do município de Florianópolis.

O impetrante é advogado e insurge-se contra o lançamento da "taxa de licença para o exercício da advocacia". Sustenta que os escritórios de advocacia não se submetem aos serviços de fiscalização que constituem o fato gerador da taxa.

Apoiado em precedente desta Corte (MS n. 5.302, Des. Anselmo Cello), o Dr. Alexandre Rosa, depois de ouvir o impetrado e o representante do Parquet, denegou a segurança.

O vencido interpôs apelação, na qual insiste na tese da ilegalidade do lançamento.

O município de Florianópolis propugna a confirmação do decisum.

O Dr. Promotor de Justiça manifestou-se pela reforma da sentença; a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo.

II — Voto

1. Transcrevo voto, vencido, prolatado na ACMS n. 5.101, que trata a respeito da matéria que é objeto da controvérsia:

"Impende registrar, de início, que o impetrante foi notificado por não recolher a taxa de localização e funcionamento (TLF) e o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISQN) conformando-se com a cobrança deste e insurge-se apenas contra a exigência daquela.

"Reconheço que a respeito da matéria analisada ainda grassa forte controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

"Importante assinalar, ainda, que não se perquire se há ou não efetiva prestação do serviço público que deu origem à taxa, mas se os escritórios de advocacia estão ou não sujeitos à mesma.

"O r. acórdão filiou-se à corrente que sustenta ser indevida a cobrança de taxa de licença para localização e funcionamento porque o 'exercício da advocacia não tem nenhuma sujeição ou vinculação com o município, senão, e, exclusivamente, com a Ordem dos Advogados do Brasil' (JC 39/56).

"Data venia, parece-me que o poder de polícia não tem relação com a atividade do advogado, mas com as instalações de seu escritório, estas sujeitas à fiscalização pelo Município.

"Ao tratar do tema, anota Hely Lopes Meirelles:

'Além dos vários setores específicos que indicamos precedentemente, compete ao Município a polícia administrativa das atividades urbanas em geral, para a ordenação da vida da cidade. Esse policiamento se estende a todas as atividades e estabelecimentos urbanos, desde a sua localização até a instalação e funcionamento, não para o controle do exercício profissional e do rendimento econômico, alheios à alçada municipal, mas para a verificação da segurança e da higiene do recinto, bem como da própria localização do empreendimento (escritório, consultório, banco, casa comercial, indústria etc.) em relação aos usos permitidos nas normas de zoneamento da cidade'

(Direito Municipal Brasileiro, Malheiros Editores, 1990, 6ª ed., págs. 370/371).

“Esse entendimento também é sufragado pela jurisprudência, do que são exemplos os arestos cujas ementas passo a reproduzir:

‘Se o município exerce efetivamente o poder de polícia através de seus órgãos fiscalizadores, é legal a cobrança de taxa de licença de localização e funcionamento, com base no artigo 18, parágrafo 2º, da Constituição de 1969’ (RTJ 141/953; idem RTJ 137/882, 125/1.346 e 88/882).

‘Reconhecido no acórdão do tribunal de origem que o Município exercita o poder de polícia próprio, devido é o pagamento da taxa de licença de localização’ (REsp. n. 6.196, in ‘Ementário da Jurisprudência do STJ’, 4/36).

‘Não se há confundir o munus público do advogado ao exercer a profissão com a fiscalização que o município exerce em estabelecimentos prestadores de serviço para fazer face às normas de higiene, saúde e segurança, porque esta não invade os lindes profissionais do advogado a quem cumpre a fiscalização de sua atividade intelectual à OAB’ (REsp. n. 2.220, Adcoas n. 131.291).

“A colenda Primeira Câmara Civil deste Sodalício acolheu a tese em pelo menos duas oportunidades:

‘Ipsa facto, o exercício do poder de polícia do município (art. 78 do Código Tributário Nacional) não conflita com o encargo de seleção e disciplina exercido pela Ordem dos Advogados do Brasil, porque aquele tem pressuposto na ordenação urbanística, respeito a requisitos sanitários e outros relevantes aspectos’ (ACMS n. 3.396,

rel. Des. Francisco Oliveira Filho, vencido o eminente Des. João Martins).

‘A polícia administrativa das atividades urbanas, cuja competência é conferida ao município, se estende a todas as atividades e estabelecimentos urbanos (inclusive aos escritórios de advocacia), desde a sua instalação até seu funcionamento. Tal vigilância, contudo, não tem por escopo controlar o exercício profissional, v. g., dos causídicos (atribuição da Ordem dos Advogados do Brasil), mas velar pela adequada incidência das normas de zoneamento urbano’ (ACMS n. 3.615, rel. Des. Álvaro Wandelli).

“O egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, reconhecendo a divergência jurisprudencial, por maioria absoluta, fixou ‘tese no sentido da legalidade da exigência da taxa municipal de licença para localização, fiscalização e funcionamento de escritório de advocacia’ (Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo, Lex, 118/27).

“Conforme anotou o Ministro Nelson Jobim no Agravo de Instrumento n. 162.069-2, ‘O STF tem reconhecido a legalidade da taxa de fiscalização de localização, instalação e funcionamento e também a sua renovação anual (RREE 115.811; 120.391; 140.278 entre outros)’ (DJU n. 166, de 29/8/97, pág. 40.275).

‘Evidentemente, só é exigível se há efetiva prestação do serviço a ela correspondente:

‘Taxa de licença de localização e funcionamento — Renovação — Cobrança.

‘Ilegítima a exigência, pelo município da renovação de taxa para licença de localização e funcionamento

diante da ausência de contraprestação de serviços e de materialização do poder de polícia' (REsp. n. 14.017/SP, Min. Garcia Vieira, DJU 16/12/91, pág. 18.505).

"Por isso, ganham relevância os termos do pedido.

"Limitando-se o impetrante a sustentar que a taxa é inconstitucional, impõe-se a denegação da segurança (porque é constitucional); asseverando que não há prestação do serviço a ela correspondente, deve ser extinto o processo, por carência de ação, salvo se apresentar prova pré-constituída da sua alegação (porque ao Município, a quem cabe provar a existência do fato gerador da taxa, no mandado de segurança, não será permitido produzir prova).

"No caso sub judice, os impetrantes apenas alegam que é inconstitucional a taxa de renovação da licença; nada aludem à existência ou não do serviço. Destarte, não poderia ser deferida a segurança".

Ao exposto, acrescento que na petição inicial limitou-se o impetrante a afirmar que a taxa não é exigível dos escritórios de advocacia porquanto

não compete ao Município a fiscalização do exercício da profissão. No recurso aduziu que também é indevida por não haver "prestação efetiva do serviço colocado à disposição do contribuinte". A irrisignação, nesse aspecto, sequer pode ser conhecida, pois importaria em supressão de grau de jurisdição.

2. Pelas razões acima expostas, negaram provimento ao recurso.

III — Decisão

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

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Carlos Henrique Fernandes.

Florianópolis, 18 de maio de 1999.

Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Newton Trisotto,
Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.002444-7, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Napoleão Amarante

Execução. Embargos do devedor. Reforma da sentença. Anulação da execução com fundamento no art. 618, I, do Código de Processo Civil. Título executivo, representado por um complexo de documentos, sem os atributos da certeza, precisão e liquidez.

Documentos sem uniformidade de linguagem, com soluções que se contrapõem, não se prestam à instauração do processo de execução. Mais adequada para o desate dos pontos controvertidos é a via ordinária, com maior amplitude para o exame, inclusive, dos elementos, das cláusulas e dos valores considerados para a definição do valor real da dívida. Se à luz dos documentos produzidos pelas partes existem sérios desacertos, não há como esconder as apreensões sobre descritérios adotados para a ultimação dos quantitativos que deram suporte à renegociação. Temerário decidir somente com base no rigor formal dos instrumentos negociais diante da realidade presente, a demonstrar, em face da realidade passada, não muito distante, os novos tempos que fecundam, na área jurisprudencial, o estéril terreno da interpretação dos contratos bancários, para amainar o rigor individualista e literal das questões que vem sufocando e matando as perspectivas de incremento e oxigenação dos setores produtivos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.002444-7, da comarca de Criciúma, em que é apelante Paulo César Abdala

Leite, sendo apelado Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Julgados improcedentes os embargos opostos à execução promovida pelo Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A, Paulo Abdala Leite, um dos co-devedores, interpôs apelação, reiterando, em síntese, os mesmos argumentos, de forma e de fundo, ali aduzidos, e que se contrapõem aos fundamentos da sentença.

Pretende, agora, pela via recursal, sejam apreciadas três preliminares, uma prejudicial da outra, e que devem ser inscritas nesta ordem: 1º) a de nulidade do feito executivo, porque os documentos que instruem a execução não se prestam, por si só, ao conceito de título executivo extrajudicial, ou, se merecessem essa caracterização, estariam eivados de ineficácia porque produzidos mediante vício de vontade, uma vez que só veio a consentir na corresponsabilidade debitória, firmando o pacto de renegociação de operações de crédito, mediante a promessa enganosa de liberação, para as empresas devedoras das quais era sócio-gerente, de capital de giro; 2º) a de imprestabilidade da penhora por haver incidido sobre o único imóvel residencial do casal, com afronta à Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990; 3º) e, finalmente, se rejeitadas a prefaciais anteriores, a de nulidade parcial do processo, ante o cerceamento de de-

fesa porque não admitida a dilação probatória, indispensável para demonstrar o alegado vício de consentimento. No mérito, alega existir excesso de execução, diante da cobrança indevida de juros capitalizados, da cumulação ilegal da correção monetária com a comissão de permanência e, finalmente, da exigência de multa. Conclui, sobre esse tema, que a execução deve restringir-se ao principal, juros e correção monetária.

Rebatido o recurso, os autos ascenderam, após o preparo, a esta Superior Instância.

É o relatório.

II — Voto

Acolhe-se, pelos fundamentos a seguir delineados, a primeira preliminar, anulando a execução, porque o título executivo, um complexo de documentos, não se apresenta certo, líquido e preciso.

Formalizado o termo de renegociação de operações de crédito, a ostentar como valor devido a importância de R\$ 576.996,63 (quinhentos e setenta e seis mil, novecentos e noventa e seis reais e sessenta e três centavos), no dia seguinte, ou seja, em 1º de março de 1995, foi firmado um segundo aditamento para alterar o montante do débito, que passou para R\$ 588.296,63 (quinhentos e oitenta e oito mil, duzentos e noventa e seis reais e sessenta e três centavos), a teor da cláusula terceira, letra a (fls. 15 dos autos de execução), atualizável na forma da cláusula segunda, letra c e c.1 e parágrafo único do primeiro Termo Aditivo do Termo de Renegociação de Operações de Crédito.

A partir daí, foi montado o demonstrativo de cálculo da importância executada, da ordem de R\$ 727.771,49 (setecentos e vinte e sete mil, setecentos e setenta e um reais e quarenta e nove centavos).

O pacto original de renegociação e, bem assim, os aditivos posteriores foram firmados pelos devedores e por testemunhas. A apuração do valor efetivamente executado constitui documento produzido unilateralmente, cujo preâmbulo vem a conflitar-se com critério de atualização da dívida, porquanto, se, ali, na parte inicial, são apontados como encargos pactuados, a TR mais 1,00% (um por cento) ao mês e, ainda, como juros de mora mensais, essa mesma taxa, tais indicadores, entretanto, passaram a ser outros, para a composição do valor executado. Aqui, foram considerados, apenas, a comissão de permanência e os juros moratórios, sem qualquer esclarecimento a respeito.

Esses dois momentos do demonstrativo referido (fls. 24) não se ajustam, por sua vez, com o critério de atualização previsto na cláusula segunda, letra c e c.1, do primeiro Termo Aditivo ao Termo de Renegociação de Operações de Crédito (fls. 10/13), que é a TR (Taxa Referencial), mais juros de 1,00% (um por cento) ao mês.

Ora, se não há uniformidade de linguagem em documentos tão importantes, apesar de formalmente perfeitos, não se pode tê-los como prestantes à instauração de processo de execução. Melhor mesmo que a questão seja solvida, não pelo amor à forma mas por imperativo de justiça, na via ordinária, quando se poderá, com maior amplitude, examinar, inclusive, o

procedimento, os títulos e os valores considerados para definir a soma que veio a figurar nos instrumentos de negociação e renegociação já mencionados.

E é salutar construir essa solução, porquanto, se à luz de documentos produzidos pelas partes existem tamanhos desacertos, não há como esconder as apreensões sobre eventuais descritórios adotados na ultimização dos quantitativos que deram suporte à renegociação dos débitos contraídos pelos executados junto ao exequente.

Temerário decidir somente com base no rigor formal dos instrumentos negociais, diante da realidade presente, a demonstrar, em face da realidade passada, não muito distante, os novos tempos que fecundam, na área jurisprudencial, o estéril terreno da interpretação dos contratos bancários, para amainar o rigor individualista e literal das soluções que vinham sufocando e matando as perspectivas do desenvolvimento e do incremento da iniciativa empresarial e industrial, por não aprofundarem a análise e o julgamento de palpantes questões substantivas.

Daí por que é provido o recurso para, reformada a sentença, anular a execução, com apoio no art. 618, I, do Código de Processo Civil, invertidos os ônus da sucumbência.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Terceira Câmara Civil decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eder Graf e Silveira Lenzi.

Florianópolis, 16 de março de 1999.

*Napoleão Amarante,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.011719-4, DE JOAÇABA

Relator: Des. Napoleão Amarante

Execução. Débitos oriundos de cédula de crédito rural hipotecário e de contratos de abertura de crédito para estocagem de produção agrícola. Embargos do devedor. Preliminar de nulidade dos títulos porque emitidos para a substituição de outros da mesma natureza. Alegação de fraude à lei por desvio de finalidade. Argüição, ademais, de inconstitucionalidade da Taxa Referencial como fator de correção monetária nas dívidas próprias do setor agrícola, diante do art. 187 da Constituição Federal. Pretensão de mérito circunscrita à taxa de juros, a limitar-se em 12% ao ano; à abusividade da comissão de permanência; e à inaplicabilidade da multa moratória de 10% sobre o total do débito. Pedido acolhido parcialmente para afastar a aplicação da TR e a Comissão de Permanência, limitando os juros compensatórios e moratórios a 12% e a 1% ao ano, respectivamente.

Nulidade da execução. Títulos executados sem o requisito da exigibilidade. Direito subjetivo do devedor principal ao alongamento dos débitos, a teor do artigo 5º da Lei n. 9.138, de 29 de novembro de 1995. Desacolhimento, por maioria de votos, da prefacial, vencido o relator.

Nulidade da execução admitida, entretanto, diante da insuficiência de demonstrativo do débito.

*A declaração de nulidade da execução, por faltar ao título executivo extrajudicial o requisito da exigibilidade, pode ser emitido, judicialmente, em qualquer instância, por tratar-se de matéria de ordem pública, consoante doutrina e jurisprudência. O título, em outras palavras, como instrumento extrajudicial de suporte à executio-
nal se aperfeiçoa se, ao mesmo tempo, for líquido, certo e exigível. Faltando qualquer um desses requisitos torna-se imprestável ao feito executivo e, como decorrência do vício que o afeta, compete ao Magistrado ou ao Tribunal obstar, de pronto, o prosseguimento da*

execução, dando-a por nula, com apoio no artigo 618, I, do Código de Processo Civil.

Segundo votação unânime da Câmara, a execução ressen-te-se do vício da nulidade porque os títulos não se fizeram acompa-nhar do demonstrativo do débito, com o registro da evolução mensal dos acessórios pactuados, da taxa de juros demonstrada mês a mês e do índice de correção monetária.

Fundamento do voto vencido:

A inexigibilidade de contratos que tenham por objeto opera-ções de crédito rural de custeio, investimento ou comercialização decorre do direito subjetivo do mutuário ao alongamento dos res-pectivos débitos, ex vi do artigo 5º da Lei n. 9.138/95, que se ajusta, ademais, aos termos do artigo 187 da Constituição Federal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.011719-4, da comarca de Joaçaba (1ª Vara), em que são apelantes e apelados o Banco Itaú S/A, Oswaldo Deverling, Marilu Biscaro Deverling e Romualdo Nardi:

ACORDAM, em Terceira Câma-ra Civil, por maioria de votos, rejeitar a prejudicial de pré-executividade, venci-do o Des. Napoleão Amarante, e, por unanimidade, prover o recurso para anular a execução, a teor do art. 614, II, e 618, I, do CPC, julgando prejudicado o recurso adesivo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Nos embargos do devedor opostos à execução promovida pelo Banco Itaú S/A, com suporte em cédu-la rural hipotecária, vencida em 1º de novembro de 1995 (R\$ 150.000,00), e em dois contratos de abertura de cré-dito, com vencimento nessa mesma data

(R\$ 114.000,00 e R\$ 138.000,00), des-tinados, ambos, ao financiamento de estocagem de soja, a redundarem, os três títulos, numa dívida da ordem de R\$ 642.811,49 (seiscentos e quarenta e dois mil oitocentos e onze reais e qua-renta e nove centavos), a ser imple-mentada, ainda, por outros acréscimos, os executados Oswaldo Deverling, Romualdo Nardi e Marilu Biscaro Deverling, requereram, em preliminar, a nulidade da execução, com suporte no artigo 618, I, do Código de Processo Civil, porque as quantias ali discriminadas tiveram por finalidade quitar ou amortizar operações finance-iras anteriores, oriundas de títulos de natureza jurídica igual aos que apare-lharam a execução. Entendem carac-terizada, assim, fraude à lei, por desvio de finalidade. Por outra parte, em se-guida, argüem a inconstitucionalidade da Taxa Referencial, em financiamen-tos voltados para o setor primário, di-ante do artigo 187 da Constituição Fe-deral, pois a sua função é remunerar os bancos e a poupança, independentemente dos condicionamentos existen-

tes para o desenvolvimento da política agrícola.

No mérito, esclarecem que, mesmo reconhecendo a condição de devedores, não podem assentir com os valores apresentados, por crescerem estes “em ritmo de progressão geométrica, ao passo que o retorno de sua produção decresce a cada safra, em razão dos preços agrícolas aplicados, com riscos de desapropriação indireta das propriedades produtivas por incompatibilidade, na observação de Ives Gandra Martins, entre o custo superior do dinheiro, definido pelo governo, e o preço inferior da produção, também pelo governo sinalizado”. Concluem afirmando, com suporte na exegese desse conspícuo jurista, que “o indexador aplicável pelo governo aos preços mínimos de cada um dos produtos financiados, afastada a TR ou qualquer outro indexador que meça o custo do dinheiro no mercado financeiro ou mesmo inflação superior aos preços definidos pelo Poder Público, podendo somente ser admitida a TR como teto máximo, se os preços mínimos forem por ela corrigidos e apenas nesta hipótese”.

Num outro tópico, insurgem-se contra a cobrança da taxa de Comissão de Permanência que chega a ascender a 13,5% ao dia, segundo se infere dos quadros demonstrativos constantes da execucional. Salientam, nessa parte, que, a teor do Decreto-Lei n. 167/67, no caso de inadimplemento da obrigação, os encargos corresponderão aos juros moratórios de 1% (um por cento) ao ano e à multa de 10% (dez por cento) sobre o total do débito.

Arrematam pedindo, em termos de preliminar, a declaração de nulida-

de dos títulos executados, em razão do desvio de finalidade já apontado. Desacolhida essa prefacial, entendem inaplicável a TR na atualização do débito, sob pena de caracterizar-se excesso de execução. No mérito, querem a condenação do embargado na restituição dos valores debitados na conta corrente n. 09552-8, de Oswaldo Deverling, a título de IOF, em razão de contratação das operações que discriminam a exclusão de qualquer forma de correção monetária, com aplicação da variação do preço mínimo agrícola estabelecido para a soja, diante do princípio da compatibilização inscrito no artigo 187 da Constituição Federal, e a proibição da aplicação da taxa de Comissão de Permanência.

Refutadas as questões fundamentais suscitadas nos embargos e frustrada a tentativa de audiência de conciliação, o Magistrado sentenciando acolheu, em parte, o pedido para excluir dos encargos financeiros a Taxa Referencial (TR), limitados os juros em 12% ao ano, e, bem assim, afastar a Comissão de Permanência pelo inadimplemento, restando limitados os juros moratórios em 1% ao ano. E, diante da sucumbência recíproca, assim se direcionou: “as despesas processuais e honorários advocatícios serão compensados proporcionalmente, de acordo com o disposto no artigo 21 do Código de Processo Civil”.

O embargado recorreu tempestivamente. Contrapõe-se, em primeiro lugar, à parte do comando da sentença que entende inaplicável, no caso, a Taxa Referencial, aduzindo, em outros termos, que constitui forma de remuneração de operações e de serviços bancários e, na ausência de outros indexadores, constitui fator que melhor

acompanha as perdas ocasionadas pela inflação. E mais: em sede de crédito rural, inexistiu norma a proibir a livre negociação sobre a forma de cálculo da correção monetária. Argumenta ser exigível, ademais, a Comissão de Permanência, que é forma de remuneração dos serviços do estabelecimento creditício pela cobrança dos títulos descontados, caucionados ou em cobrança simples. Quer ver provido o recurso para a condenação dos embargantes nos valores decorrentes da aplicação da Taxa Referencial e Comissão de Permanência.

Os embargantes, por sua vez, recorreram na forma do artigo 500 do Codex Instrumental. Repisando em sua quase integralidade os argumentos produzidos nos embargos, culminam pedindo seja o embargado julgado carecedor da ação de execução por descaracterização dos títulos executivos; e, no mérito, querem a reforma da sentença apenas para ver admitida a aplicação da variação do preço mínimo agrícola estabelecido para a soja, mantido no mais o julgado de Primeiro Grau.

Ambos os recursos foram contra-arrazoados.

É o relatório.

II — Voto

Na sessão ordinária desta Câmara de 2/3/99, depois de dois adiamentos justificados, o embargante Oswaldo Deverling, pouco antes da sua instalação, compareceu com exceção de pré-executividade requerendo fosse acolhida ou conhecida de ofício, ao argumento de que os débitos executivos, nos termos da Lei n. 9.138,

de 29 de novembro de 1995, haviam sido securitizados e, via de consequência, estava o agente financeiro credor obrigado a proceder ao alongamento das dívidas representadas pelos títulos de crédito anteriormente discriminados.

Em última análise, busca-se por meio dessa derradeira manifestação a declaração de nulidade incidental da execucional, cujo mérito não pode deixar de ser apreciado, por tratar-se de matéria relevante, por inscrever-se em solução que atende aos objetivos da Constituição de 1988, conforme se infere do enunciado constante em seu art. 187.

Não resta dúvida que tema dessa natureza não pode deixar de ser analisado, em qualquer instância, mesmo no próprio contexto do processo de execução, independentemente de penhora, como se pode entrever do aresto da lavra do ilustre Des. Trindade dos Santos, assim ementado:

“Execução. Pedido incidental de nulidade da execucional. Desentranhamento da respectiva petição, com a sua autuação como embargos do devedor. Exceção de pré-executividade, entretanto. Desacerto da providência adotada. Decisão insubsistente. Agravo provido.

“A nulidade da execucional, embasada no não-aportamento aos autos dos títulos exequendos, bem como na ausência dos pressupostos de exequibilidade, constituindo-se em vício fundamental, é matéria de ordem pública, pelo que cumpre ao julgador declarar-lhe de ofício.

“Não emitida, porém, essa declaração, o executado pode proceder a arguição da nulidade por simples peti-

ção nos próprios autos de execução, sem que seja jurídico exigir-se-lhe, para tanto, o aforamento de embargos do devedor, ou condicioná-la à prévia efetivação de penhora.

“É o que se denomina de ‘exceção de pré-executividade’, exceção essa que, sem constituir-se propriamente em defesa do executado, é, antes de tudo, um instrumento de provocação do órgão jurisdicional, objetivando um pronunciamento a respeito dos requisitos da execução, instando-o, destarte, a analisar matérias que, devendo ser reconhecidas de ofício, não o foram, entretanto” (Agravo de Instrumento n. 96.004669-0, de Criciúma, julgado em 22/10/96, 1ª Câmara Civil).

No mesmo sentido preleciona Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

“1. Reconhecimento de nulidade. A nulidade do processo pode ser reconhecida ex officio, a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de arguição da parte, ou do oferecimento de embargos. A regularidade processual, o due process of law, é matéria de ordem pública que não escapa ao crivo do juiz.

“2. Proceder ex officio do juiz. As hipóteses elencadas neste artigo respeitam à inexistência de condição para a ação de execução (CPC 618 I e III) e de ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo (CPC 618 II), todas possíveis de serem reconhecidas de ofício, como se vislumbra do CPC 267 IV e VI combinado com o CPC 267 § 3º” (Código de Processo Civil, 2ª ed., 1996, RT, pág. 1.041).

Na espécie, o que está em consideração é, em última análise, o exa-

me e julgamento da nulidade da execução, por faltar aos aludidos títulos, ao que se infere dos autos, a sua pronta exigibilidade.

As condições que lhes dão executividade — certeza, liquidez e exigibilidade — não podem ser compreendidas senão em seu conjunto e concomitantemente. Vale dizer, a sua feição, como instrumento extrajudicial de suporte à execução, somente se aperfeiçoa se, ao mesmo tempo, for líquido, certo e exigível. Cuidando, conceitualmente, desses atributos, assim se pronuncia Alcides de Mendonça Lima:

“Certeza diz respeito à existência do crédito; a liquidez decorre de determinação de sua importância exata; a exigibilidade se refere ao tempo em o qual poderá o credor exigir o respectivo pagamento. É certo um crédito quando não é controvertida a sua existência (an); é líquido, quando é determinada a importância da prestação (quantum); é exigível, quando seu pagamento não depende de termo ou condição, nem está sujeito a outras limitações” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VI, tomo II, São Paulo, Forense, 1974, 1ª ed., pág. 406).

Rechaçada a nulidade da execução pelos fundamentos que serão aduzidos, a final, veio ela a ser declarada porque os títulos executados não vieram acompanhados de demonstrativos de débito, como exige o artigo 614, II, do Código de Processo Civil, os quais deveriam registrar, sob pena de nulidade, consoante acórdão da lavra do eminente Des. Trindade dos Santos, “a evolução mensal dos acessórios pactuados, a taxa de juros, demonstrada mês a mês, ou pro rata dias base e o ín-

dice de correção monetária atualizado. Não basta, para os efeitos legais, que o credor aponte apenas o montante global dos juros e da correção monetária, impondo-se-lhe que demonstre, de forma satisfatória, como foram alcançados os valores pretendidos" (TJSC, Ap. Cív. n. 98.007325-1, de Coronel Freitas).

E nesse mesmo sentido é a diretriz constante de aresto da lavra do Des. Nelson Schaefer Martins, assim ementado:

"Processual civil. Embargos. Cédula de crédito industrial. Demonstrativo incompleto. CPC, arts. 604 e 614, inc. II. Nulidade da execução. Honorários advocatícios. Recurso parcialmente provido.

"As normas dos arts. 604 e 614, inc. II, do CPC, complementam-se de modo que não basta que o credor apresente demonstrativo sumário, mas deve explicitar os elementos e critérios empregados, pois a memória discriminada serve para que o devedor controle a exatidão da quantia executada.

"Se o exequente apresenta petição incompleta (e o demonstrativo a integra), cumpre ao juiz determinar a sua correção em dez dias a teor do disposto no art. 616 do estatuto processual. Todavia, se isso não foi determinado pelo Juízo de Primeiro Grau, desde que a questão é argüida em embargos, não se torna mais possível ao credor emendar a inicial da execução.

"No caso concreto, para que o contrato de cédula de crédito industrial seja considerado título executivo, é necessário que o demonstrativo contenha a indicação discriminada dos valores correspondentes a todo o período, desde a data de sua celebração até

o ajuizamento da causa, com as conversões da moeda e aplicação dos índices de atualização monetária contratados ou legais" (Apelação Cível n. 97.000806-6, de Ponte Serrada).

Na espécie, os demonstrativos de débito não ostentam esses requisitos, fazendo com que os títulos não se prestem à execução. E deles não transparece a evolução mensal da correção monetária e dos juros, a fim de que possam o mutuário e o Magistrado compreender e avaliar, com segurança, os valores pretendidos. Se os índices indicados no contrato fossem suficientes, desnecessária seria a exigência já consagrada nos julgados dos tribunais, como deixa acentuado o Des. Nilton Macedo Machado:

"O demonstrativo do débito atualizado, a partir da vigência da Lei n. 8.953, de 13/12/94, sendo documento indispensável à propositura da execução, sob pena de indeferimento da inicial, deverá conter todos os elementos que permitam ao executado conhecer o método de cálculo, os índices utilizados, as capitalizações lançadas e o resultado final" (Apelação Cível n. 96.005918-0, de Santo Amaro da Imperatriz).

Assim, nula a execução, deve o embargado ser condenado no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da execução, devidamente atualizado.

III — Voto vencido proferido pelo Des. Napoleão Amarante, entendendo nula a execução, diante do direito à securitização do débito executado

No caso em apreço, se o crédito existe, com importância cujo montante final pode ser especificado com preci-

são, falta-lhe, todavia, para prestar-se à execução, no plano do direito vigente, a exigibilidade. E, sendo assim, a execução é nula de pleno direito, conforme têm proclamado a doutrina e a jurisprudência. Os títulos que suportam o pedido de pagamento da importância de R\$ 642.411,49 (seiscentos e quarenta e dois mil, quatrocentos e onze reais e quarenta e nove centavos), com os acréscimos solicitados, vinculados ao crédito rural, enquadram-se, ao menos em parte, na dicção do art. 5º da Lei n. 9.138, de 29 de novembro de 1995, e, por isso mesmo, conferem ao devedor principal o direito subjetivo ao alongamento dos débitos correspondentes.

Aliás, essa tem sido a interpretação do egrégio Superior Tribunal de Justiça que vem sendo confirmada por sucessivas decisões, no tocante ao direito gerado em favor do tomador de crédito rural, cumprindo destacar acórdão da lavra do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, assim ementado:

“Direito econômico. Dívida agrária. Securitização. Lei n. 9.138/95. Alongamento da dívida. Direito subjetivo do devedor. Conseqüente inexigibilidade do título executivo. Doutrina. Recurso provido.

“I. A securitização da dívida agrícola prevista na Lei n. 9.138/95 consubstancia direito subjetivo do devedor. Com vistas a implementar a política agrícola de caráter protetivo e de incentivo definida no art. 187, I, da Constituição, o Governo Federal autorizou ao Tesouro Nacional a emissão de títulos que perfizessem sete bilhões de reais. Não haveria, dessa forma, como fugir à determinação contida na Lei

n. 9.138/95, que regula o programa de crédito rural, para refinanciamento da dívida dos produtores que, por circunstâncias alheias à sua vontade, não estavam em dia com suas obrigações junto às instituições financeiras.

“II. O não-emprego do dinheiro público para o fim destinado e a falta de implementação de uma política agrícola de desenvolvimento do setor rural descumprem o ordenamento jurídico vigente, que teve grande preocupação com o setor de política agrícola” (REsp. n. 166.592 (98/016-498-7—MG).

Posteriormente ao julgado referido, a Quarta Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça passou a perfilhar esse mesmo entendimento, segundo revela o acórdão da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, assim ementado:

“Securitização. Crédito rural. Obrigatoriedade.

“A Lei n. 9.138/95 atribui um direito ao devedor de obter o alongamento da dívida, preenchidos os requisitos legais. Precedentes. Recurso não conhecido” (REsp. n. 167.541—GO).

E do corpo do respeitável aresto transcreve-se, por claro e elucidativo, este tópico, com que é inaugurado o respectivo voto:

“O tema tem sido examinado nesta Turma, onde reiteradamente se tem decidido que o disposto na Lei n. 9.138/95, relativamente à securitização da dívida rural, garantiu ao devedor que atende aos requisitos ali estipulados o direito de obter do credor o alongamento da obrigação, uma vez que a norma legal referida não veio trazer uma simples autorização ao credor, mas sim conceder um direito ao devedor”.

Diante do que restou exposto, impende, agora, examinar se, para o devedor, estão preenchidas as condições que lhe conferem o direito subjetivo à securitização dos débitos oriundos da cédula de crédito rural e dos dois contratos já especificados. Ou melhor, se estão enquadradas as suas dívidas nos limites dos arts. 5º e 6º da Lei n. 9.138, de 29 de novembro de 1995, que assim preceitua:

“Art. 5º. São as instituições e os agentes financeiros do Sistema Nacional de Crédito Rural, instituído pela Lei n. 4.829, de 5 de novembro de 1965, autorizados a proceder ao alongamento de dívidas originárias de crédito rural, contraídas por produtores rurais, suas associações, cooperativas e condomínios, inclusive as já renegociadas, relativas às seguintes operações, realizadas até 20 de junho de 1995:

“I — de crédito rural de custeio, investimento ou comercialização, excetuados os empréstimos do Governo Federal com opção de venda (EGF/COV);

“ ...

“§ 2º. Nas operações de alongamento referidas no caput, o saldo devedor será apurado segundo as normas fixadas pelo Conselho Monetário Nacional.

“§ 3º. Serão objeto do alongamento a que se refere o caput as operações contratadas por produtores rurais, suas associações, condomínios e cooperativas de produtores rurais, inclusive as de crédito rural, comprovadamente destinadas à condução de atividades produtivas, lastreadas com recursos de qualquer fonte, observado como limite máximo, para cada emittente do instrumento de crédito identifi-

cado pelo respectivo Cadastro de Pessoa Física — CPF ou Cadastro Geral do Contribuinte — CGC, o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), observado, no caso de associações, condomínios e cooperativas, o seguinte:

“I — as operações que tenham ‘cédulas-filhas’ serão enquadradas na regra geral;

“II — as operações originárias de crédito rural sem identificação do tomador final serão enquadradas, observando-se, para cada associação ou cooperativa, o valor obtido pela multiplicação do valor médio refinanciável de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) pelo número de associados ativos da respectiva unidade;

“III — nos condomínios e parcerias entre produtores rurais, adotar-se-á um limite máximo de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para cada participante, excetuando-se cônjuges, identificado pelo respectivo CPF ou CGC.

“ ...

“§ 6º. Os saldos devedores apurados, que não se enquadrem no limite de alongamento estabelecido no § 3º, terão alongada a parcela compreendida naquele limite segundo as condições estabelecidas no § 5º, enquanto a parcela excedente será objeto de renegociação entre as partes, segundo as normas fixadas pelo Conselho Monetário Nacional.

“ ...

“§ 10. As operações de alongamento de que trata este artigo poderão ser formalizadas através da emissão de cédula de crédito rural, disciplinada pelo Decreto-Lei n. 167, de 14 de fevereiro de 1967.

“§ 11. O agente financeiro apresentará ao mutuário extrato consolidado de sua conta gráfica, com a respectiva memória de cálculo, de forma a demonstrar discriminadamente os parâmetros utilizados para a apuração do saldo devedor.

“Art. 6º. É o Tesouro Nacional autorizado a emitir títulos até o montante de R\$ 7.000.000.000,00 (sete bilhões de reais) para garantir as operações de alongamento dos saldos consolidados de dívidas de que trata o art. 5º”.

Pelo que preceitua o art. 5º, o deferimento do alongamento ali referido requer que as dívidas (ou dívida) de crédito rural, inclusive as já renegociadas: a) sejam oriundas das operações discriminadas nos incisos I a IV do mesmo artigo; b) tenham sido contraídas por produtores rurais, suas associações, cooperativas e condomínios; c) provenham de operações (art. 5º, I a IV) aperfeiçoadas “até 20 de junho de 1995”.

Ora, na hipótese, o devedor principal preenche essas condições, porquanto, além de ser produtor rural, as dívidas decorrem de crédito rural de custeio e comercialização, nos termos do art. 5º da Lei n. 9.138/95, e as operações que se enquadram nesse inciso são anteriores a 1995.

Pode haver dívida em valor superior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), mas tal fato não desconstitui o direito subjetivo aqui referido, diante do disposto no § 6º, que permite o alongamento e, pelo excesso, a renegociação entre creditor e creditado.

Assim, por configurado o direito subjetivo do devedor ao alongamento de seu débito, nula é a execução por

inexistência de títulos executivos extrajudiciais, já que a eles está faltando, em razão de direito criado por lei, o requisito da exigibilidade.

Registre-se que o pedido de alongamento dos débitos existe, como está demonstrado nos autos, tendo havido, inclusive, a apresentação, por parte do apelado, do extrato consolidado de sua conta gráfica, com a respectiva memória de cálculo.

Enquanto não se tiver uma definição administrativa ou judicial definitiva sobre o pedido de alongamento aqui referido, com possibilidade de serem discutidos os lançamentos, para expungirem-se deles os valores abusivos ou ilegais, a cédula de crédito rural hipotecária e os contratos de abertura de crédito não constituem instrumentos prestáveis ao processo de execução.

A propósito desse tema exatidão jurídica do extrato consolidado da dívida do mutuário, convém destacar as colocações de Lutero de Paiva Pereira que, com percuciência, o insere na área da securitização, *in litteris*:

“Juridicamente falando, grande parte daqueles que buscaram na securitização a saída para o caos agravaram sua situação.

“Muitos pontos podem ser trazidos à consideração para demonstrar o desvirtuamento do processo, sendo suficiente destacar alguns deles, posto que os mais importantes. O primeiro deles está na própria obtenção do saldo devedor composto, já que grande parte dos números confessados como devidos pelo produtor rural são ilegais. A ilegalidade se faz presente, por exemplo, no fato de os financiadores haverem praticado juros nas cédulas

rurais em taxas não fixadas pelo Conselho Monetário Nacional, o que a Lei do crédito rural não permite. Pela Lei n. 9.138/95 os bancos ficaram obrigados a entregar ao devedor uma planilha e memória de cálculo, com o histórico de toda a dívida. Sabidamente os produtores não tiveram acesso a este documento, inibindo-lhes a oportunidade de indagar dos valores apresentados para negociação. A verificação dessa planilha provará os limites extremos da ilegalidade do saldo devedor apresentado para securitização. O segundo ponto é que nos chamados contratos de 'mata-mata', onde o financiamento posterior teve como única finalidade quitar o anterior, a teor do que dispõe a Lei n. 9.138/95, o cálculo para fins de securitização deveria retroceder ao contrato primitivo, ou seja, ao financiamento original que desencadeou todo o volume da dívida. No entanto, é de conhecimento público que os financiadores assim não o fizeram, conquanto se limitaram a atualizar a dívida a partir do contrato vigente à época da própria securitização. Sem a menor dúvida, tendo assim procedido, os mutuantes acabaram levando os mutuários a assinar novas cédulas com valores devidos, o que não pode prevalecer. O terceiro ponto está ligado à prática da capitalização dos juros que, a despeito de ser legalmente vedada, os credores chegaram ao absurdo de cobrar juros capitalizados não só mensalmente mas, para espanto geral, até mesmo diariamente. Sem o menor esforço, sabe-se que isso multiplica assustadoramente o débito em curto período de tempo. Num período de estabilização econômica nenhuma atividade lícita comporta prática dessa natureza. O quarto ponto reside na questão das ta-

xas de juros moratórios aplicadas pelos bancos. Observando a Lei que rege o crédito rural fica certo que após o vencimento da dívida a taxa moratória se limita ao índice de 1% ao ano e nada mais. No entanto, os bancos debitaram na conta do financiamento valores obtidos com a incidência de taxas de comissão de permanência ou mesmo taxa ANBID, securitizando e alongando dívidas incorporadas de quantias não permitidas pela Lei.

"Por derradeiro, seria importante destacar que o setor ainda vem arrastando a questão doentia gerada pelo Plano Collor, que impôs ao produtor rural uma dívida totalmente ilegal e imoral, eis que, se observados os preceitos da resolução do Conselho Monetário que instituiu a caderneta de poupança rural como fonte de recursos para subsidiar os financiamentos agrícolas, fica certo que o índice de correção monetária de março de 1990 a ser aplicado no mútuo rural não pode ser diferente de zero.

"Se não bastasse tudo isso, o que dizer então que os bancos acabaram comprometendo mais ainda o patrimônio do produtor rural, incorporando novas garantias às cédulas rurais para a formalização da renegociação, o que estava proibido pela lei.

"Diante de tais questões tão graves que pendem sobre o setor agrícola, aí envolvidos produtores rurais pessoas físicas, jurídicas e cooperativas, não se pode esperar outra reação senão aquela que hoje se sente aos quatro cantos do País. Afinal, passado o efeito 'anestésico', o 'paciente' se vê obrigado a se encaminhar para o Judiciário, com o objetivo de alcançar a solução de que tanto necessita"

(www.virtualpro.com.br/luteropp/artigos.html).

Em resumo, é preciso que as partes se encaminhem para a solução administrativa ou judicial acerca do alongamento das dívidas executadas, mormente quando existe a manifestação do mutuário, a demonstrar que pretende fazer valer o direito subjetivo que promana da lei que dispõe sobre a securitização de débitos de crédito rural.

IV — Decisão

A Terceira Câmara Civil decidiu, por maioria de votos, rejeitar a prejudi-

cial de pré-executividade, e, por unanimidade, prover o recurso para anular a execução, a teor do art. 614, II, e 618, I, do CPC, julgando prejudicado o recurso adesivo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eder Graf e Silveira Lenzi. Vencido o Relator, quanto à prejudicial de pré-executividade.

Florianópolis, 30 de março de 1999.

Napoleão Amarante,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.016174-6, DE RIO NEGRINHO

Relator: Des. Napoleão Amarante

Apelação cível. Execução. Contrato de abertura de crédito em conta corrente devidamente instruído com o demonstrativo de débito. Extratos bancários, ademais, que cobrem o lapso temporal compreendido entre a celebração do contrato e o ajuizamento da execução. Configuração do título executivo extrajudicial. Recurso provido.

I — Relatório

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.016174-6, da comarca de Rio Negrinho, em que é apelante o Banco Meridional do Brasil S/A e apelada Star Pinus Indústria e Comércio de Móveis Ltda.:

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

Custas na forma da lei.

Promovida execução pelo Banco do Estado de Santa Catarina S/A, para a cobrança de Cr\$ 1.117.650.955,65 (um bilhão, cento e dezessete milhões, seiscentos e cinquenta mil e novecentos e cinquenta e cinco cruzeiros e sessenta e cinco centavos), com base em contrato de abertura de crédito em conta corrente, a ser acrescido de outros valores enunciados na exordial, a executada, Star Pinus Indústria e Comércio de Móveis Ltda., opôs embargos do devedor, ar-

güindo carência da execução, já que o saldo devedor, vinculado ao título executivo, dimana de extratos bancários produzidos de forma unilateral pela instituição bancária.

Adveio, em seguida, sentença que, ao declarar que o contrato de abertura de crédito em conta corrente não constitui título executivo extrajudicial, por não consubstanciar obrigação de pagar quantia determinada, julgou parcialmente procedentes os embargos, para o prosseguimento da execução somente no montante da nota promissória.

O vencido interpôs recurso próprio e tempestivo, propugnando pela reforma da prestação jurisdicional, porquanto, na espécie, o contrato em conta corrente com os respectivos extratos prestam-se à execução.

Rebatida a apelação, os autos foram encaminhados a este Tribunal.

É o relatório.

II — Voto

Esta Câmara tem decidido reiteradamente, com base inclusive em precedentes do STF e STJ, que o contrato de abertura de crédito em conta corrente, quando acompanhado de demonstrativo de débito e dos respectivos extratos de sua movimentação, constitui título executivo extrajudicial.

Esses extratos devem ser elaborados de forma clara e pormenorizada, com o emprego das rubricas adequadas e de molde a abranger todo o período transcorrido entre a data do contrato e a do ajuizamento da execução, para possibilitar a aferição de sua exata correspondência com o que foi pactuado.

Nesse sentido:

“Processo civil — Execução — Contrato de abertura de crédito rotativo acompanhado dos extratos de movimentação da conta corrente — Título executivo extrajudicial — Carência afastada.

“O contrato de abertura de crédito rotativo, sempre que acompanhado dos extratos de movimentação da conta corrente no período compreendido entre a data de sua celebração e a do ajuizamento da execução, de modo a possibilitar ao embargante o questionamento dos lançamentos desde a origem do débito, constitui título executivo extrajudicial” (Ap. Cív. n. 96.010391-0, de Taió, rel. Des. Eder Graf, in DJE de 17/2/97).

Na espécie, os extratos de movimentação da conta corrente cobrem o período compreendido entre o termo inicial da abertura de crédito e o ajuizamento da ação.

No mais, a execução vem instruída com o demonstrativo de débito, tal como exige o art. 614, II, do Código de Processo Civil.

Sendo assim, não há como afastar o credor do processo executivo que, na hipótese, constitui instrumento processual adequado para a cobrança da dívida representada pelos documentos acima indicados.

Daí por que é provido o recurso, condenando-se o embargante, ainda, no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor executado.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Terceira Câmara Civil decidiu, por vo-

tação unânime, dar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eder Graf e Silveira Lenzi.

Florianópolis, 24 de março de 1999.

Napoleão Amarante,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.001303-8, DE ARARANGUÁ

Relator: Des. João José Schaefer

— *Seguro.*

— *À seguradora, nos termos do art. 333, II, do CPC, cumpre produzir prova de fato extintivo do direito do autor. Se o veículo sinistrado não corresponde ao segurado, prova em tal sentido haveria de ser feita pela seguradora.*

— *Não são suficientes para tal fim quer a divergência de uma letra — de Z para E — entre os 17 dígitos do número do chassi, de resto absolutamente coincidentes e na mesma ordem, tanto no certificado de registro (e no boletim de ocorrência) como na apólice do seguro, quer quanto ao número do licenciamento, porque o constante do boletim de acidente corresponde a licenciamento neste Estado e, o da apólice, da licença obtida no Estado do Paraná.*

— *O acidente ocorreu por haver o condutor, em face de buracos na pista de rolamento, perdido a direção, o que, conforme conceitos doutrinários, não traduz culpa grave ou dolo, que excluem a cobertura.*

— *Valor da indenização insuscetível de reparo se observado o menor orçamento apresentado, de resto, de concessionária autorizada e respeitado o limite da apólice.*

— *Apelo desprovido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.001303-8, da comarca de Araranguá (1ª Vara), em que é apelante Sul América Bandeirantes Seguros S/A, sendo apelados Rogério Mattos Cândido e outros:

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

Custas de lei.

Sentença da lavra do Dr. Júlio César M. Ferreira de Melo, Juiz de Direito da comarca de Araranguá, julgo

precedente pedido formulado por Rogério Mattos Cândido e Murialdo de Souza Pereira em ação de indenização promovida contra Sul América Bandeirantes Seguros S/A, para condenar a ré a pagar aos autores a quantia de Cr\$ 226.796.668,18 (respeitado o limite da apólice), acrescida de juros legais da citação e correção monetária a partir da data do orçamento.

Foi a ré condenada, ainda, nas custas e honorários de advogado dos autores, em 20% sobre o valor da condenação.

Assim decidiu por entender que o veículo sinistrado é o mesmo descrito na apólice, eis que houve transferência de emplacamento do Estado do Paraná para Araranguá, havendo apenas troca de uma única letra, "Z" pelo "E" na numeração constante de 17 dígitos. Por outro lado, deixou a seguradora de juntar aos autos declaração do Detran confirmando a existência de outro veículo com as mesmas características e chassi praticamente idêntico.

Quanto à alegada culpa grave, compete à seguradora produzir a prova, e não aos autores. Denota-se dos autos que o local onde ocorreu efetivamente o sinistro achava-se em péssimo estado de conservação. Quando muito, poderia ter havido culpa, mas jamais na modalidade sustentada pela ré. Irrelevante, de resto, a intensidade da culpa, se é que a teve, grave ou gravíssima: o seguro será sempre exigível, salvo prova incontestada de dolo do segurado.

No que tange aos orçamentos, vale o de menor valor, ausente alegação de inidoneidade da oficina que o emitiu.

Os autores comunicaram a ocorrência do sinistro em forma regular, não se justificando a recusa do pagamento da indenização.

Na lição de Orlando Gomes "com a verificação do evento a que está condicionada a execução do dever do segurador, ele pagará a indenização se o dano atingir a pessoa ou os bens do segurado".

Invoca a sentença a opinião doutrinária de Maria Helena Diniz, Miguel Reale, João Luiz Alves e W. de Barros Monteiro, bem como, entre outros precedentes, acórdãos desta Corte nas Ap. Cív. ns. 97.005020-8 e 46.786, relatores, respectivamente, o Des. Francisco Borges e o Des. Pedro Manoel Abreu, de que ausente prova de má-fé do segurado, deve o seguro ser pago, observado, ademais, o valor da apólice.

Inconformada, apelou a ré, dizendo que o veículo acobertado pela apólice é outro que não o envolvido no acidente, sendo a placa do segurado "OA 2472—PR" e a do acidentado "OA 3772"; não trazendo os segurados prova da transferência do veículo para Araranguá, ônus que era seu, a teor do art. 333, I, do CPC.

De outro lado, o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva do motorista do veículo que, dirigindo em alta velocidade, acabou por perder a direção deste, colidindo contra as árvores existentes no percurso, causando os danos materiais de grande monta reclamados.

Deve, de outro lado, prevalecer o valor de mercado do caminhão e não o dos orçamentos, sob pena de premiar-se o enriquecimento sem causa.

Em tal sentido decisão da 3ª e 1ª Câmaras Cíveis do TJPR, em 26/4/88 e 24/4/90, respectivamente, devendo-se descontar do valor do veículo a correspondente sucata (RT 692/95).

Nas contra-razões dizem os apelados tratar-se inquestionavelmente o sinistrado do veículo objeto do seguro, cuidando-se, ademais, de responsabilidade objetiva, tendo TJRS em acórdão constante dos “julgados” ns. 68/304 assentado que “A simulação, o dolo, a fraude, ou qualquer ato de má-fé, que leve à anulação do ato jurídico ou exoneração de obrigação contratual regularmente assumida, há que ser cumpridamente provada”.

Não trouxe a apelante aos autos elementos capazes de infirmar o valor constante dos orçamentos.

É o relatório.

O veículo segurado é um caminhão Scânia Vabis T 112 H, modelo 1982, chassi 9BSTH4X2E03212711, placa “DA 2472 PR” (fls. 7).

O sinistrado, um caminhão da mesma marca e modelo, chassi 9BSTH4X2Z3212711, placa “OA 3772 SC”.

A diferença, relativamente ao chassi é do nono dígito da apólice, constando a letra E após os dígitos 4X2 e antes dos dígitos 032 e do boletim de acidente constando a letra Z entre os mesmos dígitos.

O número constante do Boletim corresponde ao do Certificado de Registro emitido em 9/3/92, oito meses antes do sinistro, levando, a rigorosa coincidência entre os demais 16 dígitos do chassi, à convicção de que hou-

ve equívoco, possivelmente na emissão da apólice.

À ré, contudo, é que cumpria produzir prova cabal de fato extintivo do direito dos autores, à luz do disposto no art. 333, II, o que ela não fez.

O mesmo princípio vigora relativamente à licença do veículo, que constou da apólice como sendo a de n. DA 2472—PR, enquanto que a do Boletim de Acidente, a mesma do Certificado de Registro emitido em 9/3/92, é a de n. OA 3772, a mesma, aliás, constante da fotografia trazida aos autos pela ré, à esquerda, parte superior, a fls. 37.

A cláusula 13 da apólice isenta a seguradora da obrigação de cobertura se o sinistro for devido a culpa grave ou dolo do segurado.

Ocorre que o Boletim de Acidente refere que “segundo declarações do condutor e do passageiro, ao tentar desviar de buracos existentes na pista de rolamento, o condutor perdeu o controle do veículo, saindo da pista, derramando parte da carga na rodovia”, não se podendo, de tal narrativa, concluir pela existência de culpa grave ou dolo.

Para Carvalho Santos, “culpa lata, ou grave, que é a que se aproxima do dolo, é aquela que não é cometida nem sequer por um homem desleixado e duma inteligência medíocre; culpa leve é aquela que pode ser evitada por um homem de inteligência média, por um bom pai de família ou bom administrador; culpa levíssima, finalmente, é aquela que somente uma pessoa dotada de atenção e cuidado excepcionais poderia evitar” (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XIV, e art. 1.057, pág. 181, da 1ª edição).

No caso, não há cogitar de culpa grave, pois esta excede até a em que incide o desleixado.

Está-se diante, sim, de culpa leve, pois a existência de buracos na pista exigia, por certo, maiores cuidados (não excepcionais) por parte do condutor.

A culpa grave virtualmente se equipara ao dolo, ou seja, envolve o conhecimento, por parte do agente, “de cometer a violação, a consciência de violar a obrigação assumida, a malícia, a má-fé no seu modo de agir” (obra citada, pág. 185), o que não ocorreu, segundo o Boletim de Acidente, que registra ter ocorrido o sinistro, conforme relato do condutor e do passageiro, pela tentativa de desvio de buracos existentes na pista.

Quanto aos orçamentos, foram eles elaborados, um pela empresa So-brave — Sociedade Brasileira de Veículos Ltda., do conglomerado Battistella, sabidamente concessionária dos

veículos Scânia e outro de Oficina Mecânica de Araranguá, de Antônio Sal-vato Pereira, tendo a sentença optado pelo fornecido pela primeira empresa, de menor valor.

Deve a indenização, assim, ser paga de acordo com o valor dos prejuí-zos apurados conforme esse orçamen-to, tanto mais que respeitado o limite da apólice.

Os demais itens da condenação não foram impugnados.

Nega-se, pois, provimento ao apelo, mantendo-se a sentença, que bem decidiu a lide.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alcides Aguiar e Francisco Bor-ges.

Florianópolis, 31 de março de 1999.

João José Schaefer,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.002206-1, DE MAFRA

Relator: Des. João José Schaefer

— *Responsabilidade civil. Eletrocussão de transeunte por fio engeizado que se desprende da rede aérea.*

— *A responsabilidade das concessionárias de energia elétrica está “enquadrada na teoria do risco administrativo, sendo, assim, objetiva a sua responsabilidade por danos causados a terceiros” (Rui Stoco, Responsabilidade Civil na Interpretação dos Tribunais, 3ª ed., pág. 359).*

— *“A empresa concessionária de fornecimento de energia elétrica explora um serviço perigoso e responde, por isso, pelos danos resultantes da falta de cautelas necessárias a proteger os particulares contra os riscos por ela criados” (Aguiar Dias,*

Responsabilidade Civil, II/71).

— *Esse entendimento é assente na Câmara, conforme julgados nas Ap. Cív. ns. 48.009 e 96.010871-8.*

— *No caso, a ré só se exoneraria se provasse culpa da vítima, o que tentou, mas nem de longe conseguiu fazê-lo.*

— *Mesmo desprezada, ad argumentandum, a culpa objetiva, os autos evidenciam que a empresa não tomou os devidos cuidados com a rede, pois havia árvores tocando os fios, um deles, a final, desprendendo-se e matando a vítima.*

— *Apelo desprovido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.002206-1, da comarca de Mafra, em que é apelante Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A, sendo apelada Ana Julieta Ferreira:

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

Custas de lei.

Sentença da lavra do Dr. Arthur Jenichen Filho, Juiz de Direito da comarca de Mafra, julgou procedente ação de indenização que Ana Julieta Ferreira moveu contra as Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A — Celsesc, pela morte de seu filho menor José Antônio Ferreira, em face de descarga elétrica decorrente do rompimento de um cabo energizado, condenando a ré no pagamento, em favor da autora, de uma pensão no valor de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, desde a data do falecimento da vítima, até que esta completasse 25 anos e, a partir daí, de 1/3 (um terço), até a data em que a autora completar 68 anos, incluindo o 13º salário, a ser corrigido monetariamente, a partir da citação, mais ju-

ros legais. Quanto ao dano moral, a indenização deverá ser paga de uma só vez, no valor de um salário mínimo por ano, a contar da data do falecimento da vítima, até a data em que a autora deve completar 68 anos.

Foi a ré condenada, ainda, no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor corrigido das prestações vencidas e mais doze das vincendas.

Assim decidiu, porque comprovado que o menor José Antônio Ferreira faleceu em decorrência de choque elétrico, afirmando as testemunhas ter visto sobre o corpo da vítima, e até mesmo enrolado em seu braço, o fio de energia elétrica ainda eletrizado; que a rede elétrica no local apresentava problemas, sendo disso alertada a Celsesc, que, entretanto, negligenciou tal fato; que “antes do acidente o fio estava baixado e o poste torto” e que havia árvores que tocavam os cabos de energia. Tais fatos caracterizam a culpa da ré, por negligência na manutenção da rede eletrificada.

De outro lado, afastada restou a alegação da ré de que no dia do evento

a queda de um raio ocasionou a ruptura do condutor de energia elétrica, dizendo as testemunhas ouvidas que no dia caiu uma chuva praticamente normal.

Por fim, teve a sentença como comprovado que a vítima contribuía financeiramente para o sustento da família, conforme depoimento de Américo Siqueira (fls. 46) e Eurides M. Colaço (fls. 47), sendo devida, assim, a indenização por danos materiais. Não havendo comprovação do valor dos rendimentos auferidos pelo menor, foi tomado como parâmetro o correspondente a um salário mínimo.

Invoca a sentença doutrina e copiosa jurisprudência desta Corte.

Inconformada, apelou a Celesc, alegando a falta de interesse e legitimidade da autora para propor a ação, uma vez que ausente ação ou omissão por parte da apelante, o que equivale dizer a que “a descarga elétrica que o vitimou, ocorreu por culpa exclusiva da vítima” (fls. 78).

Diz inverídico o relato de testemunhas de que a empresa, inúmeras vezes, foi instada a consertar o poste e não tomou nenhuma providência.

Em qualquer parte do mundo, a condução de energia é feita por suportes aéreos, os condutores de alta tensão não são isolados, são nus, e a Celesc não pode manter seu sistema a distância, muito menos quanto a chuvas e ventos, obedecendo a rede de distribuição, no local, aos padrões recomendados em normas técnicas.

Na relação jurídica que dá origem à responsabilidade civil deve existir um liame entre o agente e a vítima, como decorre do art. 159 do Código Civil.

Para que surja o dever de reparar é necessária ação ou omissão do agente; que a mesma seja causa do prejuízo da vítima e que o agente tenha incorrido em dolo ou culpa.

No caso, não ficou provada ação ou omissão do agente, sua culpa ou dolo e a relação de causalidade.

Esta a doutrina (Sílvio Rodrigues — Direito Civil, I/296) e a jurisprudência desta Corte (Ap. Cív. n. 28.159, rel. o Des. Leonardo Alves Nunes), invocando a apelante, ainda, julgados dos Tribunais de Justiça de São Paulo e Rio Grande do Sul.

Nas contra-razões reporta-se a apelada aos depoimentos de Paulo Roberto Ramos (fls. 45), Américo Siqueira (fls. 46) e Eurides Colaço (fls. 47), para demonstrar a culpa da ré, transcrevendo, por fim, excertos jurisprudenciais em seu favor.

É o relatório.

A vítima, menor com 15 anos, teve como causa mortis “fibrilação ventricular — choque elétrico”, o que se deu, segundo a inicial, ao enrolar-se em seu corpo fio energizado que caiu da rede de energia elétrica mantida pela ré.

As empresas de energia elétrica estão, segundo Rui Stoco (“Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial”, 3ª ed., pág. 359) “enquadradas na teoria do risco administrativo, sendo, assim, objetiva a sua responsabilidade pelos danos causados a terceiros”.

Aguiar Dias, a seu turno, escreve: “A eletricidade é uma fonte de perigos. O explorador da energia elétrica responde, conseqüentemente, pelos danos ligados à exploração. Se um

condutor elétrico de alta tensão passa sobre a via pública (...) cumpre à empresa tomar, com zelo especial, todas as cautelas para eliminar qualquer perigo daí decorrente para o público" (Responsabilidade Civil, 6ª edição, II/71).

Aplaudiva Aguiar Dias decisão do STF, constante da RTJ 55/509, que considerou que "a empresa concessionária de fornecimento de energia elétrica explora um serviço perigoso e responde, por isso, pelos danos resultantes da falta de cautelas necessárias a proteger os particulares contra os riscos por ela criados".

Acrescentou Aguiar Dias que acertada a decisão, "até porque, mesmo contemplada em função da doutrina da culpa provada, a solução não podia ser outra, pois o caso era de eletrocussão, na via pública, de transeunte, em consequência da queda ao solo de fio de alta tensão não capeado".

A responsabilidade objetiva das concessionárias, por danos causados por seus serviços a terceiros, já foi, aliás, reconhecida nesta Câmara, na Ap. Cív. n. 48.009, de Biguaçu, relator o mesmo deste acórdão, e na Ap. Cív. n. 96.010871-8, Des. Pedro Manoel Abreu.

Mesmo desprezada a responsabilidade decorrente do risco administrativo, em função do qual a empresa só se exonera da responsabilidade provando a culpa da vítima, o que nem de longe conseguiu fazer a apelante no caso, é de ver-se que a prova dos autos é uníssona contra a apelante.

Afirma a testemunha Paulo Roberto Ramos (fls. 45) que após ouvir um grito da rua dirigiu-se ao local e "de-

parou com a vítima, filho da autora, caído no chão e com o cabo de energia passado sobre seu corpo e também enrolado no braço", o mesmo dizendo Américo Siqueira e Eurides Colaço (fls. 46 e 47).

Referem as testemunhas que havia uma chuva fraca e que "antes do ocorrido o fio estava um pouco mais baixo que o normal e o poste um pouco torto..." e adiante: "que havia vegetação no local que batia no referido cabo; que tal se consistia em árvores..." e mais: "que se recorda que haviam sido formuladas reclamações junto à Celesc (...) que as reclamações pelo que se lembra somente foram atendidas após o acidente...".

Américo Siqueira acredita que o que motivou a ruptura "foi a existência de árvores embaixo da fiação e que batiam no fio". E adiante: "que se recorda que muitas vezes a Celesc foi avisada para consertar o fio que apresentava perigo...; que o fio caiu apenas de uma ponta e ficou pendurado pela outra".

Em linhas gerais é o que também diz Eurides Colaço (fls. 47).

Ante o exposto, não há senão confirmar a decisão de Primeiro Grau, assinalando-se que o quantum da indenização e o tempo de vigência da pensão não foram impugnados no apelo, assim como a verba honorária.

Nega-se, pois, provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alcides Aguiar e Francisco Borges.

Florianópolis, 15 de abril de 1999.

João José Schaefer,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.007074-0, DE BLUMENAU

Relator: Des. João José Schaefer

— *Responsabilidade civil. Morte por eletrocussão do marido e pai dos autores.*

— *Pedido de dano moral formulado em ação distinta daquela em que condenada a ré ao pagamento de danos emergentes.*

— *Cumulabilidade admitida pela jurisprudência (Súmula 37 do STJ).*

— *Coisa julgada inocorrente, se esta, nos termos do art. 468 do CPC, está vinculada à sentença “nos limites da lide e das questões decididas” precedentemente, só se verificando se se repete, na nova ação, pedido formulado na anterior. É que lide para o CPC, diz respeito à pretensão, ao mérito, só se compreendendo como lide repetida a que reproduz pedidos anteriormente formulados.*

— *Doutrina de Moacyr Amaral Santos, Cândido Dinamarco e Sérgio Bermudes e precedentes jurisprudenciais, inclusive do STF (RE n. 91.521—SP) e do STJ (REsp. ns. 11.315-0 e 158.137).*

— *Valor da indenização, de resto, razoavelmente fixado.*

— *Apelo desprovido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.007074-0, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é apelante Celesc — Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A, sendo apelados Bernadete Della Giustina Teodoro e outros:

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

Custas de lei.

Sentença da lavra do Dr. Eduardo Mattos Gallo Júnior, Juiz de Direito Especial da comarca de Blumenau, julgou procedente o pedido feito por Bernadete Della Giustina Teodoro, por si e por seus filhos menores impúberes, Ademar Tadeu Teodoro Júnior e Bianca Della Giustina Teodoro, em ação contra as Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A — Celesc, para condenar a requerida ao pagamento da quantia de R\$ 30.000,00, já atualizada da data da sentença (14/10/97), a título de re-

paração por dano moral aos autores, em virtude do falecimento, por eletrocussão, de seu marido e pai Ademar Tadeu Teodoro, por fio de energia elétrica pendente de um poste de iluminação pública.

A sentença condenou a ré, ainda, nas custas e nos honorários de advogado do patrono dos autores, à razão de 20% sobre o montante da condenação.

Assim decidiu, em julgamento antecipado da lide, porque já assentada anteriormente, em sentença do Juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Blumenau, confirmada por acórdão desta Quarta Câmara Civil, na Ap. Cív. n. 48.009, da lavra deste relator, a responsabilidade civil da empresa, sendo, de resto, inquestionável a cumulabilidade dos danos materiais com o dano moral, como o reconhece atualizada doutrina (Von Ihering, "3 Estudos Jurídicos" e Georges Ripert, "La Règle Morale Dans les Obligations Civiles", pág. 366; Wilson Mello da Silva, "O Dano Moral e sua Reparação", págs. 335/336 e Rubens Limongi França, em artigo na RF 631/33), estando expressa no art. 5º, V, da CF, a possibilidade de indenização por dano moral, como destacado no parecer do Promotor de Justiça que oficiou nos autos, o saudoso Dr. Luiz Carlos Schmidt de Carvalho.

O valor do dano moral, a seu turno, prossegue a sentença, deve ser analisado caso a caso, devendo o juiz, na sua estimativa, levar em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido (ADV 16/92).

No caso, os autores requereram fosse o dano moral fixado por arbitramento pelo Magistrado, existindo ele-

mentos necessários nos autos para fazê-lo, pelo que os fixou o Dr. Juiz a quo em 250 salários mínimos, o equivalente, à data da sentença, a R\$ 30.000,00.

Inconformada apelou a Celesc, dizendo que, em anterior processo, já pagou a indenização devida e que ao ser esta fixada respondeu por todas as conseqüências da triste perda do marido e pai dos autores, acrescentando que, se tivesse sido incluído o pedido de dano moral na outra ação, certamente a pensão seria fixada de maneira diversa, importando ofensa a coisa julgada a pretensão ora deduzida.

De outro lado, o TARS (Revista n. 67/343) assentou que "Embora admitida a ampla indenização pelo dano moral, não se pode deferi-la quando, pelo mesmo fato, in casu a morte de familiar, já se fixou reparação aos parentes, expressa em pensão mensal correspondente aos ganhos do de cujus. Jurisprudência maciça do STF nesse sentido. Apelação parcialmente provida".

Afirma, por isso, indevida a indenização.

Na hipótese de admitida a cumulação, todavia, considera excessivo o valor fixado, não estando a discutir o preço de uma vida mas a justiça dos danos morais, já considerada a pensão mensal percebida pelos autores.

Nas contra-razões invocam os apelados venerando acórdão da Turma de Recursos na AC n. 0632 no sentido de que o dano moral tem o objetivo não só de reparar a dor, como finalidade pedagógica.

A indenização no caso atenderia, também, ao objetivo de servir de lição à ré para que não olvide os cuida-

dos que deve ter para evitar acidentes dessa ordem.

O Dr. Promotor de Justiça opinou pela confirmação integral da sentença, o mesmo o fazendo nesta Instância o douto Procurador Dr. Raul Schaefer Filho, dizendo inquestionável a responsabilidade da apelante, sendo cumulável a indenização por dano moral com a reparação material, nos termos da Súmula 37 do STJ, não havendo excesso no quantum fixado, eis que a sentença se ateve aos parâmetros recomendáveis.

É o relatório.

São três as questões levantadas na apelação: o incabimento da indenização por dano moral, a ocorrência, in casu, de coisa julgada material relativamente ao dano material e o exagero da fixação deste.

O primeiro ponto apóia-se, fundamentalmente, em precedente do colendo Tribunal de Alçada Civil do Rio Grande do Sul. Trata-se, na verdade, de julgado de 15/9/88, como se vê da Revista n. 67, pág. 343, daquela Corte, que refletiu a posição que se tinha, à época, antes da promulgação da Constituição de 1988, quanto à indenização por dano moral. A doutrina e a jurisprudência já admitiam tal espécie de indenização mas o faziam de forma bastante cautelosa.

Tal concepção, entretanto, mudou com a promulgação daquela Carta, cujo art. 5º, inciso V, consagrou expressamente a indenização por dano moral, que passou a ser imposta iterativamente pelos Tribunais (RT 336/116 e 670/100 — 1º TACívSP), inclusive por esta Corte (RT 670/143), em acórdão da lavra do Des. Eduardo Luz.

Hoje em dia não subsistem quaisquer dúvidas sobre seu cabimento em face de ato atentatório à dignidade, à imagem ou aos sentimentos da vítima ou de pessoas a ela intimamente ligadas, certo que, como proclamou a colenda 3ª Turma do STJ no REsp. n. 109.470 (DJU de 21/6/99, pág. 149), da lavra do eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, “o dano moral, como sabido, é o sofrimento humano, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem...”.

O fato de em ação anterior haver sido a ré condenada ao pagamento de indenização de cunho material, não impede o acolhimento do pedido de dano moral no caso, não só ante a cumulabilidade de uma e outra indenizações, como consagrado na Súmula 37 do STJ, como porque não há falar na espécie em coisa julgada.

A alteração do art. 294 do CPC, pela Lei n. 8.718, de 14/10/93, não retira da vítima o direito de pleitear, em ação própria, verba não pedida em anterior ação.

É que nos termos do art. 468 do CPC, a sentença “tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas” e na ação anterior, como o reconhece a própria ré, não houve pedido de indenização por dano moral, não ocorrendo, assim, lide em relação a ele.

Moacyr Amaral Santos, nos “Comentários ao Código de Processo Civil”, Ed. Forense, vol. IV, págs. 472/3, discorrendo sobre “os limites objetivos da coisa julgada”, diz que “Decidindo a lide, a sentença acolhe ou rejeita o pedido do autor, no todo ou em parte (art. 459). É o pedido do autor o

objeto do processo e sobre o qual deverá o Juiz pronunciar-se...”.

E adiante: “Está na conclusão da sentença, no seu dispositivo, o pronunciamento do Juiz sobre o pedido, acolhendo-o ou rejeitando-o. Esse pronunciamento, que consiste num “comando”, acolhendo ou rejeitando o pedido e, pois, atribuindo ou não ao autor o bem pretendido, é que se torna firme e imutável por força da coisa julgada”. E arremata: “A sentença se prende ao pedido e ao pedido se liga a coisa julgada que da sentença dimana”.

Cândido Dinamarco na obra “Fundamentos do Processo Civil Moderno”, pág. 199, escrevendo sobre “a lide e o mérito”, reproduz trecho de Alfredo Buzaid extraído “Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil”, e que foi reproduzido na Exposição de Motivos do aludido Código no sentido de que “a lide é, portanto, o objeto fundamental do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”.

Anota, então, que “o Código emprega o vocábulo lide, efetivamente, em certos dispositivos e rubricas de muita e vital importância, com o inegável intuito de designar o mérito da causa”, apontando como exemplos os artigos 330, 468 e 46, I.

No julgamento da Apelação Cível n. 83.752-1, no TJSP de que foi Desembargador, Cândido Dinamarco (A. de Paula, vol. XII, n. 27.728-A) reafirma de maneira clara que “o objeto do processo é sempre a pretensão que a parte deduziu e pôs diante do Juiz, à espera do provimento solicitado. Tal é o *meritum causae*, e o Juiz o provê nos limites objetivos e subjetivos da preten-

são deduzida. Mesmo tendo o autor direito de dimensão maior, a sentença limitar-se-á, sempre, à dimensão do pedido ajuizado, e eventual resíduo não pedido nem julgado poderá ser objeto de novo pedido...”.

Sérgio Bermudes enfrenta o tema também de maneira admirável em sua “Introdução ao Processo Civil”, Ed. Forense, 1995.

Após referir que, nos termos do art. 458 do CPC, é no dispositivo da sentença (ou do acórdão) “que o Juiz resolverá (isto é, decidirá) as questões que as partes lhe submeterem” (pág. 184), registra que “...quanto à eficácia, o Código faz da sentença, relativamente à qual se operou a coisa julgada, um ato de comando estatal idêntico à lei. Transforma-a na lei do caso concreto, como se o Estado editasse uma norma específica, para prevenir ou solucionar determinada lide”. E adiante: “Por isso, restringe a eficácia da sentença à lide e, no âmbito da lide, às questões efetivamente decididas (v.g., se a lide se instaurou pelo confronto de pretensões quanto à obrigação de pagar o principal e a multa, e a sentença só se pronunciou quanto ao principal, ou porque não se pediu a multa, ou porque, simplesmente, deixou de decidir sobre a penalidade, ela só se impõe à vontade dos contendores, substituindo-a, no pertinente ao principal, subsistindo o conflito, no tocante à multa)”.

É a ocorrência de pedidos análogos que define a existência da coisa julgada, assim como a diversidade de tais pedidos, embora sejam as mesmas as partes e a causa de pedir, afasta a ocorrência da coisa julgada.

Assim o têm decidido os Tribunais Estaduais. A 4ª Câmara do TJRS assentou:

“Indenização por dano moral. Anterior ação pleiteando pensionamento por dano material. Possibilidade. Inexistência de coisa julgada a impedir a formulação do novo pedido” (Revista Juris Plenum, n. 27.472).

Assim também o TAMG na AC n. 207.170-9 (RJ TAMG 61/285 e Revista Juris Plenum, n. 36.25190):

“Indenização — Coisa julgada — Dano moral — Dano material.

“Não faz coisa julgada na ação indenizatória por dano moral a decisão, com trânsito em julgado, prolatada na ação de reparação por danos materiais decorrentes do mesmo fato, porquanto, embora idênticas as partes e a causa de pedir, se trata de pedidos distintos”.

O egrégio Supremo Tribunal Federal, ao tempo em que também julgava matéria infraconstitucional, em acórdão no RE n. 91.521—SP, relatado pelo Min. Moreira Alves (RTJ 99/289) já deixara assentado: “Limites objetivos da coisa julgada — Se a sentença prolatada numa ação se omite (...) sobre um dos capítulos do pedido constante da inicial, não transita em julgado sobre ele, podendo, portanto, o autor propor outra ação para obter a prestação jurisdicional pertinente...”.

O STJ, por sua Terceira Turma, no REsp. n. 11.315-0—RJ, rel. o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (RSTJ 37/413) proclamou que “A imutabilidade própria da coisa julgada alcança o pedido com a respectiva causa de pedir. Não esta última, isoladamente considerada. A ser de modo diverso, haveria ofensa ao disposto no artigo 469, I,

do CPC, pois abrangida estaria a motivação. A identificação de determinada lide supõe uma causa de pedir, a que se vincula um certo pedido. Essa vinculação restringe obviamente os limites da coisa julgada. Coisa diversa não resulta do disposto no artigo 468 que coloca, como limites, a lide e as questões decididas. Não apenas estas últimas. Se o pedido é distinto, a lide é outra e não há repetição da mesma demanda” (grifos do presente acórdão).

Os demais integrantes da colenda Turma acompanharam o relator, tendo o Sr. Ministro Cláudio Santos assinalado que o relator deixara bem claro “que, na primeira ação, o pedido é no sentido de anulação das assembléias, enquanto que, na segunda, visavam os autores a declaração de inexistência do ato jurídico de incorporação ou de sua nulidade por falta de poderes”.

Recentemente, no Recurso Especial n. 158.137, julgado a 9/3/99 e publicado no DJ de 10 de maio de 1999, o STJ, em aresto relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, confirmou tal orientação, ao assentar que “A transação realizada em ação anterior, tendo-se limitado aos danos materiais pedidos, não impede a propositura de outra ação para obter a reparação do dano moral concernente ao mesmo fato”.

Evidenciando os autos que ausente o pedido de dano moral na ação anterior, não há coisa julgada a afastar tal pretensão no presente processo.

Por último, não há como se considerar exagerada a condenação por dano moral no caso, de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), correspondente a 250 salários mínimos, verba a contemplar

todos os autores, sua viúva e dois filhos.

São os autores pessoas de padrão econômico modesto, sem dúvida, mas o valor respectivo nem se mostra elevado no que concerne aos autores, pois corresponde a cerca de 83 salários mínimos a cada um, nem é superior à capacidade econômica da empresa, que atua na distribuição de energia elétrica em todo o Estado de Santa Catarina.

Ante o exposto, não obstante o reconhecido esforço do douto patrono

da apelante, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alcides Aguiar e Cesar Abreu e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 10 de agosto de 1999.

João José Schaefer,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.007436-3, DE SOMBRIO

Relator: Des. João José Schaefer

— *Arrendamento mercantil. Transferência pelo arrendatário, a terceiro, do bem dele objeto, sem consentimento do arrendador.*

— *Ineficaz, embora, em relação a este, a transferência é válida entre o arrendatário e o adquirente, devendo este, para forrar-se aos efeitos do inadimplemento do contrato de arrendamento, pagar as prestações porventura em débito para poder exercer os direitos decorrentes da transferência.*

— *A presente decisão é tomada sob os auspícios do art. 572 do CPC, devendo-se observar, em caso de recusa do devedor ao cumprimento da obrigação, o disposto no art. 461 do CPC.*

— *Apelo parcialmente provido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.007436-3, da comarca de Sombrio, em que é apelante Dartagnan Costamilan, sendo apelada Gomes Comércio de Combustíveis e Acessórios Ltda.:

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

Custas de lei.

Sentença da lavra do Dr. Paulo Roberto Fróes Toniazzo julgou improcedentes pedidos em ação cominatória.

ria que Dartagnan Costamilan propôs contra Gomes Comércio de Combustíveis e Acessórios Ltda., declarando, em consequência, nulo o contrato de compra e venda firmado entre a autora, como compradora, e a ré, como vendedora, tendo por objeto a compra e venda de um veículo Fiat/ Tempra Ouro, 16v, 1995, chassi 9BD159000S9108376, placa LWY 3513, cor vermelha, estando o aludido veículo arrendado a Bradesco Leasing S/A. Arrendamento Mercantil. Foi o autor, em consequência, condenado no pagamento das despesas processuais, excluídos da condenação os honorários de advogado em face da revelia.

Assim decidiu o Dr. Juiz a quo, conhecendo diretamente do pedido, na forma do art. 330 do CPC, por se lhe afigurar nula de pleno direito a relação jurídica em causa, uma vez que o veículo se encontrava na posse da ré por força de contrato de arrendamento mercantil.

É cediço que o arrendatário possui a coisa a título precário, não podendo dela dispor sem autorização do proprietário e arrendante.

Pertencendo a terceiro o objeto da compra e venda, nula e de nenhum efeito é a relação contratual apresentada como fundamento de fato da causa de pedir.

Inconformado, apelou o autor dizendo que o contrato gerou direitos e obrigações entre as partes, devendo ser cumprido na íntegra porque o apelante pagou o preço da venda e não sofreu prejuízos.

O contrato em causa é uma prática adotada frequentemente no mundo dos negócios e a não validação do contrato gerará enriquecimento ilícito

para a apelada, que recebeu o preço ajustado.

O autor visa compelir a ré a entregar-lhe a liberação do veículo, não havendo nenhum perigo ou prejuízo para o arrendante ou terceiros.

É o relatório.

O arrendamento mercantil ou leasing, na lição de Fran Martins ("Contrato e Obrigações Comerciais", 8ª ed., Forense, 1996, pág. 523), constitui "uma modalidade de financiamento ao arrendatário, facilitando-lhe o uso e gozo de um bem de sua necessidade sem ter esse que desembolsar inicialmente o valor desse bem, e com opção de, findo o prazo estipulado para a vigência do contrato, tornar-se o mesmo proprietário do bem, pagando nessa ocasião o preço calcado no valor residual do mesmo".

O arrendatário, assim, aluga o bem e, pago o número ajustado de prestações do arrendamento, tem opção de compra do bem, tornando-se seu proprietário.

A locação, consoante acórdão da lavra de Roque Komatsu no TJSP (RT 672/99) "transmuda-se em compra e venda e o aluguel pago tem efeito retroativo na amortização do preço".

Em julgado do 1º TACívSP (RT 732/275), depois de acentuar que, findo o contrato, o arrendatário tem a opção de "dar por resolvido o negócio, adquirir o bem ou prorrogar a locação", acrescenta: "Mas, antes do implemento de todas as obrigações, nada impede que o arrendatário transfira seus direitos para terceiros e, se são dispositivos podem, naturalmente, suportar os efeitos da penhora".

A transferência do bem a terceiro não é, assim, nula. É apenas ineficaz em relação ao arrendador, a exemplo, aliás, do que ocorre com a venda do bem hipotecado, que Azevedo Marques afirmou não extinguir a hipoteca, se nela não interveio expressa ou noticiadamente o titular do direito real inscrito (“A Hipoteca”, n. 171).

Se o adquirente quiser liberar o bem do ônus decorrente do contrato de arrendamento e “adquirir o bem” em caráter definitivo, por analogia com o disposto no art. 815 do Código Civil sobre a venda de bem hipotecado, terá, por certo, que pagar as prestações em débito e exercer os direitos que a aquisição lhe transferiu.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial à apelação para, excluindo do decisum o efeito declaratório

de nulidade da compra e venda, julgar procedente o pedido, para compelir a ré, pagas as prestações eventualmente em débito, a entregar a liberação do veículo em causa.

A decisão, é bem de ver, é tomada sob os auspícios do art. 572 do CPC, sujeita a condição de pagamento do débito à arrendadora, devendo-se observar, em caso de recusa do devedor ao cumprimento da obrigação, o disposto no art. 461, § 1º, do CPC.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alcides Aguiar e Francisco Borges.

Florianópolis, 31 de março de 1999.

João José Schaefer,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.006180-6, DE JOINVILLE

Relator: Des. Eder Graf

Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Culpa demonstrada — Imprudência — Indenização devida.

É evidente a imprudência do motorista que, conduzindo um caminhão carregado — em via pública asfaltada, em obras, nas proximidades de uma escola e em horário de entrada dos estudantes —, imprime velocidade incompatível diante das circunstâncias, não conseguindo frear o veículo que vem a atingir crianças que tentavam atravessar a rua, ainda próximas do meio-fio.

Danos materiais — Abrangência.

A indenização dos danos materiais, em se tratando de acidente de trânsito do qual tenha resultado o falecimento de uma filha e graves lesões em outra, deve ser a mais completa possível, abrangendo, além das despesas com o funeral, luto e médico-hospitalares

comprovadas, também aquelas relativas a futuros gastos indispensáveis para minimizar as deficiências e facilitar a atividade diária.

Indenização — Óbito — Pensionamento — Filho menor — Irrelevância.

“É indenizável o acidente que causa morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado” (STF, Súmula 491).

Indenização — Lesão irreversível — Diminuição da capacidade de trabalho — Pensão — Tempo.

Verificada a diminuição do potencial de trabalho, deve o responsável indenizar o lesado, pagando-lhe uma pensão correspondente à desvalorização da capacidade laboral, sendo irrelevante o fato de que ainda não tem profissão definida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.006180-6, da comarca de Joinville (Unidade de Justiça Intensiva), em que é apelante Döhler S/A Comércio e Indústria, sendo apelados João Bitencourt e outras:

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

Custas na forma da lei.

João Bitencourt, sua esposa, Hilda Luiz Bitencourt, e sua filha, Daniela Bitencourt ajuizaram ação de indenização por acidente de trânsito contra Döhler S/A Comércio e Indústria alegando que, no dia 12/8/93, o caminhão Mercedes-Benz de propriedade da empresa requerida e dirigido por Antonio Tenfen atropelou as duas filhas dos autores, causando o óbito de Juliana, de 8 anos de idade, e lesões graves em Daniela, de 7 anos de idade.

Afirmaram que a culpa pelo evento foi exclusiva da requerida, já que o motorista, preposto da empresa,

dirigia o caminhão carregado em alta velocidade, desrespeitando as placas existentes no local, as quais indicavam a realização de obras na via pública, bem como a existência de uma escola nas proximidades.

Na contestação, a ré requereu a denunciação à lide do motorista do caminhão e da Cia. Seguradora — Bradesco Seguros. No mérito, alegou que a culpa não foi do motorista e sim das vítimas que imprudentemente atravessaram a rua sem as devidas cautelas, refutando, no mais, os valores pleiteados a título de indenização.

Ouvido o representante do Parquet, julgou-se procedente em parte o pedido.

Irresignada, a vencida apelou sustentado que a indenização foi fixada em valores excessivos, não refletindo o demonstrado pelas provas produzidas pelos apelados. No mérito, reiterou as afirmações expendidas na contestação, pugnando, alternativamente, pela redução do quantum indenizatório.

Contra-arrazoado o recurso, o Ministério Público, em ambas as instâncias, manifestou-se pela manutenção da sentença.

É o relatório.

Não prospera a crítica de que a sentença, de forma arbitrária, apeçou-se apenas às provas dos autores, desconsiderando aquelas da apelante. Houve, isso sim, cuidadosa avaliação de todo o elenco probatório, o qual é desfavorável, como se verá a seguir.

O boletim de acidente registrou:

“O caminhão BB 0284 de Joinville—SC trafegava pela rua Ruy Barbosa no sentido via BR 101, e, conforme mostra o Diagrama acima, atropelou 4 (quatro) crianças, sendo que uma veio a falecer, outra sofreu também ferimentos graves e duas somente tiveram escoriações leves; conforme uma testemunha ocular, as vítimas estavam tentando atravessar a rua quando foram atropeladas, saindo detrás do caminhão betoneira, que estava parado na contramão, despejando concreto na guia da calçada” (fls. 9).

O noticiário jornalístico (fls. 11) evidencia que o local é quase uma reta, com ampla visibilidade, nas proximidades de uma escola, e que o caminhão transportava dois containers.

O condutor do veículo informou que na oportunidade desenvolvia a velocidade de aproximadamente 40km/h, avistando o caminhão de concreto estacionado na contramão, sendo horário de início de aula e saída de fábricas, havendo considerável movimento de pedestres, existindo cones de advertência. Disse, ainda, que as meninas atravessaram repentinamente a pista, surgindo por detrás do caminhão que descarregava concreto, não

dando oportunidade para evitar o atropelamento (fls. 85/86).

Esses esclarecimentos se coadunam com a prova testemunhal, e com alguns outros detalhes relevantes.

Veja-se o que narrou João Freitas:

“que havia uma movimentação muito grande de crianças no local, fato que fez com que a menores atravessassem a rua; (...) que pelo que o depoente viu o caminhão deixou marcas de pneu somente de um lado; (...) que existe um colégio próximo do local, numa distância de duzentos metros; (...) que as meninas estavam do lado do colégio e quando encontraram o caminhão resolveram atravessar a rua; (...) que o caminhão e as vítimas ficaram encostadas no meio-fio; que o caminhão não fez uso da buzina, pelo que o depoente viu; (...) que outras crianças também transitavam pelo local porque era hora de entrada e saída de escola” (fls. 188/189).

Por sua vez, Maria Manoel de Souza Medeiros informou:

“que uma menina foi colhida pelo caminhão quando já estava chegando próximo do meio-fio, enquanto que a outra ainda estava no meio da rua; (...) que a prefeitura colocou uma ‘plaquinha’ indicando as obras que estavam realizando; (...) que viu que o caminhão freou bastante antes do acidente; que não escutou o motorista do caminhão usar da buzina” (fls. 190).

E ainda, Alessandro da Luz aduziu:

“que a terceira foi colhida pelo caminhão quando já estava chegando próximo ao meio-fio, enquanto que a

quarta menina foi colhida pelo caminhão no meio da pista; que o acidente ocorreu por volta de 13h15min, que é mais ou menos o horário que as crianças vão para a escola” (fls. 191).

E mais, Marco Antonio Santos de Carvalho aditou:

“que quando as meninas chegaram nas proximidades do caminhão da empreiteira resolveram cruzar a rua; que as duas meninas maiores conseguiram cruzar a via pública; que a terceira foi colhida pelo caminhão quando já estava bem próxima do meio-fio, sendo que a quarta foi colhida no meio da rua; que o acidente aconteceu num horário de saída e entrada da escola, daí por que a presença de escolares no local; (...) que colocaram ‘cones’ no meio da rua e também placas sinalizando para diminuir a velocidade em virtude de realização de obras; (...) que não escutou o motorista do caminhão acionar a buzina” (fls. 192).

Finalmente, Irineu Selonke esclareceu:

“que na rua existiam cones e placas indicando a existência de obras na pista; (...) que o passeio onde estava o caminhão não dava condições de passagem de pedestre; (...) que as crianças eram obrigadas a desviar do caminhão onde estava o depoente e adentraram no leito da rua; (...) que no meio da pista existiam cones que foram colocados pelos funcionários da empresa que trabalhavam nas obras da Prefeitura” (fls. 195).

Note-se que essas testemunhas são as da apelante...

Da mesma forma, ao se aferir os depoimentos das testemunhas arroladas pelos apelados, também se con-

cluiu que houve realmente culpa do motorista da apelante.

Em seu testemunho, Pedro Max é bem explícito:

“que as meninas estavam na rua em virtude da inexistência de calçada naquele lado da via pública; que pelo espaço da frenagem o depoente pode dizer que o caminhão estava numa velocidade excessiva para o local; (...) que o caminhão freou só no pneu do lado esquerdo que é anormal; (...) que o caminhão tinha condições de desviar à esquerda e evitar o atropelamento; (...) que no local destinado à calçada estava intransitável” (fls. 182).

Wilson Pitz também explicou:

“que o depoente viu que o caminhão deixou marcas de pneu somente no lado esquerdo, numa distância de vinte metros; (...) que as meninas foram atropeladas na rua próximo a calçada; (...) que no local onde era para ter calçada estava intransitável, uma vez que estavam sendo construídas obras no local; que havia sinalização e que estavam sendo executadas obras no local; (...) que o acidente aconteceu numa hora de muito movimento, uma vez que é um horário de entrada e saída de escolares” (fls. 183).

Ainda, Nilzo Marcelino Kurchaki consoa:

“que não havia condições das menores transitarem pela calçada porque não existia calçada naquele lado da rua, justamente onde ocorreu o acidente; (...) que na rua estava um caminhão parado, caminhão este que transportava concreto para fazer o meio-fio; (...) que pelo local caminhavam quatro meninas, sendo que todas atravessaram a rua; (...) que o caminhão arrastou

os pneus numa distância de dezoito metros aproximadamente” (fls. 184).

Ora, o caminhão, transportando pesada carga, rumava à BR 101, em pista asfáltica, desenvolvia velocidade de 40km/h quando se deparou com muitas crianças na pista e viu um caminhão descarregando concreto na calçada e meio-fio em obras. Não acionou a buzina para alertar alguém que tentasse atravessar a pista e ainda por cima trafegava com freios defeituosos, travando apenas o rodado do lado esquerdo.

Soma-se à incrível desatenção o risco de trafegar com problemas mecânicos.

Veja-se o que Wladimir Valler leciona:

“Existem inúmeros defeitos num veículo, que constituem negligência do seu condutor; entretanto, os mais graves, os que mais freqüentemente causam acidentes, são os do sistema de freio e da direção. Isto porque, a direção e o freio é que dão ao motorista o domínio do veículo, permitindo-lhe dirigir e parar (RT 316/328)” (Responsabilidade Civil nos Acidentes de Trânsito, Editora E. V., 1998, pag. 500).

Nesta Corte, já se fixou:

“Defeito no sistema de freios do veículo não constitui fato imprevisto e excludente de responsabilidade de seu proprietário. Demonstra, em princípio, negligência na sua conservação, por falta de revisões periódicas. Envolvendo-se em acidente de trânsito, com danos pessoais ou patrimoniais de terceiros, responsável o proprietário pela reparação civil’ (RT 667/165)” (Ap. Cív. n. 49.239, de Ponte Serrada, Des. Orli Rodrigues, j. 3/9/96).

As circunstâncias do local e do momento estão a demonstrar que o acidente poderia ter desfecho diverso se o condutor do caminhão trafegasse com a devida atenção e cuidados que referidas circunstâncias estavam a lhe exigir, concorrendo, decisivamente, para o resultado danoso.

Com relação às menores na pista, é perfeitamente previsível que tomem alguma atitude repentina, impen-sada e incauta, compatível com a própria faixa etária, ainda mais no horário de chegada à escola, situada nas imediações.

Já se decidiu em situação bastante semelhante:

“Acidente de trânsito. Ré que, desatenta, ao ver crianças no acostamento, não diminui a velocidade, não aciona os freios e nem a buzina, cautelas necessárias nestas situações, atropelando e matando a pequena vítima. Culpa na modalidade imprudência caracterizada. Recurso provido para condenar a ré” (Ap. Crim. n. 31.520, de Canoinhas, Des. Genésio Noll, j. 9/8/94).

Ou ainda:

“Criança geralmente toma atitudes imprevisíveis. Motorista que vê criança indecisa em travessia de via pública, obrigatoriamente deverá estancar e não, tão-só, frear parcialmente e procurar desviar (JTACrimSP 55/374)” (Ap. Crim. n. 26.128, de Joinville, Des. José Roberge, j. 6/12/90).

Assim sendo, evidente a culpa do motorista da apelante, o que torna aplicável o art. 1.521, III, do Código Civil.

Como o veículo estava a serviço normal da empresa, é aplicável, ainda,

o enunciado da Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, assim vazado:

“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Com relação às verbas condenatórias, deve-se dizer que as despesas do funeral da filha Juliana estão comprovadas documentalmente, sendo irrelevante argumentar-se com o Seguro Bradesco ou com o INSS. A apelante deveria ter feito prova de que os apelados foram ressarcidos, para então buscar a liberação do encargo. O mesmo se diga quanto às despesas de atendimento médico-hospitalar de Juliana e da irmã Daniela.

Do custeio das despesas supervenientes como atendimento médico-cirúrgico das seqüelas de Daniela, não há como fugir também.

Já se fixou:

“Os gastos médicos, hospitalares e farmacêuticos despendidos, comprovadamente, por ou em favor de vítima de acidente de trânsito, integram os danos que impõem-se ressarcidos por aquele que deu margem ao sinistro ou pelo proprietário do veículo pelo culpado conduzido” (Ap. Cív. n. 46.199, de Urussanga, Des. Trindade dos Santos, j. 27/2/96).

Ou mais:

“Comprovada a necessidade de realização de intervenção cirúrgica no autor, por requerimento médico, deve a vítima ser ressarcida pelo causador dos danos dos valores a ser despendidos” (Ap. Cív. n. 97.000228-9, de Itajaí, Des. Orli Rodrigues, j. 28/4/98).

E ainda:

“A indenização dos danos materiais, em se tratando de acidente de

trânsito do qual tenha resultado a paraplegia do autor, deve ser a mais completa possível, abrangendo, além das despesas médico-hospitalares comprovadas, também aquelas relativas à aquisição de aparelho ortopédico que irá minimizar-lhe as deficiências e facilitar sua atividade diária” (Ap. Cív. n. 97.008858-2, da Capital, j. 16/9/97).

No pertinente à indenização por dano moral com a morte de Juliana, então com oito anos de idade, não se pode olvidar o teor da Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal:

“É indenizável o acidente que causa morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

A respeito, Yussef Said Cahali comenta:

“Não se cuida, assim, de ressarcir os danos materiais apenas, como despesas com o tratamento da vítima, e seu funeral; mas sim de propiciar aos seus familiares ainda uma compensação pecuniária reparatória do dano moral, que lhes possibilite, para satisfação pessoal e conforto espiritual, tributar à memória do falecido o preito de saúde e a reverência póstuma” (Dano e Indenização, RT, 1980, pág. 42).

O valor de cem salários mínimos afigura-se adequado diante da situação específica.

A pensão de 2/3 do salário mínimo é devida até a idade em que a vítima completaria 25 anos de idade, conforme o comando sentencial, não obstante a jurisprudência admitir o pensionamento até os 65 anos. Sob esse aspecto, não houve recurso da parte autora, devendo referido limite temporal permanecer inalterado.

A propósito, já se decidiu:

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não discrepa quanto à idade de 65 (sessenta e cinco) anos, como limite de pensionamento, por não ser possível presumir-se que aos 25 (vinte e cinco) anos a vítima cessaria de auxiliar na manutenção dos familiares” (Ap. Cív. n. 49.705, de Gaspar, j. 22/8/95).

Ou mais recentemente:

“Responsabilidade civil — Víti-
ma fatal — Direito a pensionamento —
Limite temporal.

“Conforme nova orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o pensionamento decorrente da morte de menor que contribuía para o sustento da família ‘deve ser integral até os 25 anos, idade presumida do casamento da vítima, reduzindo-se a partir de então essa pensão à metade até a data em que, também por presunção, a vítima atingiria os 65 anos de idade’ (Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

“Não obstante, se desde logo a pensão foi fixada em valor reduzido deve este quantum prevalecer inalterado até cessar a obrigação” (Ap. Cív. n. 98.010409-2, de Blumenau, j. 10/11/98).

No pertinente à filha Daniela, a perícia demonstrou que o atropelamento lhe trouxe graves conseqüências, sendo oportuno transcrever as respostas aos quesitos:

“1. A autora apresenta seqüelas principalmente estética devido a grande cicatriz em face anterior de coxa, joelho e perna direita, cicatriz esta irreversível; Acompanhará a autora definitivamente, sem outro recurso plástico. Apresentava também lesão do ligamento cruzado posterior de joe-

lho esquerdo o que poderá incapacitá-la da prática de alguns esportes.

“2. As seqüelas são definitivas.

“3. Das lesões resultaram deformidade definitiva.

“4. A autora não necessita de fisioterapia atualmente.

“5. Poderá trabalhar normalmente desde que não tenha atividade física complexa ou andar em demasia.

“6. Poderá trabalhar, de preferência sentada” (fls. 120/121).

Ouvido em Juízo, o perito confirmou a situação grave de saúde, também sob o aspecto estético irreversível (fls. 180).

Portanto, tem direito a uma indenização a título de dano moral, porquanto carregará consigo o sofrimento da seqüela havida.

Nesta Corte já se fixou:

“Dano estético não é apenas o aleijão, mas toda e qualquer deformidade que implique, ainda que minimamente, um afetamento da vítima.

“A verba indenizatória correspondente ao dano moral é devida em cumulação com a correlata oriunda do prejuízo estético, posto que aquela advém, justamente da penosa sensação de ofensa, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima” (Ap. Cív. n. 98.000876-0, de Joinville, j. 16/3/99).

Do corpo do acórdão extrai-se o seguinte excerto:

“O dano estético, segundo Teresa A. Lopes de Magalhães ‘é qualquer modificação. Aqui não se trata apenas das horripilantes feridas, dos impressionantes olhos vazados, da falta de

uma orelha, da amputação de um membro, das cicatrizes monstruosas ou mesmo do aleijão propriamente dito. Para a responsabilidade civil basta a pessoa ter sofrido uma 'transformação', não tendo mais aquela aparência que tinha. Há, agora, um desequilíbrio entre o passado e o presente, uma modificação para pior' (O Dano Estético, Responsabilidade Civil, RT, 1980, págs. 18/19).

"Wilson Melo da Silva é do mesmo entendimento:

'Dano estético, no cível, não é apenas o aleijão. É também qualquer deformidade ou deformação outra, ainda que mínima e que implique, sob qualquer aspecto, num 'afeamento' da vítima ou que possa vir a se constituir para ela numa simples lesão 'desgastante', como o diria Lopes Vieira ou em permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos' (O Dano Moral e sua Reparação, 3ª ed., Forense, 1983, pág. 499).

"Nesta Câmara já se decidiu:

'Dano estético não é apenas o aleijão, mas toda e qualquer deformidade que implique, ainda que minimamente, um afetamento da vítima.

'(...)

'A verba indenizatória correspondente ao dano moral é devida em cumulação com a correlata oriunda do prejuízo estético, posto que aquela advém, justamente da penosa sensação de ofensa, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima' (Ap. Cív. n. 47.094, de Blumenau, j. 6/12/94).

"E mais este:

"Preleciona José de Aguiar Dias, in 'Da Responsabilidade Civil', vol. 2º, 6ª ed., págs. 431 e 432:

'alteração do aspecto estético, se acarreta maior dificuldade no grunjeio da subsistência, se tornam mais difíceis para a vítima as condições de trabalho, se diminui as suas probabilidades de colocação ou de exercício da atividade a que se dedica, constitui sem nenhuma dúvida um dano patrimonial. Não se pode objetar contra a sua reparação, nem quando, erradamente, se considere dano moral, porque nem apresenta dificuldade para avaliação. Deve ser indenizado, pois, como dano patrimonial, o resultado prejudicial da ofensa ao aspecto estético, sempre que se traduza em repercussão de ordem material, porque a lesão a sentimento ou a dor psíquica, com repercussões patrimoniais, traduzem dano patrimonial. É dessa natureza o dano estético que deforme desagradavelmente as feições, de modo que cause repugnância ou ridículo e, portanto, dificuldade à atividade da vítima. Ao lado desse há, porém, o dano moral: este consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito ou de lesão, quando não tenha deixado resíduos mais concretos, seja pela atitude de repugnância ou de reação a ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam'.

"E prossegue o renomado mestre:

'Quanto ao dano material deve ser o efetivamente provado pela víti-

ma. Além desse, porém, há o dano moral, cuja avaliação deve ser deixada ao Juiz e que há de ser concedido em todos os casos, sem indenização do que tenha sido pago a título de dano material' (cf. ob. cit., págs. 473 e 474) (in 'JB' 157-211/3).

"Colhe-se, também, do entendimento jurisprudencial, ser possível cumular a reparação pelos danos estéticos e morais.

"Assim: 'Se o encurtamento da perna esquerda, em virtude de acidente de trânsito, além de representar uma seqüela física permanente e aparente, causa transtornos psíquicos à vítima, o dano estético e moral devem ser cumulativamente reparados' (1º TACívSP, JB 157/213).

"Em outros julgados também restou proclamado:

'Dano moral — Reparação — Indeniza-se o dano inteiro, inclusive, pois, o moral, que não se confunde com o material e o estético' (Ac. do 4º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ, de 9/6/1976, rel. Des. Ebert Chamoun, in Rev. Jur. do TJRJ, n. 45, pág. 130), ou in 'Prática da Responsabilidade Civil', de Martinho Garcez Neto, Ed. Saraiva, 4ª ed. aumentada, 1989, pág. 285'.

'Dano moral e dano estético — Alcance — O dano moral abre frestas imensas no direito moderno, desde que visa pelo capital temperar os sofrimentos da própria vítima. Com maior razão do dano estético que não está no juízo subjetivo de terceiro, mas da própria vítima' (TJRJ, 8ª CC, ADCOAS, n. 33, pág. 516, v. 130.045).

"Assim, o dano moral, conseqüente do dano estético, denota-se de todo configurado, de forma irreversível

para o demandante, devendo ser portanto objeto de reparação".

O valor fixado, correspondente a cem salários mínimos, é adequado, considerando-se a pujança da empresa apelante.

Quanto ao pensionamento no valor de meio salário mínimo mensal, desde os 14 aos 65 anos, em face da relativa incapacidade laboral, a decisão apelada não merece reparo, a não ser o equívoco no uso da notação "vitalícia" (fls. 241).

A respeito, recentemente se decidiu:

"Indenização — Lesão irreversível — Diminuição da capacidade de trabalho — Pensão — Tempo — Retorno às atividades.

"Verificada a diminuição do potencial de trabalho do obreiro, deve o responsável indenizá-lo pagando uma pensão correspondente à desvalorização da capacidade para o exercício de sua profissão, sendo irrelevante o fato de o lesionado ter retornado às mesmas atividades que exercia anteriormente ao acidente" (Ap. Cív. n. 98.000876-0, de Joinville, j. 16/3/98).

Ou ainda:

"Se da ofensa à saúde da vítima de atropelamento resultar incapacidade parcial e permanente, dando origem a defeito pelo qual a ofendida tenha diminuído o valor do trabalho, ainda que não remunerado, a indenização incluirá uma pensão mensal vitalícia, fixada de acordo com o prudente critério do juiz, e correspondente à depreciação sofrida" (JC 44/138).

Nega-se, pois, provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra, tendo presidido a sessão o Exmo. Sr. Des. Napoleão Amarante.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 4 de maio de 1999.

Eder Graf,
Presidente para o acórdão e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.010184-8, DE CRICIÚMA

Relator designado: Des. Alcides Aguiar

Apelação cível — Acidente do trabalho — Indenização — Culpa do empregador in eligendo — Aplicação da norma constitucional a fato pretérito — Consagração constitucional visando a impedir disposição contrária de lei ordinária — Inexistência de direito novo — Sentença condenatória mantida — Apelo desprovido — Voto vencido.

É responsável civilmente o empregador pela má escolha do preposto que, no exercício vinculado de funções, ao desprezar norma de conduta, causa ato ou fato danoso prejudicando outrem.

A comprovação do grau de culpa foi suprimida pelo art. 7º, inc. XXVII, da CF/88, que erigiu o entendimento de que mesmo a culpa levíssima é suscetível de indenização por parte do empregador.

O novo preceito constitucional alcançará fato pretérito, sem, contudo, violar a norma ordinária — art. 1.521, inc. III — já que não dispôs de modo diverso, expungindo apenas a necessidade de comprovação da culpa grave.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.010184-8, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que é apelante Carbonífera Metropolitana S/A, sendo apelado Delir Cercena:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas ex lege.

Na comarca de Criciúma, Delir Cercena aforou “ação reparatória decorrente de ato ilícito” em face de Carbonífera Metropolitana S/A, alegando, em síntese, que no dia 10 de dezembro de 1984, quando prestava serviço para a ré, sofreu acidente de trabalho, do qual lhe resultou invalidez total, em virtude da perda de uma das pernas, de-

corrente de comportamento culposo da requerida e seus prepostos, por não ter fornecido equipamento de proteção necessário e permitido que a máquina Schuttle-car permanecesse ligada enquanto o autor colocava o cabo da cortadeira em seu gancho de sustentação.

A ré, na contestação, alegou em preliminar prescrição, e no mérito aduziu que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, inexistindo dessa forma direito à indenização pleiteada.

O Dr. Juiz de Direito, na audiência de conciliação e saneamento, indeferiu a preliminar de prescrição, por ter sido incorrente o prazo necessário à prova, e julgou procedente o pedido do autor, condenando a ré no pagamento de uma pensão mensal equivalente a 2/3 do último salário percebido pelo autor, vigorando a partir da data do acidente e até atingir a idade de 70 anos, ou, antes, se falecer; condenou-a também no pagamento da importância de cem salários mínimos a título de dano moral, bem assim das custas processuais e da verba honorária arbitrada em 20% sobre o valor da indenização.

Inconformada, a ré apelou, pretendendo a reforma do decisor, aduzindo que o acidente ocorreu por culpa de um empregado seu, não habilitado para executar a tarefa com a máquina causadora do acidente, e que por isso não deve ser penalizada por ato para o qual não concorreu.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância.

É o relatório.

O eminente Desembargador Relator votou no sentido de prover-se o recurso, por isso que entende não se ter verificado, no caso concreto, culpa

do empregador, e, se esta ocorreu, o foi no grau leve, e, assim, inadmissível para o fim perseguido pelo autor, pois o acidente ocorreu anteriormente à vigência da Constituição Federal de 1988, portanto quando exigível, para o efeito indenizatório aqui colimado, tivesse o patrão atuado com culpa grave ou dolo no evento danoso.

Não me achando apto a declinar desde logo posição no deslinde do recurso, pedi vista dos autos.

Colhe-se da prova oral coligida o seguinte:

No relato a testemunha Sebastião Demétrio Marcianos, que trabalhava como encanador de bombeiro e distante do local do acidente uns 18 metros, diz que o autor era ajudante da cortadeira, máquina que corta a veia do carvão na rocha, e então colocava o cabo de eletricidade de alta voltagem, de que é dotada a tal máquina, nos ganchos do teto para evitar danos ao citado cabo por outra máquina que ali passasse. A uns 20 metros dali se acharia a máquina Schuttle-car, "parada, pois o operador conhecido como padre Carlos tinha saído; um outro empregado conhecido como Galego ou Polaco resolveu por conta própria mexer na Schuttle-car, vindo a desativar os freios; com isto a máquina tomou impulso e foi na direção do autor, o qual encontrava-se de costas para a máquina e próximo à parede; a máquina tomou velocidade porque encontrava-se num ponto mais alto, indo atingir o autor, imprensando-o contra a rocha".

Mais adiante acrescenta:

"O Galego ou Polaco pulou fora da máquina Schuttle-car uns 4 metros depois dela passar a movimentar-se,

inclusive começou a gritar fazendo com que o autor pudesse ainda salvar uma das pernas; o Galego era ajudante de máquina Loder, que junta carvão; se a máquina estivesse sendo operada pelo padre Carlos, ela não teria saído do controle; (...) O Galego ou Polaco foi mexer na máquina de intrometido, pois ninguém lhe deu aquela tarefa”.

Outra testemunha (fls. 48) — Francisco Benjamim Scussel, operário também da empresa acionada e que atuava como detonador do conjunto, quando se dirigia à frente de trabalho, deparou-se com o acidente sofrido pelo autor e ali ficou sabendo que “o ajudante da Loder mexeu na Schuttle-car, pondo-a em movimento”. Esclarece que essa máquina funciona com motor elétrico e o local onde ocorreu o acidente era totalmente escuro, iluminado apenas pelas lanternas dos empregados.

Aduz, ato contínuo:

“O ajudante da Loder foi mexer na Schuttle-car por curiosidade, talvez querendo aprender (...) o depoente não mexe em máquina que não conhece, mas sabe de outros operários que por imprudência mexem em máquinas desconhecidas e colocam em risco a vida dos empregados”. E prossegue:

“Os encarregados tinham ciência de que muitos ajudantes aproveitavam a saída momentânea do operador de máquina para aprender a manuseá-la.

“(...) o autor estava no local próprio e adequado para o desenvolvimento de seu trabalho”.

A testemunha Manlio João Paganini, também operador de máquina da empresa-ré, relata que “o polaquinho

foi mexer na Schuttle-car por certo para aprender; a Schuttle-car estava num ponto alto e ela desceu descontrolada na direção do autor; (...) naquele tempo eles davam chance para os ajudantes aprender a operar as máquinas e assim quando havia uma folguinha os ajudantes iam operar as máquinas (...)”.

O Dr. Juiz de Direito considerou existir culpa leve do empregador, por isso que “se um empregado sem habilitação suficiente tenta manobrar uma máquina e com isto provoca acidente quem responde pelas consequências é o empregador”. E acrescenta, com apoio na jurisprudência:

“A culpa, mesmo a mais leve, gera o dever de indenizar por parte do empregador, superada que está a Súmula 229 do STF”. Enfim, conforme o Julgador:

“O risco da atividade empresarial é do empregador. A ele incumbe a obrigação de proporcionar condições de trabalho tais que os riscos desapareçam, ou, quando menos, sejam diminuídos ao máximo”.

Insurgindo-se contra a decisão que acolheu a pretensão inicial, a ré sublinha que “o patrão ou comitente é também responsável civilmente pelo ato ilícito praticado pelo seu empregado ou preposto, mas no exercício do trabalho que lhe competir ou por ocasião dele. Não na hipótese de o empregado extrapolar os seus limites executando tarefas que não lhe competiam, como é o caso do autos”.

A propósito transcreve o aresto segundo o qual: “Para que ocorra a responsabilidade do patrão pelo dano provocado pelo empregado é essencial que se comprove que este o tenha

praticado no exercício do trabalho que lhe compete ou por ocasião dele. Não há culpa, ainda que indireta, in eligendo do patrão por ato pessoal do empregado, sem qualquer pertinência com o exercício do trabalho" (TJRJ, Ap. 40.439, relator Desembargador Emerson Parente, COAD, 30.460).

Na lição de Aguiar Dias, citado por Rui Stoco: "A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude" ("Da Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial", — Doutrina e Jurisprudência, de Rui Stoco, ec. RT, 1997, pág. 55).

É mister saber, na espécie, a fim de restar ou não configurada a culpa do empregador, "se o ato ou fato danoso pode ser vinculado ao exercício das funções, ou se ele deve, ao contrário, ser considerado independente das funções do responsável direto" ("A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem nos Direitos Francês e Brasileiro", de Albertino Daniel de Melo, Forense, Rio, pág. 47).

A propósito a jurisprudência:

"Estando assentada a culpa do empregado, em face do art. 1.521, III, do CC, e até prova em contrário, responsável pela reparação do dano é o empregador. Há presunção de culpa do patrão ou comitente por ato culposos do empregado ou preposto em favor do prejudicado" (1º TACSP — 6ª C — Ap. rel. Jorge Almeida — j. 8/3/83 — RT 577/158) (apud Rui Stoco, ob. cit., pág. 349).

E ainda:

"Em qualquer hipótese, para que subsista a responsabilidade do patrão por ato culposos do empregado, preciso será que esteja a serviço, no exercício do trabalho, ou por ocasião dele. Sem a demonstração dessa circunstância não é lícito concluir pela responsabilidade do preponente" (TJSP — 3ª C. — rel. Evaristo dos Santos — j. 23/3/82 — RT 560/63)" (in Rui Stoco, ob. cit., pág. 349).

Bem por isso foi editada a Súmula 341 pelo STF: "É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposos do empregado ou preposto".

Destarte, provada a culpa do preposto da empresa, a ela cabe o dever de indenizar os prejuízos, por força do art. 1.521, III, do CC. Na espécie vertente, a responsabilidade civil decorreu da má escolha do preposto, configurando a culpa in eligendo. Releva notar, inicialmente, que o preposto somente teve a posse da máquina Schulte-car por ser funcionário da empresa-ré e, além do mais, foi designado para serviço em subsolo, de reconhecido risco.

Em razão da atividade que desenvolvia o preposto e valendo-se da oportunidade que tinha para na ausência do operador aprender a manusear a máquina, é que teve lugar o evento danoso. A prova testemunhal dá conta de que tal ocorria regularmente, sendo que os encarregados desse serviço tinham ciência do fato. Portanto, ocorria negligência naquele setor de trabalho, de alto risco para a integridade física dos operários, sem a prova de uma atuação mais enérgica por parte do empregador visando a prevenir essa

conduta assaz perigosa dos prepostos.

Sublinhe-se mais que na contestação a apelante afirma que "tendo em conta que o local é totalmente escuro, caso ocorra alguma anormalidade, os trabalhadores devem sinalizar com a lanterna para que o operador do Schuttle-car pare a máquina, já que o mesmo, face das peculiaridades do equipamento e das condições do local de trabalho, tem pouca visibilidade. Estes procedimentos são do conhecimento de todos os mineiros" (grifei). Reconhece, assim, que laborar em subsolo exige conhecimentos específicos e cuidados extremos, que não ocorreram no caso em tela.

E sobre o assunto cola-se da jurisprudência:

"A menor falta, a mínima desatenção, desde que danosa, obriga o agente a indenizar os prejuízos consequentes ao seu ato". O art. 1.521, inciso III, do Código Civil, consagra a responsabilidade civil do patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhe competir, ou por ocasião dele. Essa responsabilidade tem escopo, que é o implícito dever dos patrões terem bons empregados, selecionados de forma adequada. Há, em tal contexto, responsabilidade legal ou objetiva, que 'prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade' (Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade Civil, Saraiwa, pág. 17). Arnold Wald (Obrigações, Contratos, 6ª ed., RT, n. 261, pág. 381) é taxativo: a responsabilidade do patrão por ato do preposto está subordinada: a) que o dano tenha sido causado pelo preposto; b) culposamente

(art. 159); c) no exercício ou por ocasião das suas funções (art. 1.521, III).

"...a responsabilidade do patrão surge sempre que demonstrada a culpa do preposto. Antônio Chaves (Tratado de Direito Civil, RT, vol. III, n. 5, pág. 99), invocando Henri e Léon Mazeaud (Traité Theorique et Pratique de la Responsabilité Civile, 4ª ed., n. 935, pág. 856), registra: 'quem recorre aos serviços de um preposto não faz senão prolongar sua atividade própria; o preposto é um instrumento nas mãos do comitente, é o braço forte deste, de tal sorte que, quando o preposto age, tudo se passa como se o comitente agisse ele mesmo'" (Ap. Cív. n. 45.856, de Tubarão, relator Desembargador Francisco Oliveira Filho).

No tocante, portanto, à culpa in eligendo responde o empregador pelos danos causados por sua má escolha.

Por outro lado, embora o fato tenha ocorrido anteriormente à promulgação da Carta Magna de 1988, quando exigível era a prova da culpa grave ou do dolo, para que ocorresse a condenação do empregador em razão de infortúnio do empregado mesmo que não se considerasse presente na espécie uma dessas figuras, a culpa mesmo leve autorizaria a condenação, alcançando o fato pretérito à Carta Federal em vigor.

Conforme a jurisprudência: "o novo preceito constitucional inovou sobremaneira, não mais exigindo a comprovação da culpa grave ou o dolo, pois qualquer falta cometida pelo empregador que causar lesão ao empregado será suscetível de indenização, mesmo as levíssimas, nos termos do art. 159 do Código Civil" (Ap. Cív. n.

50.318, de Chapecó, relator Desembargador Pedro Manoel Abreu).

Todavia, conforme já decidiu o STJ — REsp. n. 30.396-9, SC, Terceira Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ, 3/4/95 — a norma constitucional é aplicável a fato pretérito, anterior a sua vigência.

E desta Câmara Civil colhe-se a ementa da Apelação Cível n. 50.318, de Chapecó, da lavra do eminente Desembargador Pedro Manoel Abreu:

“Responsabilidade civil. Indenização fundada no direito comum, contra a empregadora. Acidente de trabalho. Culpa concorrente demonstrada. Fato pretérito, anterior à atual Carta Política. Irrelevância. Deformidade permanente. Necessidade de uso de prótese. Despesas com o tratamento. Pensão vitalícia. Formação de capital. Descabimento da indenização em dobro. Dano estético ou moral. Critérios indenizatórios.

“É aplicável a atual norma constitucional a fato pretérito, anterior a sua vigência, conforme já decidiu o STJ. Com a integração do seguro de acidentes do trabalho no sistema da Previdência Social, revogadas, por não mais se justificarem, as normas constantes dos Decretos-Leis ns. 7.036/44 e 293/67, haverá responsabilidade do empregador, com base no direito comum, desde que haja concorrido com culpa, ainda que leve, para o acidente’ (REsp. n. 30.396-9—SC, rel. Min. Eduardo Ribeiro, JSTJ e TRF, Lex 73/216).

“Expungida a necessidade de prova do dolo ou da culpa grave, em face da nova orientação da Constituição Federal (art. 7º, XXVIII), vislumbrando-se a mais leve culpa do empregador

por pela produção do acidente do trabalho, procede a indenização fundada no direito comum, independentemente da indenização acidentária, ainda que haja concorrência de culpas.

“Somente a ausência total de culpa do patrão, nas hipóteses de caso fortuito ou força maior, ou de culpa exclusiva da vítima, é que o isentará da responsabilidade civil concomitante à reparação previdenciária”.

Por tais motivos, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges, e com voto vencido o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 17 de junho de 1999.

João José Schaefer,

Presidente para o acórdão;

Alcides Aguiar,

Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado:

Ementa aditiva

Acidente do trabalho — Indenização pelo direito comum — Requisitos — Ocorrência anterior à vigência da CF/88 — Ausência de dolo ou culpa grave do empregador — Direito adquirido à lei vigente ao tempo do fato — Pedido improcedente.

Não se tratando de ação acidentária, mas de reparação civil pelo direito comum fundado em culpa do empre-

gador, há que se respeitar o direito das partes surgido ao tempo do fato, quando se exigia “dolo ou culpa grave”.

“Se pela lei do tempo do fato não surgiu o dever de indenizar, não será a norma posterior que terá a força de fazer aparecer, supervenientemente, o direito subjetivo não gerado pelo fato pretérito” (Humberto Theodoro Júnior).

Votei vencido, com vênha da douta maioria, porque dava provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido.

O ponto fundamental da lide consiste na caracterização ou não da culpa da empresa-ré na ocorrência do acidente que vitimou o apelado, pressuposto para abonar-se a indenização pelo direito comum.

A respeito da responsabilidade civil do empregador decorrente de acidente de trabalho, leciona Jaime Aparecido Tratorella:

“A Constituição de 1988, além de prever o sistema de seguro previdenciário para o acidente de trabalho, acabou por separar, de forma cabal e definitiva, o regime da infortunística do regime da responsabilidade civil, dispondo ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que vissem a melhoria de sua condição social, ‘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’ (art. 7º, XXVIII, da CF de 1988). Trouxe, pois, visceral inovação, uma vez que a responsabilidade civil do empregador passou a ser totalmente guiada por dispositivo do Código Civil (art. 159), não podendo mais se discutir a respeito do grau de culpa (levíssi-

ma, leve ou grave). Qualquer que seja o grau de culpa, a indenização caberá ao empregador, abstraída qualquer compensação da reparação concedida pela Previdência Social, mesmo porque as respectivas indenizações têm fundamentos completamente diversos, isto é, a ação acidentária, sendo de natureza alimentar, é eminentemente compensatória, e a de responsabilidade civil é visivelmente indenizatória, com a finalidade de restabelecer a situação existente e anterior ao evento danoso” (in *Acidentes no Trabalho. Teoria e Prática*, Saraiva, 1994, págs. 85/86).

A Constituição Federal de 1988, assim, veio a excluir a necessidade de que seja provada a culpa grave do empregador (regra vigente ao tempo do acidente ocorrido em 10/12/84), bastando que ele tenha agido com culpa leve ou levíssima, sendo “conclusivo, pois, que somente no caso de provada a integral ausência de culpa da empregadora (hipótese de caso fortuito ou força maior, ou de exclusiva culpa do acidentado) ficará ela isenta do pagamento da indenização fundada em direito comum, paralelamente à indenização fundada na legislação infortunística, esta sempre a cargo da autarquia previdenciária, onde não se perquire a respeito do elemento subjetivo (dolo ou culpa) tanto por parte do empregado quanto do empregador” (ob. cit., pág. 86).

Consta dos autos que o apelado, no dia em que se acidentou, exercia a função de ajudante de serviços gerais, razão pela qual colocava o cabo da cortadeira no gancho de sustentação, quando foi abalroado pela máquina denominada Schuttle-car, equipamento de grande porte destina-

do ao transporte de carvão no subsolo das minas.

A testemunha Sebastião Demétrio Marciano declarou:

“O depoente trabalhava como encanador de bombeiro e estava uns 18 metros distante do autor; este era o ajudante da cortadeira, máquina esta que corta a veia do carvão na rocha; esta máquina é elétrica e possui um cabo de eletricidade de alta voltagem; o autor estava colocando este cabo nos ganchos do teto para evitar que alguma outra máquina passasse sobre ele e o danificasse; longe dali uns 20 metros estava a máquina Schuttle-car parada pois o operador conhecido como padre Carlos tinha saído; um outro empregado conhecido como Galego ou Polaco resolveu, por conta própria, mexer na Schuttle-car, vindo a desativar os freios; com isto a máquina tomou impulso e foi na direção do autor, o qual encontrava-se de costas para a máquina e próximo a parede; a máquina tomou velocidade porque se encontrava num ponto mais alto, indo a atingir o autor, imprensando-o contra a rocha; o autor ficou uns 3 minutos trancado até que foi socorrido; desconhece se a CIPA ou o sindicato estiveram no local, fazendo levantamento do ocorrido; o depoente não prestou declarações para qualquer órgão que previne acidentes; em decorrência daquele acidente o autor perdeu a perna...” (fls. 47).

No mesmo sentido, de que outro funcionário (“ajudante da cortadeira”) mexeu na máquina Schuttle-car, pondo-a em movimento, o depoimento de Francisco Benjamin Scussel (fls. 48) e Manlio João Pagani (fls. 49), conforme se observa, respectivamente:

“Ficou sabendo no local que o ajudante da loder mexeu na Schuttle-car, pondo-a em movimento; o local era uma pequena ladeira e a máquina avançou em direção ao autor” (fls. 48).

“Quando viu o acidente já tinha acontecido; antes escutou os gritos do polaquinho, que era o ajudante da loder e que indevidamente acionou a Schuttle-car; o polaquinho foi mexer na Schuttle-car por certo para aprender; a Schuttle-car estava num ponto mais alto e ela desceu desgovernada na direção do autor, imprensando-o contra a parede de rocha” (fls. 49).

Dessa forma, restou provado que o “ajudante da cortadeira ou loder”, não habilitado, não estava autorizado a acionar a máquina Schuttle-car (carregadeira de carvão) e não se pode imputar à empregadora culpa in vigilando diante do fato de um empregado intrometido, sem vista ou consentimento de quem quer que seja, ter-se apoderado da máquina quando seu operador a estacionou e saiu momentaneamente do local; agindo assim, o empregado descumpriu as normas de segurança da empresa (que eram de seu conhecimento), cabendo-lhe inteira e exclusiva responsabilidade pelo acidente a que deu causa.

A propósito, já se decidiu:

“Civil — Acidente do trabalho — Indenização do direito comum — Pressupostos não comprovados — Recurso desprovido.

“Na indenização acidentária de direito comum o ônus da prova da culpa do empregador e do nexo de causa e efeito entre o dano e o trabalho é do empregado” (Ap. Cív. n. 43.351, de Canoinhas, rel. Des. Amaral e Silva, in DJE n. 8.847, de 14/10/93, pág. 10).

De outro lado, o fato ocorreu em 1984, quando a Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, previa que a empregadora só responderia, em casos de acidente, por dolo ou comprovada culpa grave do empregador, ou de seus prepostos, resultando daí que não há falar em responsabilidade civil da empresa por ato do “ajudante de cortadeira ou loder”, que, ao mexer voluntariamente na máquina Schuttle-car, pondo-a em movimento, veio a atingir o autor; se culpa houve, seria leve, sem força na época para sustentar o pedido indenizatório.

Acerca da responsabilidade civil comum e o acidente do trabalho, traz-se a lição de Humberto Theodoro Júnior:

“A maior novidade da Constituição de 1988, em tema de responsabilidade civil, situa-se, talvez, no campo do acidente do trabalho.

“Até o advento da nova Carta, longa foi a evolução da responsabilidade civil em concorrência com a responsabilidade acidentária. Inicialmente negava-se qualquer cumulação, por se entender que o seguro acidentário exonerava o patrão de qualquer risco no âmbito do trabalho. Mais tarde, o Dec.-Lei n. 7.036/44 veio abrir ensejo para uma reparação civil complementar da indenização proveniente do acidente laboral, na hipótese de dolo do empregador ou de seus prepostos (art. 31).

“A jurisprudência, em seguida, equiparou a culpa grave ao dolo (Súmula 229 do STF). Mas a indenização civil não era completa, pois apenas compreendia a parte em que a indenização acidentária fosse menor do que a reparação comum do ato ilícito.

“Com a superveniência da Emenda Constitucional de 1969 e da Lei n. 6.367/76, deu-se a completa transformação do seguro de acidentes do trabalho em seguro social, ou seja, o acidente foi totalmente absorvido como risco acobertado pela Previdência Social.

“A partir de então, firmou-se a jurisprudência liderada pelo STF no sentido de que a responsabilidade civil comum não mais seria simples complemento da acidentária, mas gozaria de completa autonomia, passando o acidentado a merecer por inteiro as duas indenizações, porque cada uma delas teria causa própria e distinta. Continuou-se, todavia, a exigir, para esse cúmulo indenizatório, a ocorrência de dolo ou culpa grave do patrão (RE 94.429-0, Lex-Jurisprudência do STF 68/101; TJSP, UJ na Ap. 38.705-1, RJTJSP 92/405; TJMG, Ap. 67.638, in Humberto Theodoro Júnior, Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil Comum, São Paulo, Saraiva, 1987, pág. 301; TJSP, Ap. 255.374, RT 537/105; TJMG, Ap. 64.554, in Humberto Theodoro Júnior, ob. cit., pág. 328; 1º TARJ, Ap. 10.239/78, RT 530/217).

“Agora, a Constituição de 1988, além de manter o regime de seguro previdenciário para o acidente do trabalho, deu o passo final para separar, total e definitivamente, o regime da infortunística do regime da responsabilidade civil.

“Com efeito, ao enumerar os direitos sociais dos trabalhadores, a nova Carta, no art. 7º, XXVIII, arrola o ‘seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a in-

denização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa'.

"Esse dispositivo trouxe uma grande e fundamental inovação, pois, com ele, a responsabilidade civil do patrão caiu totalmente no regime do Código Civil. Não se cogita mais do tipo de culpa para impor o dever de reparar o dano regulado pelo Direito Comum. Qualquer que seja, portanto, o grau de culpa terá o empregador de suportar o dever indenizatório, segundo as regras do Direito Civil, sem qualquer compensação com a reparação concedida pela Previdência Social.

"Somente a ausência total de culpa do patrão (em hipóteses de caso fortuito ou força maior, ou de culpa exclusiva da vítima) é que o isentará da responsabilidade civil concomitante à reparação previdenciária.

"A existência, enfim, de culpa grave ou dolo, até então exigida pela jurisprudência para condicionar a responsabilidade civil paralela à indenização acidentária, foi inteiramente abolida nos termos da inovação trazida pelo art. 7º, XXVIII, da nova Constituição. Qualquer falta cometida pelo empregador, na ocasião de evento lesivo ao empregado, acarretar-lhe-á o dever indenizatório do art. 159 do CC, mesmo as levíssimas, porque in lege Aquilia et levissima culpa venit.

"O TJMG acaba de julgar um caso de concurso de responsabilidade civil e acidentária, já aplicando a inovação da atual Carta Magna. O acórdão chegou à seguinte conclusão:

'É sabido, porque de jurisprudência até sumulada, que a indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador.

'Com o advento da Constituição Federal de 1988, modificou-se o Direito. A norma orgânica contida no art. 7º, XXVIII, da CF, passou a assegurar ao trabalhador urbano ou rural 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. A Lei Maior foi além da jurisprudência sumulada, excluindo a gravidade da culpa do empregador como condição para responsabilizá-lo civilmente pelo ressarcimento do dano' (TJMG, Ap. 81.280-1, rel. Des. Oliveira Leite, j. 28/22/89, JMineira 108/267).

"Nota-se que o TJMG aplicou a nova disciplina, criada pela Constituição Federal de 1988, à solução de um caso ocorrido antes de sua vigência, e em que a culpa do empregador não fora grave. Para justificar essa incidência imediata da regra nova, invocou-se o art. 462 do CPC, que permite ao juiz levar em conta, na sentença, o fato superveniente à propositura da ação, em cuja idéia se inclui também o direito novo.

"Aqui, porém, e com a máxima venia ao c. Tribunal, houve um equívoco de técnica processual na aplicação da norma contida no art. 462. É que o dispositivo em questão não autoriza alteração nem do pedido nem da causa de pedir, mormente quando se trata de obrigação de direito privado.

"A obrigação, segundo regra de imemorial prevalência, rege-se pela lei da época de sua constituição. Se pela lei do tempo do acidente não tinha a vítima direito subjetivo à indenização de direito comum, não pode, data venia, o Tribunal reconhecer tal direito com base em norma legal posterior. Isto seria

dar efeito retroativo à nova regulamentação, o que a própria Carta Magna proíbe.

“Não é a sentença que cria a responsabilidade civil aquiliana. O juiz apenas reconhece a presença do direito da vítima em face do causador do dano, direito esse que nasceu no momento da lesão injusta e sob o império exclusivo da lei então vigente. Se pela lei do tempo do fato não surgiu o dever de indenizar, não será a norma posterior que terá a força de fazer aparecer, supervenientemente, o direito subjetivo não gerado pelo fato pretérito.

“Como ensina Ernane Fidélis dos Santos, o art. 462 do CPC se relaciona com a causa petendi, mas com ela não se confunde, em face da impossibilidade legal de alteração do libelo (CPC, art. 264). Fatos novos, que podem ser levados em conta na sentença são aqueles que, sem alterar a causa petendi, se apresentam como prejudiciais, a exemplo do vencimento do contrato litigioso, o pagamento voluntário do débito cobrado em juízo, a prorrogação legal do contrato cuja renovação se pretendia pela sentença, a anistia do débito sub judice etc. Tais inovações interferem no julgamento da

demanda, mas não alteram, de maneira alguma, a causa de pedir (cf. Ernane Fidélis dos Santos, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, t. I/263 e 264, Rio, Forense, 1980, n. 290).

“O fato novo valorizado pelo art. 462 — segundo Pestana de Aguiar — não pode desconectar do fato jurídico que serviu de fundamento ao pedido. ‘Não pode transmudá-lo em sua natureza ou alterá-lo em sua essência’ (Comentários ao CPC, 1ª ed., vol. IV/61, São Paulo, Ed. RT).

“A inovação do art. 7º, XXVIII, da CF de 1988, destarte, só é de aplicar-se a entrada em vigor da nova Carta” (in Alguns Impactos da Nova Ordem Constitucional sobre o Direito Civil, publ. RT, 662, págs. 10/12).

Por estas razões, não se podendo cogitar de culpa, muito menos grave (ressalva constitucional vigente ao tempo dos fatos=direito adquirido), da empregadora, votei no sentido de dar provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido.

Florianópolis, 12 de agosto de 1999.

Nilton Macedo Machado.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.007354-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Alcides Aguiar

Seguro de vida — Segurado portador do vírus HIV — Conhecimento desse estado patológico à data da celebração do contrato — Omissão — Má-fé configurada — Art. 1.444 do CC — Ação improcedente — Apelo desprovido.

Em omitindo o segurado, quando da celebração do contrato securitário, circunstância que, por sua gravidade, levaria o segura-

dor a não aceitar a proposta, indevido se revela o pedido de cobrança do seguro, pela ausência da boa-fé.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.007354-5, da comarca da Capital (6ª Vara), em que é apelante Elaine Wolter Frias, sendo apelada Sul América Companhia Nacional de Seguros S/A:

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

Custas na forma da lei.

Sul América Companhia Nacional de Seguros S/A interpôs embargos à execução que lhe move Elaine Wolter Frias, argüindo, preliminarmente, carência de ação, porque o contrato não se adapta aos requisitos dos títulos de crédito, faltando-lhe certeza, liquidez e exigibilidade. Ainda, em preliminar, propugna pelo indeferimento do pedido de assistência judiciária gratuita, visto que a embargada não cumpriu as exigências do art. 4º do Decreto Estadual n. 7.037/79.

Recolhe-se do relatório de fls. 265: sustenta a embargante que "a negativa do pagamento do seguro de vida em grupo, a que estava vinculado o falecido companheiro da embargada, decorreu da má-fé com que se houve o segurado ao declarar seu estado de saúde, quando do contrato de seguro firmado em 1º/3/93, já que vinha sofrendo de várias doenças e, em meados de 1992, estava ciente que era HIV positivo.

"Aduz, ainda, que a certidão de óbito juntada pela autora omite o fato de o falecido ser portador de vírus da

Aids, inobstante a declaração de óbito, feita pelo Dr. Hercílio M. Capello, refira a doença, evidenciando a relação de causa e efeito entre a causa mortis e a doença preexistente.

"Assevera terem sido desatendidas as disposições dos arts. 1.443 e 1.444 do Código Civil.

"Acostou documentos às fls. 18/26.

"Clama pela procedência dos embargos.

"Intra tempore manifestou-se a embargada, rebatendo as questões suscitadas, através da argumentação contida na peça de fls. 29/34, que incorporo a este relatório; e, inobstante admita que à época da contratação o segurado aparentava estar com saúde debilitada, alega não ter agido de má-fé, pois não acreditava que iria morrer.

"Termina pugnando pelo inacolhimento dos embargos.

"Houve impugnação da embargante (fls. 36/38).

"Às fls. 48/222 foram juntados os prontuários médicos do segurado.

"Foram desentranhados documentos dos autos de execução para integrarem o presente feito (fls. 226/240).

"Na audiência de instrução e julgamento, restando infrutífera a tentativa de conciliação, foram as partes intimadas da documentação anexada, sobre a qual ficaram de manifestar-se por ocasião das razões finais.

"A embargante desistiu da prova oral, e foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela embargada, que desistiu da inquirição de um testigo, sendo concedido prazo para o oferecimento das alegações finais (fls. 241/243).

"Memoriais às fls. 244/247 e 249/263" (sentença de fls. 265 e 266).

Sentenciando, a MMª Juíza de Direito rechaçou as preliminares e, no mérito, acolheu os embargos para declarar nula a execução, ex vi do art. 618, I, do CPC. Condenou a embargada no pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 800,00, isentando-a das custas processuais. Ressalvou porém que a cobrança da verba honorária, pela parte vencedora, fica subordinada à prova de que o vencido perdeu a condição de necessitado.

Apelou a embargada sublinhando que a questão cinge-se à má-fé ou não do falecido Wilson Martins ao contratar o seguro com a empresa embargante, ora apelada.

Sustenta a má-fé da seguradora ao firmar o contrato e em receber os prêmios, quando poderia e deveria saber os problemas de saúde pelos quais atravessava o então contratante. Inversamente, o dolo deste não restou absolutamente demonstrado no feito. Ademais, cabia à embargante o ônus da prova.

Alega que o fato de ter respondido negativamente ao questionamento de enfermidade no momento da contratação deve ser analisado com muita cautela, dês que é de conhecimento comum a forma temerária e meramente "pró-forma" das informações a que são submetidos os contratantes. E, no

caso de dúvida, resolve-se sempre em favor do segurado.

Questiona: se visíveis os sinais da doença, por que então a seguradora efetuiu o contrato? Evidente a má-fé da seguradora, que somente após a morte do segurado, e quando deveria pagar o prêmio, é que alegou a má-fé deste, quando já sabia ou deveria saber da doença.

Diz que ao corretor pouco importava a verdade, pois a sua remuneração, uma vez contratado o seguro, estaria garantida independentemente da certeza dos dados coletados, que, inclusive, "orientando e induzindo os clientes nas respostas da forma mais singela possível", autorizava a imediata exigência dos prêmios correspondentes.

Citando julgados desta Corte de Justiça, sustenta que, em caso de dúvida, resolve-se em favor do segurado. Além disso, restou provado que o de cujus era pessoa ingênua, despreziosa, e, sobretudo, que relutava em aceitar a sua enfermidade.

Menciona que o simples preenchimento da proposta de seguro não configura, por si só, a fraude. "Havia, por primeiro, a obrigação da embargante ao exame médico" (fls. 285).

Após enfatizar, novamente, que o segurado era pessoa de ótima personalidade, honesta, humilde, e até ingênua profissionalmente, afirma que ele não admitia a doença e procurava levar a vida como se nada o tivesse acometido. Assim, não obrou de má-fé ao responder o questionário de maneira negativa à indagação da doença.

Por último, propugna pelo provimento do presente recurso, para pros-

seguir a execução até ulteriores termos.

Apresentadas as contra-razões, sustentando a má-fé do segurado, com citação de julgados, alçaram os autos a este egrégio Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Resolvidas as questões preliminares, carência da ação e assistência judiciária gratuita, o recurso, como ressalta a recorrente, cinge-se à má-fé ou não do de cujus Wilson Martins ao contratar o seguro com a empresa embarcante, ora apelada.

Nos contratos de seguro em geral, os contratantes devem usar da mais alta boa-fé e sinceridade.

J. M. de Carvalho Santos, na obra Código Civil Brasileiro Interpretado, 12ª ed., RJ, Freitas Bastos, 1988, vol. XIX, pág. 292, comentando o art. 1.443, escreveu:

“1. — O segurado e o segurador são obrigados a guardar, no contrato, a mais estrita boa-fé, e veracidade... Mais do que qualquer outro contrato, o de seguro é fundamentalmente bonae fidei, principalmente porque, assumindo o segurador a responsabilidade de riscos, claro que precisa ter elementos exatos para os cálculos do prêmio a cobrar do segurado, enquanto que, da parte do segurado, é preciso que ele confie nas promessas do segurador, contando com a boa-fé com que este assume os riscos.

“(...)”

“Em suma: a principal das obrigações do segurado é ser sincero em suas declarações, no ato de contratar o seguro, devendo agir de boa-fé, de tal sorte que o valor do seguro não ex-

ceda ao da coisa segurada, nem omitindo circunstâncias que pudessem influir na aceitação da proposta ou taxa de prêmio”.

E, comentando o art. 1.444 (págs. 264/5), preceitua:

“Em regra, o contrato de seguro forma-se assim: o agente provoca do segurado uma proposta, em que este pede à Companhia para ser segurado por um determinado risco e em dadas condições. A proposta, geralmente impressa, é fornecida ao interessado, que, depois de preenchidos os claros, é assinada e devolvida ao agente ou diretamente à Companhia. As propostas são acompanhadas de um questionário, em vista do qual o segurado tem de responder a uma série de perguntas impressas, relativas a circunstâncias que poderão influir para a verificação do sinistro. De posse dessa proposta e questionários devidamente respondidos, se a Companhia a aceita, fornece a apólice, para que, com a apresentação dela, seja pago o primeiro prêmio.

“Todos são acordes em que a proposta e a resposta ao questionário são partes integrantes do contrato, precisamente porque as declarações feitas pelo segurado na sua proposta, nos questionários, e que serviram de base à emissão da apólice, servem para determinar o objeto do contrato, isto é, os riscos que pelo acordo ficaram assegurados, senão também para a fixação da taxa do prêmio a pagar, na proporção das probabilidades do sinistro, que se poderiam deduzir de tais declarações.

“Por aí já se vê o elevado alcance que apresentam essas declarações do segurado, o que não passou despercebido ao legislador, que, a elas

aplicando a teoria geral sobre o erro e o dolo nas declarações de vontade, fez inserir no Código o preceito segundo o qual tais declarações quando não corresponderem à verdade, seja por serem falsas, seja por serem apenas errôneas, constituem causa de nulidade do contrato.

“Omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta, ou na taxa do prêmio (...) A mesma regra vale com relação às reticências, isto é, com relação às circunstâncias que poderiam influir sobre o seguro e eram conhecidas do segurado, que, não obstante, as omitiu de boa-fé ou de má-fé”.

Mais adiante:

“Em se tratando de seguro de vida, com o mesmo, se não com mais rigor, devem ser apreciadas as falsas declarações e as reticências.

“Em verdade, é princípio universalmente aceito que, em matéria de seguro em geral, o segurado é obrigado a declarar, desde logo, com verdade, a natureza e a situação dos objetos sujeitos aos riscos, e, no que respeita particularmente aos seguros de vida, a indicar a sua idade precisa, a prestar esclarecimentos exatos sobre a sua saúde, profissão, residência etc., devendo, em suma, declarar tudo o que sabe e que interessa ao segurador para a efetuação do contrato quando as circunstâncias caladas — as reticências, ou as circunstâncias inexatamente declaradas forem de ordem a levá-lo a dar o consentimento que teria negado se conhecesse a realidade” (pág. 299).

In casu, o segurado omitiu algumas informações vitais para a realização do seguro de vida. Não relatou estar acometido de moléstia grave, ou

seja, portador do vírus HIV, que “é um membro da subfamília lentivírus dos retrovírus humanos. Estes vírus se codificam através de uma enzima conhecida como transcriptase reversa, que permite a transcrição RNA viral em DNA proviral com subsequente integração para dentro do genoma celular do hospedeiro, levando a uma persistente e latente infecção. Os retrovírus estão associados com doenças de incubação de longo período, envolvimento com o sistema hematopoietico e sistema nervoso central, com supressão imune” (in “Princípios de Medicina Ambulatorial”, 3ª edição, Artes Médicas, Porto Alegre, 1993, pág. 345).

O contrato de seguro foi realizado em 1º/3/93, sendo que o segurado respondeu negativamente quando perguntado se era portador de alguma moléstia que o obrigasse a consultar médicos periodicamente, se estivera internado em regime hospitalar para tratamento médico e se havia se submetido a exames médicos (fls. 228).

Analisando-se os autos, percebe-se que realmente o segurado tinha conhecimento de que era portador do vírus HIV positivo antes de efetuar a contratação do seguro, pois em 26/5/92, portanto dez meses antes do seguro, recebeu o resultado do teste anti-HIV que havia realizado em 13/5/92 (fls. 24), confirmando ter a grave doença. Também às fls. 222, segundo o prontuário médico/evolução do paciente, na data supramencionada, foi encaminhado ao CAPS o exame anti-HIV a que o segurado havia se submetido, sendo que, em 26 de maio daquele mesmo ano, restou confirmada a doença: “Teste anti-HIV ‘reagente’ (E1, E2, e IF1). Oferecido apoio psicológico e clínico do ambulatório; orientação para

prevenção sua e dos outros e sobre mudança de hábitos para manutenção de sua imunidade”.

Da mesma forma, o depoimento testemunhal de Guilherme Guerreiro da Fonseca, médico, confirma que o de cujus sabia que era portador daquela moléstia grave: “que no início ou meados de 1993 Wilson Martins em conversa com o declarante mostrou-lhe um exame por ele realizado no DASP, com resultado HIV positivo...” (fls. 242).

Também a apelante, ao se manifestar acerca do assunto, confirma a preexistência da doença: “Ora, era notório, à época da contratação, o estado debilitado que já atravessava o de cujus. Repleto de sarcomas e manchas na pele por todo o corpo, era visível ademais às escâncaras sua debilidade, tanto mais agravado pelo etilismo” (fls. 31).

Portanto, diante das provas apresentadas e não impugnadas, depreende-se que o segurado não agiu com boa-fé, não só ocultando, mas negando intencionalmente ser portador do HIV, sendo despicienda a assertiva de que possuía ótima personalidade, honesto, humilde e até ingênuo profissionalmente.

O ônus da prova cabia à seguradora, e ela demonstrou exaustivamente a situação suso referida. Por outro lado, não comprovou a apelante suas alegações de que a seguradora tinha conhecimento da doença e que agiu com má-fé, porque, ainda assim, continuou a receber os prêmios. Ao contrário, as provas são harmônicas entre si e favoráveis à empresa embargante. A não-realização de exame médico, quando da contratação, não comprova

que a seguradora tivesse ciência da doença, apenas acarreta a ela maior risco em relação aos segurados. É elemento que, juntamente com a falta de comprovação da ciência por parte do segurado de doença preexistente, autorizaria o pagamento do seguro aos beneficiários.

Sobre o assunto, é o seguinte o entendimento desta egrégia Corte de Justiça:

“— Seguro de vida.

“— O contrato de seguro não obriga à indenização se o segurado (art. 1.444 do Código Civil) ou seu representante (art. 1.445 c/c art. 96 do Código Civil) não fazem declarações verdadeiras, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta.

“— Posto inexistente, atualmente, norma específica no Código de Processo Civil, os indícios e presunções são meios de provas aceitos em nosso Direito (CPC, arts. 332 e 131) e desde que graves, precisos e concordantes, fazem prova, especialmente, em procedimentos de má-fé.

“Omissão, na proposta de seguro, dois meses antes do óbito e cinco meses depois de iniciado tratamento específico, de gravíssima doença, não ignorada pelo segurado ou seu representante, vicia o contrato de seguro e desobriga o segurador do pagamento da indenização” (Apelação Cível n. 31.465, rel. Des. João José Schaefer, j. 10/5/90).

Mais:

“Seguro de vida em grupo — Segurado que, na proposta, negou internações hospitalares ocorridas dois meses antes — Moléstia grave —

Omissão intencional de informação — Violação da obrigação de sinceridade — Inteligência do art. 1.444 do Código Civil — Execução contra seguradora — Embargos improcedentes — Recurso provido.

“No contrato de seguro, a boa-fé é fundamental, erigindo-se a sinceridade como uma das obrigações do segurado quando do preenchimento da proposta.

“A seguradora não está obrigada ao pagamento contratado se o segurado, violando sua obrigação de sinceridade, ao preencher a proposta, omitiu informações relevantes acerca de seu estado de saúde e respectivas informações hospitalares” (Apelação Cível n. 49.228, rel. Desembargador Nilton Macedo Machado, j. 25/9/97).

Ainda:

“Seguro — Invalidez — Moléstia preexistente — Freqüentes internações hospitalares — Fato omitido pelo segurado — Agravamento da doença — Aposentadoria — Obrigação de indenizar inexistente.

“Para o contrato de seguro de vida a veracidade da declaração de saúde é indispensável. Se o seguro afir-

ma plena saúde e, ao contrário, estava acometido de insidiosa doença, que o obrigara a se internar e que, em poucos meses, o vitima, a seguradora não pode ser compelida a indenizar o respectivo seguro.

“Não há seguro sem risco e boa-fé. Se a companhia soubesse tratar-se de pessoa doente, recusaria a proposta. Omitindo circunstância essencial à validade do contrato, o segurado desnaturou o seguro” (Ap. Cível n. 32.470, Desembargador Amaral e Silva)” (in Apelação Cível n. 49.230, rel. Desembargador Newton Trisotto, j. 8/10/96).

Diante das razões expostas, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Solon d’Eça Neves.

Florianópolis, 23 de setembro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente;
Alcides Aguiar,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.011706-2, DE BLUMENAU

Relator: Des. Alcides Aguiar

Apelação cível — Reintegração de posse — Comodato verbal feito pela Municipalidade com pessoa física — Presença apenas desta no pólo passivo — Posse, porém, atualmente exercida por pessoa jurídica — Pretendida anulação do processo por ilegitimidade passiva ad causam — Inocorrência — Sociedade familiar — Equivalência a firma particular — Aplicação da teoria da desconsideração da

pessoa jurídica — Notificação judicial irregular — Ausência de constituição em mora — Ocorrência desta quando o réu vem aos autos para contestar a ação, suprindo a falta de citação — Sentença mantida.

Ocorrendo abuso de direito, caracterizado pelo fato de manter-se a pessoa física, parte no contrato de comodato, por vários anos na posse do imóvel sem decidir devolvê-lo, tanto que ao contestar a ação reintegratória de posse afirma “que não quer dizer que o requerido permanecerá infinitamente no imóvel”, é de ser afastada a nulidade do processo por falta de citação da sociedade comercial da qual o contestante é sócio-gerente, desde que esta seja constituída juntamente e apenas com sua suposta companheira, a ensejar a aplicação no âmbito processual da teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

Com efeito: “se a pessoa jurídica com legitimidade passiva para se opor ao pedido do autor não for citada, mas os sócios que detêm a representação legal da sociedade comparecem aos autos e defendem, em toda a sua plenitude, os interesses do ente coletivo, integra este a relação processual, que se aperfeiçoa com a contestação apresentada. Não há, pois, obstáculo à entrega da prestação jurisdicional, sem qualquer risco de ser infringido o direito ao devido processo legal ou o princípio do contraditório” (in RT 659/154).

“Em que pesem ostentarem a qualificação de ‘limitadas’, para os efeitos legais, as empresas familiares, integradas por marido e mulher e por outros parentes, nada mais significam, na prática, do que verdadeiras firmas individuais” (AI n. 10.465, Desembargador Trindade dos Santos).

Se a notificação judicial — onde busca o notificante a constituição em mora do possuidor, para fins de ser acolhido pedido de liminar em ação de reintegração de posse — for irregular, a presença da parte nos autos desta para contestar, suprindo a falta de citação (art. 214, § 1º, do CPC), alcança tal finalidade.

Theiss, sendo apelado o município de Blumenau:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.011706-2, da comarca de Blumenau (3ª Vara Cível e Feitos da Fazenda), em que é apelante Alfonso dos Santos

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, afastar as

preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

O município de Blumenau ajuizou ação de reintegração de posse em face de Alfonso Theiss, alegando, em síntese, que é proprietário do imóvel situado na Rua 15 de Novembro, 161, Centro, registrado no 1º Ofício do Registro de Imóveis da comarca de Blumenau, sob n. 13.327, fls. 221, Livro 3-B.

Relata que mantinha um contrato de comodato verbal tácito com o requerido de parte do imóvel e ao solicitar, por diversas vezes, a sua devolução não foi atendido, ensejando, para a caracterização do esbulho, a notificação judicial ocorrida em 18/9/95.

Afirma que restaram ineficazes todas as tentativas de uma solução amigável, e, com a configuração do esbulho, requer a reintegração liminarmente, sendo ao final a ação julgada procedente, condenando-se o réu na indenização dos prejuízos, bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

O Dr. Juiz de Direito, entendendo presentes os requisitos necessários para a concessão da liminar de reintegração de posse, deferiu-a com base no art. 928, primeira parte, do CPC.

Na contestação o réu alega, preliminarmente, ilegitimidade passiva de causa, uma vez que é apenas sócio da sociedade comercial que ocupa o imóvel — Brasil Escolar —, não se confundindo por isso com a pessoa jurídica. Assim, não existe nenhuma relação jurídica sua com a Municipalidade.

No mérito, sublinha que ocupa o imóvel há mais de 20 (vinte) anos, funcionando ali um comércio de materiais escolares para pessoas de baixa renda de Blumenau e região.

Aduz que vem mantendo com o Município o que foi convencionado in ter pars, ou seja, atender pessoas carentes, contribuindo para o acesso destas ao ensino primário e secundário.

Alega que a ação tem sua origem na perseguição pessoal, já que é irmão do ex-prefeito municipal e, principalmente, na ganância, posto que há interesse particular em explorar o ponto comercial criado.

Assevera que o próprio Município é seu cliente há longa data, salientando que isso não quer dizer que vai infinitamente permanecer no imóvel; no entanto, não há qualquer fator prejudicial relativo aos negócios que justifique a retomada do imóvel.

Por fim, requereu a improcedência do pedido com a consequente condenação em custas processuais e honorários advocatícios.

O autor manifestou-se sobre a contestação, aduzindo que o contrato de comodato só ocorreu por ser o réu — pessoa física —, à época da relação, representante do FAE — Fundo de Auxílio ao Estudante —, sendo a venda do material escolar subsidiada pelo MEC, objetivando o Município com tal ato beneficiar o estudante mais carente. Hoje, afirma, o convênio do réu com o MEC não mais existe. Não merece prosperar a ilegitimidade de parte, já que o contrato social apenas foi registrado em 21/8/90.

O Parquet, por seu representante, manifestou-se pela procedência do pedido.

Às fls. 78/81, o Magistrado julgou procedente em parte o pedido, determinando, em consequência, a reintegração da posse do autor no bem objeto da demanda.

Irresignado o réu apelou, alegando, em preliminar, a ilegitimidade passiva de parte, já que Alfonso Theiss era representante do FAE — Fundo de Apoio ao Estudante — e em nome dele obteve a cessão de direitos sobre o imóvel. Logo, o negócio jurídico administrativo foi entre o município de Blumenau e a União Federal, representada pelo FAE.

O FAE teve suas atividades encerradas, sendo que para continuar atendendo a comunidade escolar menos favorecida, com preços bem abaixo do mercado, os encarregados de postos do FAE do Brasil resolveram em reunião realizada em 12/9/90, na Delegacia do MEC — Ministério da Educação e Cultura —, em São Paulo, implantar pessoas jurídicas de direito privado com o fito de dar continuidade aos serviços prestados. Assim, quem deveria estar no pólo passivo da ação é a empresa Brasil Escolar Papelarias e Livrarias Associadas S/C Ltda.

Diz que, quando o FAE encerrou suas atividades, sendo substituído por uma firma de direito privado, a Municipalidade concordou tacitamente com a continuação das funções pela empresa Brasil Escolar e contra esta deveria ser proposta a ação de extinção de comodato tácito.

Anota que, na detonação processual em face de Alfonso Theiss, houve a citação por hora certa, estan-

do ela inepta pela incapacidade de quem a recebeu, Alan Theiss, filho do réu que se encontra em tratamento médico contínuo posto padecer de síndrome mental crônica, razão pela qual a citação está inquinada de nulidade, atingindo, assim, todos os demais atos processuais.

No mérito, destaca que a União pode ceder bens aos Municípios, em contrapartida o Município também pode ceder espaços físicos para aquela, o que foi feito. Percebe-se logo que não existe comodato, mas sim uma cessão gratuita do espaço físico das salas. Alega que o próprio município de Blumenau declara, às fls. 70, que o prédio foi cedido.

Assevera que, “ainda assim, se comodato fosse contra a Brasil Escolar, deveria ter pedido a extinção do comodato e a sua consequente retirada, mesmo porque a cessão de direitos do governo municipal para o federal, com a extinção do FAE, transformou-se tacitamente em comodato com a Brasil Escolar, contra quem deveria ter sido detonado o processo, mas não o foi, e sim contra Alfonso Theiss”.

Ressalta que a cessão de direitos é um negócio jurídico de direito público e o comodato um contrato de direito privado, concluindo, preliminarmente, pela anulação do processo, por isso que a citação é nula. No mérito, propugna pela desconstituição da ordem reintegratória de posse, uma vez que o réu não pode dar em reintegração aquilo de que não é detentor e sim a pessoa jurídica.

Nas contra-razões, o município de Blumenau, após dissertar sobre o andamento do feito, objetiva a tutela antecipada para que seja reintegrado

no imóvel, ex vi dos arts. 273 e 927 do CPC, e consoante jurisprudência e doutrina que cita em prol da sua tese.

Quanto ao apelo, sublinha que as preliminares argüidas ressentem-se de consistência, uma vez que o réu/apelante é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, tendo em vista que este representava o FAE e mantinha contrato verbal com a edilidade, exercendo desde então posse ilegal sobre a coisa. Sobre a nulidade do ato citatório, informa que a citação por hora certa refere-se à notificação judicial, e nesta ação o chamamento judicial para integrar a lide ocorreu da forma preconizada no art. 214, § 1º, do Código Buzaid, com o comparecimento espontâneo do réu, ofertando contestação.

O representante do Ministério Público opinou pelo acolhimento do recurso.

O ilustre Procurador de Justiça, Dr. Raulino Jacó Brüning, opinou pela anulação parcial do processo por ilegitimidade passiva ad causam, ou, se julgado o mérito, deve o recurso ser improvido.

O apelado requereu, em face do julgamento do agravo de instrumento e do mandado de segurança ser-lhe favorável, o cumprimento do mandado reintegratório.

É o relatório.

Tratam os autos de reintegração de posse intentada pelo município de Blumenau em face de Alfonso Theiss, objetivando tutela jurisdicional positiva para a retomada do imóvel situado na Rua 15 de Novembro, n. 161, Centro, Blumenau.

É parte legítima — consabidamente — para figurar no pólo passivo da ação o titular do interesse que resiste à pretensão. Legitimidade para Liebman “é a pertinência subjetiva da ação”, e para Arruda Alvim, “a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença” (apud Humberto Theodoro Júnior, “Curso de Direito Processual Civil”, vol. 1, 20ª ed., Forense, 1997, pág. 57).

Observe-se inicialmente que tanto a notificação judicial quanto a ação de reintegração de posse foram propostas em face de Alfonso Theiss, e não poderia ter sido diferente. O FAE, órgão governamental instituído pela União, visando a atender às classes menos favorecidas, com revenda de material escolar a preço subsidiado pelo Ministério da Educação e Cultura, foi extinto, mas, no entanto, como seu ex-representante, o réu passou a explorar o mesmo ramo comercial, já agora instalando-se com uma empresa privada no mesmo local, denominada “Brasil/Escolar — Papelarias e Livrarias Associadas S/C Ltda.”, composta pelo contestante e mais Maria José Mafra, instituída em 13/7/1990 (fls. 39).

Não há dúvida de que distinta é a pessoa jurídica da de seus sócios; contudo, mister é ressaltar que o comodato na espécie foi convencionado tacitamente e de forma verbal entre as partes e em nome do réu, pessoa física, que já então deixara de exercer as representações do FAE e passara a desempenhar o mesmo papel, agora de maneira autônoma.

Nesse lastro, o art. 1.248 do Código Civil dispõe que “o comodato é o

empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto”.

Não obstante, “os tutores, curadores, e em geral todos os administradores de bens alheios não poderão dar em comodato, sem autorização especial, os bens confiados à sua guarda” (art. 1.249). Logo, não poderia o réu transferir o comodato sem a vênia do autor.

Ora, a tradição foi automática, ou seja, extinto o FAE, imediatamente o requerido começou a desempenhar o mesmo papel para o autor que lhe emprestou o imóvel gratuitamente, almejando a mesma finalidade antigamente desenvolvida, tanto é que a empresa denominada Brasil Escolar — Papelarias e Livrarias Associadas S/C Ltda. somente passou a ter sua sede no imóvel objeto da demanda em 1º/3/92, (fls. 42), ou seja, bem depois da extinção do órgão governamental, sendo que nesse lapso temporal a atividade prestada não cessou.

Ademais, “como o contrato de comodato é de natureza pessoal, sua denúncia se faz por notificação apenas à pessoa com a qual foi ajustado” (Ap.-rev. 408.952.00/3, j. em 10/8/94, rel. Juiz Ismeraldo Farias) (apud Ap. Cív. n. 96.009513-6, rel. Desembargador Trindade dos Santos).

No caso concreto, como bem assinala o Dr. Promotor de Justiça, “a permissão não foi dada para a pessoa jurídica, ou seja, para Brasil Escolar Papelaria e Livraria Associadas Ltda., mas sim para o réu apelante, o qual instalou a empresa”.

O fato de haver o Município adquirido mercadoria da empresa citada — fls. 44/47 — não torna esta parte na

ação, uma vez que o réu, originariamente, é quem recebera o imóvel, e, sob a forma tácita de comodato ou de permissão de uso, em ambas as hipóteses, com caráter precário, é indubitoso que a autorização não se firmara com a pessoa jurídica mas com a pessoa física do réu.

Há que se atentar, ainda, para a instrumentalidade do processo. É o próprio réu — na contestação — quem afirma “que não quer dizer que o requerido permanecerá infinitamente no imóvel”.

Ora, isso é afirmado em 9 de fevereiro de 1996 e são passados mais de 3 anos sem que o réu decida devolver o imóvel à Municipalidade. Ocorre, na realidade, verdadeiro abuso de direito, com merecendo, à hipótese, ser aplicada a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, por isso que “não é sem frequência que a pessoa jurídica, por meio de seus membros, é desviada de sua finalidade para atingir fins escusos, prejudicar terceiros ou fraudar a lei” (RT 620/136).

Vale dizer: “O Juiz, ante o fato de que a pessoa jurídica é utilizada para fins contrários ao direito, pode, em casos específicos, desconsiderar a personalidade jurídica e equiparar o sócio e a sociedade, para coibir o abuso de direito. A assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entravar a própria ação do Estado, na realização de perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do Juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito” (Darcy Arruda Miranda Júnior, in “Dicionário Jurisprudencial da Sociedade de Responsabilidade Limitada”, Saraiva,

São Paulo, 1988, pág. 74) (grifo nosso) (in Ap. Cív. n. 43.191 — Desembargador Paulo Gallotti).

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado Mineiro assim se pronunciou em caso semelhante:

“Se a pessoa jurídica com legitimidade passiva para se opor ao pedido do autor não for citada, mas os sócios que detêm a representação legal da sociedade comparecem aos autos e defendem, em toda a sua plenitude, os interesses do ente coletivo, integra este a relação processual, que se aperfeiçoa com a contestação apresentada. Não há, pois, obstáculo à entrega da prestação jurisdicional, sem qualquer risco de ser infringido o direito ao devido processo legal ou o princípio do contraditório”.

E prossegue:

“A moderna teoria da disregard of legal entity objetiva coibir abusos e conter a onda sempre mais atrevida do ilícito, transformando a pessoa jurídica com capa eficiente do engodo nas transações comerciais. Verdade que a teoria não atingiu suas derradeiras conseqüências: ainda não faz desaparecer a sociedade, apenas a desconhece para ver, através dela, numa transparência nítida, a autoria dos que praticam a ação e se tornam responsáveis. De qualquer forma, a justiça — na persecução do real — situa o verdadeiro autor do ato impugnado e o traz à tela da lide” (Ap. 80.482-1 — j. 5/12/89 — rel. Desembargador Bady Curi — comarca de Uberaba — in RT 659/154).

Ressalte-se, por fim, que os sócios da empresa são: Alfonso dos Santos Theiss e Maria José Mafra — doc. de fls. 39/43, tendo estes o mesmo en-

dereço residencial — Rua Amazonas, 1321, Garcia — Blumenau, o que importa concluir que, se não são casados, por coabitarem no mesmo teto emergem sob esse caráter, em união aparentemente estável.

Válido aqui citar o seguinte julgado, proferido no Agravo de Instrumento n. 10.465, de que foi relator o eminente Desembargador Trindade dos Santos, j. em 2/4/96, quando consignou:

“... ”

“Em que pesem ostentarem a qualificação de limitadas, para os efeitos legais, as empresas familiares, integradas por marido e mulher e por outros parentes, nada mais significam, na prática, do que verdadeiras firmas individuais.

“... ”

“Destarte, a qualidade de cotista do executado, aliada ao exercício do cargo de gerência e às características nitidamente familiares e, portanto, individuais, da falida, vinculam seu patrimônio à quebra, tornando-o indisponível”.

Por outro lado, não há cogitar de nulidade da citação com hora certa. Efetivada na pessoa do filho do réu apenas a notificação, embora sem as formalidades legais, eis que aquele revela-se juridicamente incapaz em face da enfermidade de que padece, nem por isso deixou o acionado de vir a Juízo, ciente que ficara da existência da demanda em face da liminar concedida, como alega, eis que ofertou contestação ampla, donde haver restado sanada a irregularidade suscitada mercê da norma prevista no § 1º do art. 214 do CPC.

Merece realçar ademais conforme a melhor jurisprudência:

“É dispensável a prévia interposição do comodatário para fins de extinção do comodato por prazo indeterminado, de imóvel, cuja entrega é requerida pelo adquirente do bem. Caso em que o comodatário é constituído em mora pela citação (REsp. n. 25298-6, 13/10/92, 3 T. STJ, rel. Min. Cláudio Santos, in DJU, 16/11/92, pág. 21139)” (in “Dicionário Jurisprudencial”, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, Dagma Paulino dos Reis, pág. 307).

No caso concreto, a presença da parte nos autos para contestar, suprimindo a falta de citação, serviu para constituí-la em mora.

No mérito propriamente dito a ação sofreu exato desate.

O bem faz parte do patrimônio da Municipalidade (fls. 8), sendo que ele, inicialmente, por meio realmente da cessão de uso — “transferência gratuita da posse de um bem público de uma entidade ou órgão para outro, a fim de que o cessionário o utilize nas condições estabelecidas, por tempo certo ou indeterminado” (fls. 233, parecer do Ministério Público, Dra. Rosemarie Veronica Sachtleben), foi utilizado pelo Fundo de Assistência ao Estudante, e, com a extinção deste, passou a ser ocupado pelo seu ex-representante na cidade, Alfonso Theiss, em caráter precário.

Aqui, pouco importa se antes havia ou não uma cessão de uso entre a Municipalidade e o ente estatal, posto que tal relação foi extinta como inclusive atesta o apelante (fls. 91).

Acontece que a partir do momento em que, não mais existindo qualquer vínculo entre Alfonso Theiss

e o FAE, aquele continuou a exercer suas atividades, agora para o município de Blumenau e em nome próprio, passou a existir a figura do comodato-tácito. Acerca da conceituação do comodato recolhe-se do escólio de Arnaldo Marmitt, in “Comodato”, Aidé Editora, 1ª edição, 1981:

“Comodato é o empréstimo unilateral e gratuito, através do qual alguém entrega a outrem coisa infungível, para ser utilizada temporariamente e depois restituída, segundo Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil — 2/213). É o contrato gratuito, pelo qual alguém entrega a outrem alguma coisa infungível, para que dela se utilize, gratuitamente, e a restitua depois, na definição de Clóvis Beviláqua (Código Civil Comentado — IV/49). Para Jefferson Dairbert, trata-se de contrato gratuito de coisa infungível, cuja fruição temporária impõe àquele que a recebe a obrigação de restituí-la íntegra (Contratos — pág. 287). Na visão do legislador civil, comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, que se perfaz com a tradição” (págs. 9/10).

Destarte, ao ter conhecimento real da intenção do proprietário acerca da devolução do imóvel, pela notificação ou em face da ação já intentada, a recusa oposta pelo contestante, de forma injustificada, haveria de levar à procedência do feito posto que presentes os requisitos imanentes à natureza da causa aforada. De conseguinte, nega-se provimento ao apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Solon d’Eça Neves, e lavrou parecer, pela douta Procu-

Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr.
Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 30 de setembro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente;
Alcides Aguiar,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.014073-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Alcides Aguiar

Apelação cível — Adoção plena — Estatuto da Criança e do Adolescente — Lei n. 8.069/90 — Destituição prévia do pátrio poder — Desnecessidade — Extinção desse direito automaticamente decorrente da adoção — Infante desde tenra idade sob os cuidados da madrinha, que inclusive detinha a guarda judicial — Possibilidade excepcional da visitação entre a menor e sua mãe de sangue e irmão gêmeo, se e enquanto lhe for conveniente — Recurso provido.

Para a adoção plena dispensável faz-se a prévia destituição do pátrio poder. “O só deferimento da adoção conduzirá automaticamente à extinção do pátrio poder” (Heloísa Helena Barboza, “O Consentimento na Adoção de Criança e de Adolescente”).

Se a menor desde praticamente o nascimento é entregue pela mãe de sangue aos cuidados da madrinha; se essa guarda apenas esporadicamente voltava à mãe natural que a exercia com escassa responsabilidade, tanto que a criança retornava à guardiã provisória debilitada e carente de cuidados médicos; se a menor se acha integrada ao lar substituto, único onde encontrou segurança, cuidados e amor essenciais ao seu normal desenvolvimento, impõe-se deferir a adoção plena com conseqüente extinção do pátrio poder.

Malgrado a adoção plena importe no desligamento do vínculo com a mãe biológica, excepcionalmente, e diante do caso concreto, possível é a visitação entre a menor, seu irmão gêmeo e aquela, se e enquanto for da vontade e conveniência da adotanda, e apelante R. C. D., sendo apelada T. de J. de M.:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.014073-0, da comarca da Capital (Vara da Infância e Juventude), em que

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

Custas na forma da lei.

R.C.D. ingressou com pedido de adoção da menor R. M., nascida em 21 de setembro de 1991, pois, na qualidade de madrinha desta de batismo e detentora da sua guarda judicial, é quem destina todo o carinho e lhe dá assistência material, desde o nascimento.

Diz que conheceu a menor e seu irmão gêmeo na cidade de Porto Alegre, em 10/10/91, por intermédio de seu irmão, sendo que, a pedido da mãe dos menores, trouxe R.M. para Florianópolis, em novembro daquele ano, aqui permanecendo esta até meados de dezembro, indo passar as festas de fim de ano junto aos pais da autora e, após, retornado com ela para esta Comarca, onde permaneceu até março de 1992.

Aduz que, em maio de 1992, novamente a pedido da mãe biológica, foi buscar a menor, que ficou aos seus cuidados até as vésperas de completar um ano de idade. Em setembro de 1993, após telefonema daquela, atendeu a pedido de ajuda, buscando a menor e encaminhando-a para o Hospital Universitário, com grave quadro clínico, apresentando infecção urinária, e tendo peso, estatura e constituição óssea muito abaixo do normal.

Em 17/10/94 requereu a guarda judicial da menina, com a expressa anuência da mãe biológica, sendo-lhe deferida a guarda provisória em 25/5/95.

Sublinha que a relação entre elas é de mãe e filha, com perfeita adaptação da menor ao lar da autora, estando inclusive cursando uma escola infantil, recebendo muito carinho e dedicação.

A mãe biológica, contestando o feito, sustenta, preliminarmente, que a autora agiu com má-fé, de maneira "mentirosa e irresponsável". Alegou que quando estava grávida foi procurada por R. C. D., irmão da autora, que, sabendo de sua difícil situação, ofereceu-lhe apartamento, tratamento médico-hospitalar e todos os meios para uma vida mais digna, com a condição de que registrasse os gêmeos como se fossem seus filhos legítimos, o que efetivamente ocorreu. No entanto, após transcorridos dois anos aproximadamente, a autora e seu irmão foram, cada vez mais, insistindo para que entregasse seus filhos, negando-lhe, para obter isso, os meios de subsistência que lhe tinham oferecido anteriormente.

Alega que levavam seus filhos para passar temporadas em suas companhias, o que deixava a ré muito angustiada, culminando com pedido de anulação da certidão de nascimento de seus filhos; que aconselhada a não provocar um violento rompimento, visto que as crianças tratavam o irmão da autora como pai e a esta como tia, pediu para que ela levasse sua filha para Florianópolis, até que encontrasse um novo emprego, pois estava com dificuldades para manter a criança; que após um certo tempo a autora proibiu que se encontrasse com sua filha, inclusive com ameaça feita pelo telefone.

Salienta que quando assinou a declaração de concordância entendeu que se tratava apenas de autorização para que sua filha ficasse junto à autora por mais algum tempo, no entanto, quando se deu conta da importância de tal documento, ingressou em Juízo buscando a posse da menor, e somente após informada dessa ação é que a

autora ajuizou a presente ação de adoção.

Posteriormente, requereu a mãe biológica a busca e apreensão da menor, que restou indeferida, porque, além de ser inoportuna naquele momento, a criança estava sob guarda judicial da autora.

Replicou a autora.

Após a realização da audiência de instrução e julgamento, colhida a prova testemunhal, o Ministério Público manifestou-se opinando pela fixação de dias para que a mãe biológica pudesse visitar a menor, o que restou deferido pela ilustre Magistrada.

Apresentadas as alegações finais, o representante do Parquet manifestou-se pelo indeferimento da adoção.

Sentenciando, a digna Magistrada julgou improcedente o pleito.

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação, alegando que requereu expressamente a citação da mãe biológica para a destituição de seu pátrio poder, sendo que o fato de não ter feito tal requerimento em processo autônomo não invalida a pretensão, pois, segundo a jurisprudência pátria, pode ser ele cumulado com o pedido de adoção.

Afirma que a mãe biológica não pode cumprir com os deveres que o pátrio poder acarreta, tais como guarda, educação e demais encargos referentes ao bom crescimento da menor, por não possuir condições para tanto. A apelante possui a parcela objetiva do pátrio poder, sendo que, como ressalta a digna Magistrada em sua decisão, a apelada não conseguiu demonstrar a

necessidade ou oportunidade de ser revogada a guarda judicial.

Ressalta que a prova testemunhal colhida nos autos demonstra que se constituiu entre a menor e a apelante um vínculo de afetividade e de filiação, o que já não ocorre em relação à apelada, e que esta, somente após o ingresso do pedido de adoção, dignou-se a visitar a menor e em três oportunidades.

Salienta que tanto o estudo social como o parecer psicológico entenderam que a menor estava adaptada em seu convívio, corroborando o vínculo afetivo entre a autora e a adotanda. Sublinha ainda a apelante que a menor recebe todos os cuidados indispensáveis à sua saúde, educação e bem-estar.

Procurou demonstrar o desinteresse da mãe biológica fazendo um histórico dos fatos, como o de ter faltado a duas visitas marcadas pelo emérito julgador de Primeiro Grau, sem qualquer justificativa, e também os problemas emocionais que a reaproximação com a apelada causou à adotanda.

Apresentadas as contra-razões, manifestou-se o Ministério Público pelo conhecimento e improvemento do recurso.

Nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Antonio Gercino Medeiros, opinou pelo conhecimento e provimento do apelo.

É o relatório.

Trata-se de pedido de adoção interposto pela apelante, na qualidade de guardiã judicial da menor.

Impõe-se analisar, inicialmente, o requisito formal e processual relativo à adoção, qual seja, a destituição do pátrio poder dos genitores. Na sentença proferida, a ilustre Magistrada entendeu que o deferimento do pedido de adoção deveria ser precedido da desconstituição do pátrio poder da mãe biológica, com requerimento expresso da parte autora.

O parecer da douta Procuradoria de Justiça enfrenta a matéria adequadamente:

“A primeira questão que exsurge dos autos refere-se à ausência de pedido explícito quanto à destituição do pátrio poder da ré. Tal necessidade adviria do próprio art. 45 do ECA, que condiciona a adoção ao consentimento dos pais ou ao fato de estarem os pais destituídos do pátrio poder. Logo, entendeu o juiz sentenciante ser imprescindível o pedido expresso de destituição, para que, julgando-se procedente a ação, possa se proceder, no primeiro caso, ao deferimento da adoção requerida.

“A nosso ver, tal tese constitui-se óbice processual que, conquanto disponha de relativo respaldo legal, não se presta a inviabilizar o perfeito prosseguimento da actio.

“Admite-se, é certo, que o deferimento da adoção está condicionado, inarredavelmente, à destituição do pátrio poder dos pais biológicos. Contudo, é justamente tal fato que torna este pedido absolutamente implícito ao objeto da ação, porquanto constituem-se — a adoção e a destituição da tutela — pleitos sucessivos em que aquele — reitera-se — condiciona-se ao deferimento deste” (fls. 262).

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

Nesses casos, delicadas como são as adoções, deve-se privilegiar, antes de tudo, a criança, dar preferência ao seu interesse, pois ela é a maior interessada, já que se está tratando de toda a sua vida.

Tendo em vista esse objetivo, cumpre salientar que realmente não pode ser óbice à apreciação do pedido de adoção a falta de requerimento expresso da destituição do pátrio poder, porque está implícito naquela a perda deste, como diz o próprio artigo 392 do Código Civil, em seu inciso IV, quando preceitua que o pátrio poder extingue-se pela adoção.

Heloísa Helena Barboza, em artigo intitulado “O Consentimento na Adoção de Criança e de Adolescente”, publicado na RF 341/71, elucida a questão:

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

“(…)”

“Embora haja divergência quanto à possibilidade de cumulação do pe-

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

Esse entendimento também é esposado pelo Promotor de Justiça de São Paulo — José Luiz Mônico da Silva, in “Justitia”, SP, 58 (176), out/dez 1996, pág. 48: “...O só deferimento da adoção conduzirá automaticamente à extinção do pátrio poder, já que os institutos do pátrio poder e da adoção não poderão existir simultaneamente, sendo um excludente do outro. Logo, a adoção acarretará insofismavelmente a extinção do pátrio poder”.

A posição jurisprudencial não diverge da doutrinária:

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

“Os dois pedidos, ainda que um deles (destituição do pátrio poder) esteja implicitamente vinculado ao outro (adoção), podem ser tratados num único processo, posto que compatíveis entre si, para ambos é competente o mesmo Juízo e o tipo de procedimento é adequado para todos” (RT 692/58).

E:

“Adoção — Prévia destituição do pátrio poder em processo autônomo — Desnecessidade — Artigos 392,

inciso IV, do Código Civil, e 169 do Estatuto da Criança e do Adolescente — Recurso não provido” (RJTJSP 136/309).

Ainda:

“Adoção — Deferimento sem prévia expressa destituição do pátrio poder — Hipótese de pai não revel — Admissibilidade — Prevalência do interesse da criança, e não de formalismos que não condizem com as normas do ECA — Recurso não provido — A perda do pátrio poder é consequência implícita da adoção, tornando-se dispensável o consentimento exigido pelo artigo 45, § 1º, do ECA — A menor em questão está perfeitamente integrada ao lar e o pai já constituiu nova família e não lhe dispensa nenhuma ajuda material — Invocada violação dos artigos 227 e 229 da Constituição da República de 1988 — Improcedência eis que tais deveres têm sido cumpridos pelos adotantes” (TJSP, relator: Lair Loureiro — Apelação Cível 14.039-0 — Tatuí — 20/2/92).

Por outro lado, a destituição do pátrio poder no caso concreto, se se revelasse necessária previamente, encontraria ressonância no quadro probatório aqui reunido, especialmente nos primeiros anos de vida da menor. Ganha realce, a propósito, ainda a manifestação da ilustrada Procuradoria de Justiça, verbis:

“Exsurge, pois, evidente que ambos os pedidos constituem o objeto da ação. A uma, porque a adoção é, in casu, corolário lógico da destituição do pátrio poder; logo, o requerimento desta implica, necessariamente, a referência, ainda que tácita, àquela, mormente quando na parte final da exordial afirma o autor que ‘deverá ser deferida

a adoção da menor R. M., com seus conseqüências legais”.

E prossegue mais adiante:

“Certo que o pedido de destituição do pátrio poder da ré encontra-se implícito na inicial, impende averiguar a existência de motivos que autorizem tal destituição, ressaltando-se que tal análise não importa supressão de uma instância, haja vista tal questão ter logrado pronunciamento do Juiz a quo.

“Com efeito, temos que está presente nos autos a existência de fatos, atribuíveis à ré, que se subsomem aos preceitos do artigo 395 do CC; subso-mem-se, outrossim, ao teor do artigo 24, c/c o art. 22 do ECA.

“Primeiramente, antoja-me estar configurado o abandono da recorrida em relação à filha, abandono este havido sob duplo enfoque.

“É que o abandono, em se tratando daquele havido na relação entre pai ou responsável e filho (CC, art. 395, II), tem abrangência pouco mais dilargada que aquele concernente à relação marital. Aqui, trata-se de abandono do lar; ali, constitui-se na omissão material e moral dos pais em relação aos filhos.

“Explica Carvalho Santos: ‘O conceito de abandono nós o temos no Código de Menores, podendo-se assim dizer que é deixado em abandono o filho que não é guardado convenientemente pelos pais, quer por negligência, quer por conveniência, resultando dessa atitude grave perigo para o menor, já quanto à saúde, já quanto à sua segurança, já quanto à sua moralidade, proporcionando-lhe mesmo probabilidade de se tornar vadio, mendigo ou libertino’ (Comentários, vol. VI, pág. 153, da 8ª edição).

“(…) Dessome-se, pois, que o duplícipe aspecto do abandono corresponde, de um lado, ao enfoque material, vale dizer, a tudo que se inclua no conceito de sustento físico, econômico e alimentar; doutro vértice, tem-se o seu enfoque intencional, moral, que corresponde ao descaso, à desídia do pai em relação à ‘criação, educação e moralidade’ do filho.

“Num e noutro aspecto a ré, por sua conduta, restou por praticá-lo. A prova colacionada dá ampla certeza de que esta agiu com desídia, tanto quanto aos deveres de prover materialmente o sustento da menor, quanto ao de lhe deferir suficiente atenção e afeto.

“É praticamente incontroverso nos autos que a adotanda, quando dos últimos momentos que esteve em companhia da mãe biológica, padecia de lastimável estado de saúde.

“Relevante, nesse sentido, o depoimento de fls. 144, onde declarou-se ‘que R. pensava, também, na saúde da menina, que, todas as vezes que voltava de Porto Alegre, vinha bastante debilitada, e, com a guarda, ela poderia dispor de tratamento médico como dependente de R.’.

“Vânia Maria Amaral da Silveira ratifica ‘que a menina tinha perto de dois meses, parecia bastante debilitada; que R. demonstrava preocupação com a saúde da criança, e algumas vezes deixou de comparecer às reuniões de trabalho pelo fato de ter que levar R. ao médico’ (fls. 146).

“Ainda nesse sentido, inúmeras atestados e recibos médicos noticiam seguidas intervenções dessa natureza na menor, corroborando as alegações quanto à debilidade de sua

saúde. Aliás, narra a inicial que a menor, após sua chegada em Florianópolis, em 1993, foi encaminhada ao Hospital Universitário com grave quadro clínico — infecção urinária, estava com peso, estatura e estrutura óssea muito abaixo do normal para sua faixa etária —, fatos que restaram comprovados pelos documentos de fls. 43/45.

“(…) Arnaldo Rizzardo, ao referir-se ao abandono, doutrina que ‘corresponde esta infração de dever dos pais a negar ao filho a devida assistência econômica, alimentar, familiar, moral, educacional e médico-hospitalar’ (Direito de Família, vol. III, pág. 922).

“Ressalte-se que as dificuldades financeiras então suportadas pela ré não a eximem de tão perniciosa conduta, haja vista que nas mais humildes condições há a mãe que propiciar um mínimo aceitável para o desenvolvimento da criança, sem o que torna-se insustentável, ante os interesses da própria criança, o seu poder-dever de guarda.

“Mas não é só. O abandono da mãe em relação à filha assumiu feições morais, afetivas. Farta a prova dos autos que noticiam o completo desinteresse daquela em face desta, não tendo jamais vindo visitá-la em Florianópolis, nem tampouco tendo mantido contato com a mesma, à exceção de raríssimos telefonemas.

“No depoimento de fls. 175/176, declarou-se: ‘A genitora da menor durante tal período não fez nenhuma visita a Florianópolis apenas tendo contato com a filha no Natal, ainda assim na residência dos pais da requerente’.

“Não se alegue, contudo, que as dificuldades econômicas da mãe seriam a causa de tal comportamento. Na

contestação, datada de 1º/8/97, vê-se que ‘a contestante exerce atividade como funcionária municipal, reside em Zona ótima (...)’ (fls. 74). Todavia, jamais tencionou qualquer encontro com a criança, o que de fato só se realizou por louvável iniciativa do representante do Parquet (fls. 152/154), apenas em 8/5/98, conforme noticiam as fls. 190/192 dos autos.

“Infere-se, diante disso, o absoluto descaso, notadamente sob o prisma afetivo, da ré em face de sua filha, notabilizando-se tal conduta, reitere-se, como modalidade de abandono moral que, em verdade, faz-se tão ou mais grave que o próprio descaso material.

“Diga-se, por fim, que ainda restou aviltado, ante a conduta da ré enquanto mãe, o art. 22 do ECA, ao qual se reporta o art. 24, que enumera as causas de perda do pátrio poder.

‘Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as decisões judiciais’” (fls. 266).

Em consonância, pois, com o retratado pela prova coligida, a destituição do pátrio poder está a dispensar o assentimento da mãe da adotanda, sem embargo de que a adoção se deferida importa automaticamente na citada subtração de direito.

Quanto à questão nuclear da ação, o elenco probatório decididamente inclina-se favoravelmente à pretensão inicial.

Almeja a apelante ver deferido pedido de adoção da menor que se encontra sob sua guarda judicial desde tenra idade. Analisando-se a prova

testemunhal, o estudo social e o parecer psicológico, percebe-se que são favoráveis ao ora pretendido, uma vez que já está a infante perfeitamente integrada ao lar da apelante, mantendo com ela um vínculo amoroso, tratando-a, inclusive, como mãe.

A testemunha Heliete Marli Filomeno Leal aduz em seu depoimento que foi procurada pela apelante para que desse algumas informações acerca de como proceder para efetuar a adoção da menor. Afirmou “que R. esclareceu ser madrinha da menina, e que esta constantemente permanecia com ela por algum tempo, e depois a mãe pedia que R. a levasse até Porto Alegre para rever a menina; que, quando R. lhe mostrou a criança, a depoente ficou apavorada com o estado em que ela se encontrava; que a criança parecia subnutrida, com peso e estatura muito aquém da idade; que a menina apresentava feridas na cabeça e assaduras graves nas nádegas e virilha; que o cabelo da menina tinha sido todo picotado; que a depoente sugeriu que R. levasse R. até a Clinipar para uma avaliação, e aconselhou-a a pedir a guarda da menina, já que ela não tinha nenhum documento que autorizasse as constantes viagens que R. fazia com R. até a casa dos pais, em Santa Maria; que, dali a uns seis meses, voltou a rever a menina; que os resultados do tratamento feito por R. foram surpreendentes; que a menina se mostrava bem cuidada e com recuperação do peso e tamanho (...)” (fls. 143).

Deise Bella Cruz Silva afirma:

“Que a depoente conhece a menor R. desde a idade de vinte dias; que R. ficou com a mãe por quarenta e cin-

co dias, e, logo em seguida, veio para Florianópolis, aos cuidados de R.; que R. ficou algum tempo aqui, depois retornou aos cuidados da mãe; que ela voltou para R. aos nove meses, e ficou com ela por mais dois meses, voltando para Porto Alegre aos onze meses; que acredita que R. tenha pego a guarda de R. quando ela estava com três para quatro anos; que a mãe biológica consentiu com o pedido de guarda, sendo que R. pretendia a guarda para regularizar a situação da criança, já que era comum R. viajar com R., para a casa dos pais, em Santa Maria; que R. pensava, também, na saúde da menina, que, todas as vezes que voltava de Porto Alegre, vinha bastante debilitada, e, com a guarda, ela poderia dispor de tratamento médico como dependente de R.; que o que mais motivou o pedido de guarda foi um episódio ocorrido em Santa Maria na casa dos pais de R., ocasião em que R., após fazer suas necessidades fisiológicas no banheiro, chamou pela mãe, sendo atendida por T.; que a menina se insurgiu, dizendo que estava chamando pela mãe dela, R.; que, nesse momento, T. se alterou com a menina, e o relacionamento dela com R. ficou estremecido; que depois do deferimento da guarda, a mãe biológica não mais procurou pela criança, e R. resolveu pedir a adoção; que R. comentou com a depoente que a mãe tinha conversado com ela por telefone, e dito que ela iria tirá-la de R.; que nessa ocasião R. ficou bastante apavorada, e com medo de perder R.; que ela sequer atende o telefone, com medo de precisar falar com a mãe”. Mais adiante esclarece: “que a depoente mantém um relacionamento estreito com a criança porque morou nove anos com R., e permaneceu du-

rante dois anos convivendo com R., dos dois aos quatro anos de idade" (fls. 144).

Maria Eliane Nogueira de Luceira Araujo, inquirida, respondeu:

"Que a depoente trabalha como psicóloga no Curso Elementar Menino Jesus, e a menor R. já se encontra naquele Colégio desde o ano passado, sendo que até a segunda avaliação de 1997 a depoente nunca tinha sido chamada para atender problemas apresentados pela menor; que R. sempre se mostrou uma criança bem adaptada ao convívio escolar, com bom rendimento e demonstrando ser uma criança feliz; que a primeira avaliação dela neste ano demonstrou que ela preenchia as expectativas da escola, tanto com relação ao rendimento escolar quanto ao desenvolvimento emocional" (fls. 145). Após, refere que a menor começou a apresentar problemas, possivelmente em razão da probabilidade de ir morar com a mãe biológica. Quanto a isso, menciona: "que a depoente conversou pessoalmente com R. e ela demonstrou estar ansiosa, e dando ênfase especial ao medo de morrer, situação que não é comum para uma criança da idade dela; que R. disse ter medo de perder a mãe R., e daí o medo de ir para a escola e se afastar da mãe; que na conversa com a menina, esta sempre se referiu a R. como sua mãe, embora mostrasse conhecer sua origem; que a menina nunca fez referência à mãe biológica ou à existência de irmãos" (fls. 145). Concluiu dizendo que o problema restou satisfatoriamente resolvido.

Vânia Maria Amaral da Silveira, fls. 146, diz:

"Que a depoente manteve contato com R. em 1991, época em que

estava fazendo seu mestrado e obteve a indicação de R. para fazer análise matemática de dados; que elas mantinham contato uma ou duas vezes por semana, e, quando R. veio para os cuidados de R., o trabalho começou a ser feito na casa de R.; que a menina tinha perto de dois meses, parecia bastante debilitada; que R. demonstrava preocupação com a saúde da criança, e algumas vezes deixou de comparecer às reuniões de trabalho pelo fato de ter que levar R. ao médico; (...) que a depoente terminou seu trabalho em 1992, e, durante este período, R. esteve na companhia da mãe biológica em Porto Alegre umas duas vezes; que R. se queixava pelo fato de a mãe não procurar obter informações sobre o estado da criança (...)".

R. C. D., irmão da apelante, ainda que como informante, deve ter seu depoimento sopesado, posto que em consonância, ainda que parcialmente e no que interessa à solução da causa, com as demais provas coligidas. Sublinha que "por intermédio de um amigo de nome Renan ficou sabendo da existência de T., mãe da menor R. e de R., que na época estava grávida e desejava fazer um aborto. Foi pedido dinheiro ao declarante para fazer o aborto, mas por ser espírita o declarante mencionou que apenas daria dinheiro para criar a criança e não para o aborto. Não mais foi procurado, passados mais ou menos quatro meses o declarante ficou curioso e procurou por T. que estava sendo assistida na 'casa de mães solteiras' em Porto Alegre. Naquela oportunidade T. ainda estava grávida de gêmeos e passou a 'culpar' o declarante. Posteriormente, T. teve gêmeos e o declarante a levou para casa para prestar assistência. Registrou os me-

nores em seu nome. Com o passar do tempo T. quis se envolver sentimentalmente com o declarante, mas este não aceitou. A partir de então, T. passou a dar problemas e até chegou a propor ações judiciais contra o declarante. Na época o declarante procurou um advogado e na Justiça conseguiu anular as certidões de nascimento onde constava como genitor. Mesmo diante de tal problema, T. ainda ficou em sua residência e criou mais problemas já que também era alcoólatra, chegou ao ponto de o declarante quase chamar a polícia, ocasião em que T. saiu da residência com os gêmeos. Passados quatro meses T. entrou em contato e disse que não tinha condições de ficar com R., perguntou acerca do interesse do declarante. O declarante foi até a favela e apanhou R. Passados mais dois meses T. voltou a entrar em contato e disse que não tinha condições de ficar com a menor R. O declarante explicou que não tinha condições, mas que sua irmã R. poderia aceitá-la, o que efetivamente foi feito. O declarante pediu a T. que desse R. em adoção, mas a mesma não aceitou, o que levou o declarante a devolver o menor. R. conseguiu termo de guarda da menor R. e há quatro anos R. presta a devida assistência à menor. A genitora da menor durante tal período não fez nenhuma visita a Florianópolis, apenas tendo contato com a filha no Natal, ainda assim na residência dos pais da requerente. A menor reconhece a requerente como sendo sua genitora, inclusive chamando-a de mãe. A menor encontra-se bem adaptada e bem cuidada pela requerente. Atualmente a menor está estudando. T. trabalha como servente numa clínica médica” (grifei). E conclui: “Pelo que sabe R. nem mesmo

está estudando. Recorda-se que a menor R. quando foi entregue à requerente, a mesma estava com problemas urinários, cheia de piolhos e cheia de assaduras. Acredita que a requerente tem totais condições de adotar a menor” (fls. 176).

O parecer psicológico, elaborado pela psicóloga Marcia Cristina G. O. Frassão, está assim vazado:

“Acompanhamento realizado através do atendimento de R. M. e R. D., atendimento esse iniciado antes da visita de T., tendo continuidade após essa referida visita, bem como depois dos encontros que não aconteceram pelo não comparecimento de T. M.

“R. apresentou-se bastante resistente em aceitar os encontros com T., sendo necessário uma intervenção com vistas à preparação para o primeiro encontro.

“Dinâmica interna: R. é uma criança que apresenta desenvolvimento adequado para sua idade, com conteúdos cognitivos preservados, mantendo bom relacionamento social. Sua capacidade de simbolização é facilitada, isto é, expressa através de jogos e desenhos os conflitos que ora vivencia, facilitando o intercâmbio com seus conteúdos internos.

“Tem como referência de estrutura familiar a que vivencia atualmente, isto é, a figura de R. como sua mãe, aquela que lhe dispensa cuidados, atenção, segurança, a pessoa em quem confia, também conhecida como uma figura de ligação.

“Tem conhecimento e compreensão da figura da mãe biológica, porém manifesta esse conteúdo com bastante ansiedade, recusando-se a falar sobre o assunto, não manifestan-

do ligações afetivas estruturantes com essa figura. Questiona muito sobre os cuidados maternos que uma mãe tem que dispensar aos seus filhos, colocando o assunto abandono em suas manifestações simbólicas (brincadeiras).

“R. estabelece um bom contato com R., tendo sobre esta domínio e controle. Participa da história de vida de R. desde seu nascimento, com momentos de interrupção e retomada de cuidados maternos, ficando essa situação definida quando retomou os cuidados através da guarda autorizada por T., firmando assim seu papel de mãe que anteriormente estava sendo dividido com T.

“R. fala de seu irmão somente quando solicitada e tem poucas informações para compor mentalmente o que representa essa figura parental, dados que denotam que a relação não foi construída.

“R. apresenta-se bastante ansiosa, com momentos de choro e irritação acentuados principalmente nos dias que antecedem as visitas. Fala da primeira visita como tendo sido boa, porém não quer que a mesma se repita por não querer morar com T. Não sabe dizer por que T. não veio às outras visitas”. E segue: “Observa-se que R. está vivenciando e manifestando reações que denotam a ameaça de perda de uma figura de confiança, que é a base de uma relação segura, tão necessária para a sua formação.

“Seu histórico está permeado por esses momentos de perda da figura de ligação, com episódios que firmam essas mudanças constantes, uma ameaça iminente de abandono e ruptura dos vínculos, vivenciada nos

seus primeiros anos de vida. Essa mesma situação está sendo vivenciada neste momento em que a ameaça da perda da figura segura é real, ao mesmo tempo que a ansiedade da espera pela visita da mãe biológica é reforçada pelo não investimento da mesma na relação (não comparecimento às visitas) evidenciando novos sentimentos de abandono e ruptura dos vínculos.

“São claros e evidentes os efeitos negativos que esses momentos de insegurança estão provocando nas reações emocionais de R. (ansiedade de separação). A confiança na pessoa que supostamente a protege de sofrimento, bem como a confiança em si mesma estão ameaçados”.

Por fim, concluiu sugerindo “acompanhamento psicoterápico para que esses momentos sejam melhor elaborados pela criança, bem como a real definição pela figura com quem R. deverá responder afetivamente” (fls. 211 e 212).

Colhe-se, é bem verdade, por declarações carregadas aos autos, que a mãe biológica, pessoa simples e de poucos recursos (declaração de rendimentos de fls. 221), é pessoa reconhecidamente honesta, trabalhadora, esforçada, e se apresenta como mãe — porquanto vem criando o outro filho, gêmeo da adotanda —, “responsável e muito afetuosa”, como declaram nove pessoas nos documentos de fls. 222, 226/227 e 228.

É de se abonar, em parte, o alegado desinteresse da mãe em proceder às visitas regularmente, como lhe foi deferido às fls. 157. Sua situação financeira desfavorável e a distância entre mãe e filha, já que reside e trabalha

na cidade de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, enquanto a menor aqui reside — Florianópolis, SC, por certo dificultavam essas visitas.

Também ressei da prova coligida que a criança esboça sentimentos afetivos com a família de origem, ou ao menos tendentes à aproximação, como se vê de suas declarações prestadas em Juízo, verbis:

“Que, perguntada por sua mãe, disse que era R. D.; que tem um irmão, de nome R., que se encontra numa sala ao lado desta Sala de Audiência, e com quem gosta de brincar; que tem uma outra mãe, de nome T.; que morava em Porto Alegre, quando pequena, e, já que T. não poderia cuidar da declarante e seu irmão, sua mãe R. a trouxe para Florianópolis; que a declarante nasceu da barriga de T., mas desde pequeninha mora com a mãe R.; que tem vontade de ver mais vezes sua mãe T. e seu irmão R., pois só vê seu irmão no Natal (...)” (fls. 150 — grifei).

Diante desse quadro probatório e não obstante o esforço da mãe biológica em reverter a situação, diga-se de passagem, por ela criada, o apelo merece ser provido.

A menor desde tenra idade está sob a responsabilidade da guardiã, ora apelante, da qual recebeu cuidados, carinho e amor. A integração neste último lar é total, como se extrai da manifestação da infante, ou seja, sente-se totalmente segura e com todos os cuidados maternos, embora tenha ciência de suas origens.

A jurisprudência vem sendo sedimentada no sentido da destituição do pátrio poder e conseqüente adoção, como nos julgados citados na

Apelação Cível n. 48.038, de Sombrio, e da relatoria do nobre Desembargador Nilton Macedo Machado, verbis:

“Adoção plena — Recém-nascido entregue a terceiros pela mãe — Menor já integrado no lar substituto, único que conheceu — Posterior casamento dos genitores, vindo o casal a apresentar condições satisfatórias de vida — Circunstância que em nada aconselha, do ponto de vista dos interesses da criança, seja alterada a situação existente, com entrega do menor a pessoas que as contingências da separação fizeram estranhas — Pedido deferido, destituídos os genitores do pátrio poder — Aplicação do art. 5º da Lei n. 6.697/79.

‘Se recém-nascido foi entregue a terceiros por deliberação da própria mãe, encontrando-se o menor já perfeitamente integrado no lar substituto (único que conheceu), o posterior casamento dos genitores, vindo estes a apresentar condições satisfatórias de vida, não aconselha, do ponto de vista dos interesses da criança, seja alterada a situação existente, com entrega do menor a pessoas que as contingências da separação fizeram estranhas. É de permanecer a criança na companhia de seus guardiães, regularizada a situação com o deferimento da adoção plena’ (RT 649/45).

“Em caso assemelhado, na mesma obra:

‘Adoção plena — Recém-nascido entregue pela mãe para colocação em lar substituto — Posterior oposição dos genitores que, mantendo relacionamento ocasional, apresentam escassa responsabilidade — Situação irregular reconhecida — Pedido

deferido ao casal que obteve a guarda provisória.

‘Havendo suficiente evidência de que o menor, assim que nasceu, foi entregue a terceiro para colocação em lar substituto e de que o nascimento resultou de união ocasional, e não de relacionamento razoavelmente prolongado, entre os genitores, sendo, aliás, escassa a responsabilidade destes, deve ser reconhecida a situação irregular da criança, destituído o pátrio poder dos pais e deferida a adoção plena ao casal que obteve a guarda provisória’ (RT 649/46)”.

No mesmo sentido:

“Menor — Guarda — Mãe que o entrega, provisoriamente, a uma família — Restabelecimento da guarda — Impossibilidade — Integração da criança ao novo lar — Permanência com os ‘pais de criação’ — Solução que melhor atende ao interesse do menor — Recurso não provido — Voto vencido” (in “Guarda de Filhos”, Guilherme Gonçalves Strenger, Editora LTR, SP, pág. 131).

Por fim, dispõe a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990:

“Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

“Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão”.

“§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes”.

“§ 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome”.

“§ 6º A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto na hipótese prevista no art. 42, § 5º, caso em que terá forma retroativa à data do óbito”.

Por último, em que pese tratar-se de adoção plena, com desligamento do vínculo com a mãe de sangue, o caso dos autos excepcionalmente, e diante dos interesses da menor, poderá permitir a visitação entre esta e sua mãe natural e irmão gêmeo. Se essa for a vontade da menor e desde que apurada sua conveniência, caberá ao Magistrado disciplinar esse direito de visita.

Por tais razões, dá-se provimento ao recurso para julgar procedente o pedido de adoção, cumprindo-se o disposto no art. 47 e seus parágrafos, da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Incabíveis as custas e a verba honorária em face do benefício da gratuidade judiciária deferido à apelada.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Pedro Manoel Abreu, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 30 de junho de 1999.

João José Schaefer,
Presidente;
Alcides Aguiar,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.014090-0, DE BLUMENAU**Relator: Des. Alcides Aguiar**

Separação judicial — Alimentos — Guarda de filhos — Reconvencção.

Inicial omissa quanto a bens a serem partilhados — Irrelevância.

Culpa do cônjuge varão — Agressões físicas à ex-mulher — Perdão tácito incorrente — Abandono do lar forçado pelos maus-tratos — Pedido reconvenicional improcedente.

Guarda dos filhos menores — Preferência dada ao pai em face da manifestação expressa daqueles.

Alimentos ao cônjuge inocente — Verba devida até homologação da partilha em Primeiro Grau.

Apelo provido parcialmente.

Apenas no caso de conversão da separação judicial em divórcio é que a sentença deve decidir sobre a partilha dos bens, e, na separação judicial, tão-só quando houver partilha amigável. A divisão dos bens na separação judicial, havendo discordância, far-se-á após o trânsito em julgado da sentença, segundo disciplina o Código de Processo Civil — art. 1.121 (RT 542/185 e Ap. Cív. n. 19.362 — rel. Desembargador João Martins, TJSC).

“Tornando-se insuportável a convivência do casal diante dos maus-tratos infligidos à mulher, torna-se justo o abandono do lar por esta, posto que sua atitude não foi voluntária. Outrossim, cabe ao marido provar a inexistência de justo motivo. Na dúvida, cumpre ser mantida a prestação alimentar” (JB 31/257 — Ap. Cív. n. 39.970 — rel. Desembargador Álvaro Wandelli, TJSC).

Os alimentos devidos à mulher — que ora se reduzem de dez para seis salários mínimos — porque reúne condições para o trabalho remunerado, eis que ainda jovem, e sem o encargo da criação dos filhos, cuja guarda permanecerá com o pai, devem ser prestados até a data da homologação da partilha pelo Juízo de Primeiro Grau.

Vistos, relatados e discutidos | 98.014090-0, da comarca de Blumenau
estes autos de Apelação Cível n. | (Vara da Família, Infância, Juventude)

e Registro Público), em que é apelante O. B., sendo apelada N. R. B.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, julgar im procedente a reconvenção e dar provi- mento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

N. R. B. propôs ação de separa- ção judicial c/c alimentos e guarda de- finitiva dos filhos em face de O. B., ob- jetivando ver reconhecida a culpa pela dissolução da sociedade conjugal por parte deste.

Relata que é casada com o re- querido desde 18/5/79, pelo regime da comunhão universal de bens, resultan- do desta união três filhos; durante os dez primeiros anos de casados, a con- vivência foi normal, sendo que nos últi- mos seis anos o réu revelou uma índole sumamente violenta e desrespeitosa, passando a agredi-la física e moralmente; que numa oportu- nidade, chegando às raias do descon- trole total, agrediu o pai da requerente, no local de trabalho deste, tendo que socorrê-lo os irmãos da autora, para que um mal maior não viesse a aconte- cer.

Argumenta que sempre tratou bem o requerido, procurando preser- var a todo custo a família e a integrida- de conjugal. Ocorre que, nos últimos tempos, não mais podia suportar o péssimo, violento e desrespeitoso tra- tamento que lhe dispensava o marido a ponto de temer pela sua própria vida; estava preocupada com os traumas que a conduta do requerido vinha cri- ando na educação dos filhos do casal.

Diante desses fatos, a reque- rente refugiou-se na casa de seus pa-

is, pois ao ingressar com a medida de separação de corpos com a guarda provisória dos filhos menores sabia que correria risco de vida, quando o re- querido tomasse conhecimento dessa atitude.

Sustenta que a agressão que sofria não tinha justificativa, pelo fato de ser uma boa mãe, tanto é que o re- querido não propôs ação de separa- ção, por saber que a culpa pela ruptura da sociedade conjugal era única e ex- clusivamente sua.

Requeriu a guarda dos filhos, que necessitam de cuidados especiais por parte dela, que se encontra em difi- culdades de justificar a sua prole as ofensas, humilhações e agressões que vem sofrendo do seu marido. Este, com tal comportamento, não possui condi- ções de ficar com as crianças sob sua responsabilidade.

Pugnou, por fim, pela fixação de alimentos provisionais, no montante de 50 (cinquenta) salários mínimos, 20 para si e 30 para os seus filhos.

Foi determinado o apensamen- to dos autos de separação cautelar de corpos.

Em audiência, proposta a conciliação e a conversão da separação em consensual, restaram estas inexito- sas, ficando o requerido ciente de que teria quinze dias para responder à ação.

Juntada de documentos pela autora.

O réu ofertou contestação e re- convenção. Naquela, preliminarmente, defende a inépcia da inicial, ante a ausência de causa de pedir e de pres- supostos de constituição e de desen- volvimento válido e regular do proces-

so. Pugna pela carência de ação por faltar interesse de agir à autora e pela inépcia do pedido de alimentos, por ser juridicamente impossível.

No mérito, argüiu a exceção da insuportabilidade, pois na exordial não está demonstrado de que forma seriam ou em que teriam consistido as agressões; perdão tácito, pois o casal viveu sob o mesmo teto e no mesmo leito no período em que a autora diz tê-la o réu maltratado, até que a requerente, inopinadamente, abandonou o lar para viver com seus pais, por influência da sua família paterna.

Ressalta que a requerente sofre de sérios problemas psicológicos, abusando do uso de bebidas alcoólicas e fumo, inclusive dentro de casa e na presença das crianças; tal atitude as faz sentirem vergonha da presença da sua mãe no colégio; a perturbação da requerente chegou ao ponto de ela haver tentado se matar, e aos próprios filhos, quando se trancou com as crianças no quarto do apartamento, abrindo ali o gás, tendo sido salvos pelo zelador e vizinhos; a iniciativa do cônjuge virago de se separar deveu-se à influência e iniciativa de seus pais e irmãos, tendo início nas divergências negociais entre estes e o réu, já que este era cotista gerente nas empresas da família e aqueles o destituíram do cargo; desde a data em que abandonou o lar a mulher nem sequer tentou visitar seus filhos; por ter dado causa à separação judicial, com fulcro no art. 10 da Lei n. 6.515/77, a guarda dos filhos deve ser dele. Repele o pedido de alimentos, pois impossível atender à pretensão, já porque se viu privado dos rendimentos e das funções que exercia nas empresas da família — Marbelo Hotel Ltda. e Casa Roweder

Câmbio e Turismo Ltda., sem embargo de que os filhos devem permanecer com ele, e, portanto, ociosa seria essa estipulação.

Na reconvenção, alega que a atitude da reconvida para com ele, qual seja, no momento em que os pais e irmãos daquela decidiram pela sua destituição da gerência das empresas da família, abandonar o lar conjugal, sem motivos ou explicação plausível que o justificasse, pelo menos naquele momento, indo morar na residência paterna, caracteriza injúria grave, pois aquele fato deveria despertar a solidariedade da esposa para com o marido, e não tomar partido em favor de sua família.

Pugna pela procedência da reconvenção e pelo deferimento da guarda dos filhos menores para si, descrevendo mais os bens do casal para serem partilhados. Junta documentos, o que volta a fazer ainda a autora às fls. 73/128.

Impugnação à reconvenção e réplica à contestação pela autora.

Manifestação do Ministério Público — fls. 142/145.

Saneando o processo, o MM. Juiz de Direito afastou as preliminares levantadas, indeferiu o pedido do réu de retorno ao imóvel do casal e fixou alimentos provisórios no montante de 2 (dois) salários mínimos mensais, em favor da mulher.

Essa decisão sofreu recurso de agravo de instrumento, interposto pelo réu, em que foi relator o que ora este subscreve, tendo sido provido parcialmente — AI n. 96.009041-0. A autora também interpôs recurso de agravo, o qual não foi conhecido — AI

n. 96.008125-9, rel. Desembargador Paulo Gallotti.

Na audiência derradeira, inexistente foi a renovação de proposta de conciliação. Tomados os depoimentos pessoais, ouvidas testemunhas e designada audiência, foram ouvidos os menores informalmente (estudo social).

As ações cautelares apensadas a estes autos de separação foram processadas regularmente.

As partes ofertaram alegações finais por meio de memoriais.

O ilustre representante do Ministério Público opinou pela procedência parcial da ação de separação judicial, julgando de conseguinte improcedente a reconvenção. Manifestou-se, ainda, pelo acolhimento da medida cautelar de separação de corpos.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito julgou parcialmente procedente o pedido de separação judicial, decretando-a por culpa do requerido, dissolvendo a sociedade conjugal. Deferiu a guarda e responsabilidade dos filhos do casal, em caráter definitivo, a ele, fixando direito de visita à autora. Arbitrou alimentos definitivos no montante de 10 (dez) salários mínimos mensais, em favor desta. Quanto à reconvenção, julgou-a improcedente, ressaltando que a partilha dos bens deverá ser efetuada em procedimento próprio, após a separação. Julgou, ainda, parcialmente procedente a medida cautelar de separação de corpos c/c guarda provisória e procedente a medida cautelar incidental.

O réu interpôs embargos declaratórios, que foram julgados improcedentes, mas de ofício o Juiz ordenou a correção do percentual que pertence

às partes no capital social da empresa Casa Roweder Câmbio e Turismo Ltda., de 20% para 25%. Ato contínuo, irrisignado com a sentença, interpôs recurso de apelação buscando a reforma do julgado.

Pugna, preliminarmente, pela nulidade do decisum, por ser *citra petita*, haja vista não haver disposto sobre a partilha de bens, sendo obrigatória sua apreciação — art. 7º da Lei n. 6.515/77.

Sustenta que não ficou provada a justa causa que autorizasse a autora a abandonar o lar conjugal; a sentença baseou-se em ocorrência havida quase 5 (cinco) anos antes do aforamento das ações principal e cautelar; a tese do perdão tácito levantada foi afastada sumariamente, sem a menor justificativa ou fundamento legal, sendo por esse motivo — ausência de fundamentação — nula a sentença. Por fim, discorda da condenação em alimentos, por ser contrária às provas carreadas aos autos.

Devidamente contra-arrazoado o apelo, e com parecer do Parquet de Primeiro Grau, opinando pela confirmação in totum da sentença guerreada, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Já neste Grau de Jurisdição, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Átila Antônio Rothsahl, manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

Trata-se de apelação civil interposta contra sentença que, em apreciando simultaneamente as ações de separação judicial litigiosa c/c alimentos e guarda de filhos, cautelar de separa-

ção de corpos e cautelar inominada incidental, julgou parcialmente procedentes as duas primeiras e totalmente procedente a última.

Não estando satisfeito com a prestação jurisdicional que lhe foi entregue, o réu ofereceu recurso de apelação, fundamentando seu descontentamento nos seguintes tópicos:

— Nulidade da sentença, haja vista ser citra petita, por entender que o Magistrado, além de ter-se equivocado ao fundamentar a não partilha dos bens no parágrafo único do art. 1.121 do Código Buzaid, aceitável, do seu ponto de vista tão-somente para a separação consensual, não teria considerado o art. 7º da Lei do Divórcio, que impõe a obrigatoriedade de sua apreciação, seja por proposta dos cônjuges ou, assim não ocorrendo, por decisão do Juiz;

— Ausência de justa causa para o abandono do lar pela recorrida, pois não ficou demonstrado em nenhum momento que esta sofreu risco de vida ou ameaça de qualquer espécie, muito menos, e principalmente, quando abandonou injustificadamente o lar; o bilhete de fls. 19/20 — usado pelo Magistrado como sendo verdadeiro o ali contido — apenas denota seu sentimento, frustrado pelas bebidas e drogas utilizadas pela apelada, não sendo mencionado em momento algum que houve agressões físicas; o exame de corpo-delito, que fundamenta a decisão atacada, data de quase 5 (cinco) anos antes do ajuizamento das ações;

— Perdão tácito — ausência de fundamentação — art. 458, II e III, do CPC, pois a sentença recorrida afastou sumariamente tal tese;

— Condenação em alimentos contrária ao que ficou comprovado no decorrer do processo.

No que tange à ausência de partilha dos bens, o que impediria a decretação da separação, o apelo não merece ser provido.

Havendo discordância entre as partes sobre a meação que lhes é devida, o Magistrado pode relegar a divisão dos bens que o casal possui para depois da separação judicial, aplicando-se o art. 1.121 do CPC, com observando os artigos 982 a 1.045 do mesmo parágrafo.

Senão vejamos:

“Separação judicial. Partilha. Divergência.

“Inexistindo consenso entre os cônjuges sobre a partilha dos bens, ainda não avaliados, aplica-se a regra do artigo 1.121 do CPC.

“Recurso conhecido em parte e provido para excluir da sentença a partilha dos bens” (RSTJ 65/462 — REsp. 46.626-1-PI — Quarta Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Do corpo do acórdão extrai-se o seguinte ensinamento:

“2. A partilha dos bens não poderia ter sido objeto do julgamento da ação de separação, pois sobre a repartição os cônjuges não haviam chegado a um consenso, nem o patrimônio fora devidamente avaliado. Nesse caso, impunha-se adotar o procedimento recomendado pelo artigo 1.121 do CPC. É certo que tal disposição está no capítulo reservado à separação consensual, mas é ‘intuitivo que idêntica norma terá de ser seguida, como tem sido, em se tratando de inventário decorrente de separação judicial’ (Cahali, Divórcio

e Separação, 4ª ed., pág. 453). Somente assim poderá ser atendida a regra do artigo 1.775 CC e a recomendação da doutrina: 'A condição principal da boa partilha é a igualdade' (Carvalho Santos, CCB Interpretado, 13ª ed., XXIV — 387)".

E mais:

"Separação judicial — Litigiosa — Partilha — Discordância — Divisão dos bens que se fará após o trânsito em julgado da sentença que decretou a separação do casal — Observância da forma estabelecida nos artigos 982 a 1.045 do Código de Processo Civil — Processamento do inventário e da partilha dos bens do casal nos autos da separação judicial determinado — Recurso provido para esse fim. Se não tiver havido acordo quanto à partilha, seja consensual ou litigiosa a separação, aquela se fará depois de decretada a separação, na forma estabelecida no Código de Processo Civil, artigos 982 a 1.045" (Relator: Flávio Pinheiro — Apelação Cível n. 207.083-1 — Guarulhos — 12/4/94).

Desta Corte de Justiça tem-se o seguinte julgado:

"Partilha — Separação judicial — A partilha é consequência da separação judicial, todavia, sua efetivação é condição da ação de divórcio (Lei n. 6.515/77, artigo 7º). Se na separação judicial não houve partilha amigável, a partilha dos bens será objeto de inventário" (Ap. Cív. n. 19.362, de Criciúma, rel. Desembargador João Martins).

Válido citar a passagem deste acórdão que trabalhou muito bem a matéria em discussão:

"Tocante à partilha dos bens do casal, o Magistrado, em sua sentença, após acolher a inicial, acertadamente

concluiu que: 'A partilha poderá ser feita a posteriori em cinquenta por cento para cada cônjuge'.

"Entende o apelante que o Juiz deveria decidir a partilha. Entretanto, não lhe assiste razão. Isso porque só no caso da conversão da separação judicial em divórcio é que a sentença terá que decidir sobre a mesma. No caso de separação judicial, somente quando houver partilha amigável. No caso presente, não houve acordo.

"Expressamente dispõe o artigo 31 da Lei n. 6.515/77 que: 'Não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens'.

"Por sua vez, o artigo 43 da lei mencionada prescreve: 'Se, na sentença do desquite, não tiver sido homologada ou decidida a partilha dos bens, ou quando esta tenha sido feita posteriormente, a decisão de conversão disporá sobre ela'".

E remata:

"Vê-se, pois, que a efetivação da partilha dos bens do casal, que é consequência da separação judicial (artigo 7º da Lei n. 6.515/77), é condição da ação de divórcio.

"Do corpo do acórdão referente à Apelação 10.169, RJ, rel. Dourado de Gusmão, julgada em 11/3/80, colhe-se o seguinte excerto:

'Quanto à partilha dos bens, só no caso da conversão da separação judicial em divórcio é que a sentença terá que decidir sobre a mesma. No caso de separação judicial, somente quando houver partilha amigável. In casu, não houve acordo. Nessa hipótese, a partilha dos bens será objeto de inventário,

não sendo decidida nas vias ordinárias, razão por que é reformada a sentença nesta parte. Se no inventário houver questão de alta indagação no que concerne aos bens do casal, aí sim serão as partes remetidas para as vias ordinárias' (RT 542/185)".

No mesmo sentido: Ap. Cív. n. 96.001150-1, de Xanxerê, rel. Desembargador João José Schaefer.

No tocante à inocorrência de justa causa que autorizasse a saída pela mulher do lar conjugal, da mesma forma não merece guarida.

Restou devidamente provado nos autos, e a matéria foi exaustivamente apreciada pelo douto Togado na sentença, que a esposa do apelante vinha há aproximadamente 5 (cinco) anos antes da propositura da presente ação sendo agredida física e moralmente pelo recorrente, inclusive em público, conforme depoimento da testemunha D. R. A. de M., nos autos da cautelar de separação de corpos — fls. 19, verbis:

"Que na temporada de praia do ano passado o depoente presenciou mais de uma vez o r. agredir fisicamente a a.; que essas agressões foram públicas, no pátio, na presença do depoente e familiares das partes".

Ao contrário do que afirma o apelante, a decisão atacada não se embasou somente nos exames de corpo de delito feitos nos anos de 1991 e 1993. Corroborando esse início de prova, o MM. Juiz de Direito faz remissão aos bilhetes em que o marido pede desculpas por seus atos contra a sua mulher, e ainda transcreve depoimentos testemunhais, aos quais por ora faz-se remissão. O bilhete em questão não enseja nenhuma dúvida sobre as

agressões sofridas pela autora (fls. 19).

A agressão física é motivo suficiente para caracterizar infração ao dever do casamento, apto a ensejar o pedido de separação pelo cônjuge ofendido, de acordo com o art. 5º da Lei n. 6.515/77.

Em caso análogo este Tribunal assim se pronunciou:

"— A agressão física desferida contra a mulher, comprovada por auto de exame de corpo de delito, evidencia infração do dever de respeito à integridade física do outro cônjuge, tornando o réu responsável pela separação do casal" (Ap. Cív. n. 96.001150-1, de Xanxerê, rel. Desembargador João José Schaefer).

Dessa decisão extrai-se:

"Yussef Said Cahali, discorrendo sobre as violações aos deveres do casamento, escreveu, apoiando-se em lição de Washington de Barros Monteiro, que 'sevícia é pancada, mau trato, imposição de qualquer sofrimento físico de um cônjuge ao outro. Se o marido empurra a mulher, arranca-lhe os cabelos, esbofeteia-a, derruba-a ao solo, fere-a, terá praticado sevícia, de molde a justificar a terminação da sociedade conjugal. A sevícia retrata a baixa formação moral do agente, o mau instinto de que é possuidor. Um homem que bate na mulher, dizia Catão, coloca ímpias mãos sobre o que ele tem de mais sagrado' (Divórcio e Separação, pág. 217 da 4ª ed.)".

Não está caracterizado o abandono do lar injustificadamente pela apelada, mas, ao contrário, a conduta do marido é que a levou a tanto.

O mestre Yussef Said Cahali ao comentar esse motivo que pode ensejar a separação leciona:

“Na realidade, são uniformes, doutrina e jurisprudência, no sentido de que, para que o abandono caracterize infração ao dever de coabitação, de modo a autorizar a separação judicial, é necessário que seja voluntário, intencional, malicioso, injusto, caprichoso, inescusável, sem explicação plausível” (in “Divórcio e Separação”, tomo 1, 7ª ed., Ed. RT — 1994, pág. 400).

Acerca da matéria colhe-se o seguinte julgado desta Corte de Justiça:

“Apelação cível. Ação de alimentos. Abandono do lar justificado. Alimentos devidos. Sentença confirmada. Recurso improvido.

“Tornando-se insuportável a convivência do casal diante dos maus-tratos infligidos à mulher, torna-se justo o abandono do lar por esta, posto que sua atitude não foi voluntária. Outrossim, cabe ao marido provar a inexistência de justo motivo. ‘Na dúvida, cumpre ser mantida a prestação alimentar’ (JB 31/257)” (Ap. Cív. n. 39.970, de Blumenau, rel. Desembargador Álvaro Wandelli).

Melhor sorte não tem o recorrente quando alega ausência de fundamentação na sentença no momento da apreciação do perdão tácito, pois o Magistrado afastou-o de forma sucinta, mas nem por isso deve ser nula a decisão.

A jurisprudência vem-se manifestando neste norte:

“Responsabilidade civil. Dano moral. Ação proposta contra condomí-

nio, síndico e conselheiro fiscal. Alegação de decisão desmotivada e de ilegitimidade passiva dos dois últimos, em face do que dispõe o art. 22, § 1º, alínea a, da Lei n. 4.591/64. Recurso desprovido.

“Não há infringência ao princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado (art. 93, IX, CF-88) quando, embora sucintamente, o Togado exteriorize as razões de seu convencimento (art.165, segunda parte, CPC). A fundamentação concisa, breve, não se equipara à ausência de motivação” (AI n. 99.006178-7, de Concórdia, rel. Desembargador Pedro Manoel Abreu).

Ou ainda:

“Sentença cível — Fundamentação objetiva e sucinta — Desnecessidade de vir recheada de citações — Nulidade inexistente.

“A sentença, como ato mais importante dentro do processo, assim como o pedido e a resposta, deve primar pela lógica, coerência, simplicidade e fundamentação suficiente com apreciação correta dos fatos e do direito a eles aplicável; não se lhe exige venha recheada de citações, nem se compare a peça defensiva de tese jurídico-literária” (ACMS n. 99.003702-9, de Itajaí, rel. Desembargador Nilton Machado).

Atribuída que ficou a culpa pelo desfazimento do vínculo conjugal ao apelante, são devidos os alimentos por este ao cônjuge virago — art. 19 da Lei n. 6.515, de 26/12/77, levando-se em consideração no momento da fixação do quantum o binômio possibilidade-necessidade, previsto no art. 400 do Código Civil.

Como nos lembra o mestre João Claudino de Oliveira e Cruz, in "Dos Alimentos no Direito de Família", Forense, Rio-SP, 1961, pág. 27, ao analisar o problema da fixação dos alimentos, ou mais precisamente do quantum dos alimentos, impõe-se pesquisar "quais sejam as necessidades do reclamante, tendo-se em conta a sua menoridade ou maioridade, o seu grau de parentesco com a pessoa obrigada, as circunstâncias, enfim, que se apresentem no caso concreto, inclusive a sua condição social, o seu grau de educação e instrução, sempre sem que se percam de vista os próprios recursos da pessoa obrigada", vale dizer, "os alimentos devem prestar-se conforme a qualidade dos alimentandos (...) e se regulam pelos bens de quem os dá" (ob. cit.). É o que consagra a regra da proporcionalidade prevista no dispositivo acima mencionado.

A sentença que decretou a separação e condenou o apelante ao pagamento de pensão alimentícia, esta na base de 10 salários mínimos, fulcra-se, em face das alegações e prova documental reunidas nos autos, em que o casal possuía excelente padrão de vida e que o réu gerencia outra empresa de turismo na cidade enquanto que a autora não exerce atividade remunerada.

Conforme documentos juntados, o apelante perceberia aproximadamente, como sócio-gerente da empresa Quest Câmbio e Turismo, e sócio da empresa Marbelo Hotel Ltda. e da empresa Casa Roweder Câmbio e Turismo Ltda., em torno de R\$ 1.100,00 mensais. Dão-nos conta os autos do AI n. 99.014192-6, envolvendo as mesmas partes e do qual sou re-

lator, de que o apelante efetuou empréstimo bancário em 14/12/98 no valor de R\$ 11.700,00, convencionando o prazo de 60 dias para pagá-lo. A priori, pode-se concluir que seus ganhos não estariam limitados aos R\$ 1.100,00, diante dos termos do citado financiamento e resgate em tão curto prazo.

É certo ainda que, conforme mencionou o ilustre Togado a quo, o casal possuía excelente padrão de vida. De qualquer sorte, na consideração para fixar o valor da pensão alimentícia, não se pode desprezar o fato de que a situação financeira do réu-apelante sofreu séria alteração ao ser afastado da gerência da empresa da família da autora-apelada.

Pesa mais em favor do alimentante o fato de ter sob sua guarda os 3 filhos do casal, ônus por certo significativo a absorver boa parte dos seus rendimentos.

A apelada, por seu turno, é pessoa ainda capaz de exercer atividade rendosa, reside na morada do casal, e, portanto, não tem encargo de locação, e, reviva-se, não tem sobre si a responsabilidade de criação e educação dos filhos.

Destaca-se ainda que na medida cautelar que a apelada propôs em face do apelante foi-lhe assegurado o direito de levantar 50% dos valores referentes às ações de consignação em pagamento propostas em desfavor deste.

Dessa forma, e diante da situação exposta, atendo-se ao fato de estar a mãe residindo no imóvel do casal; de que o pai está com a guarda dos 3 (três) filhos, o que por certo lhe consome boa parte dos seus rendimentos;

de que o ganho do marido, pelo que restou provado pelo menos no âmbito destes autos, não suporta o pagamento da pensão no montante arbitrado, reduz-se a verba alimentar para 6 (seis) salários mínimos.

A pensão à ex-mulher, porém, não deve prolongar-se no tempo senão até a homologação da partilha, em Primeiro Grau. É que o casal reúne bens em quantidade e valor suficientes a proporcionar, em face do que couber à apelada, rendimento bastante para manter-se.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, reduzindo-se a verba alimentar para 6 (seis) salários mínimos, e fixando-se como término desse encargo a data da ho-

mologação da partilha pelo Juízo Monocrático, mantendo-se no mais o seu decism.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Alcides Aguiar, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Desembargadores Pedro Manoel Abreu e Solon d'Eça Neves; lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 16 de setembro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente para o acórdão;
Alcides Aguiar,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 50.897 (88.087810-8), DE BARRA VELHA

Relator: Des. Anselmo Cerello

Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Culpa do preposto da demandada — Morte filho — Dependência econômica da família — Idade limite de sessenta e cinco anos — Indenização — Pensão — Dies ad quem — Seguradora, responsabilidade até o valor do contrato — Desconsideração de eventual indenização recebida em razão de seguro obrigatório — Recurso dos segurados parcialmente provido — Desprovimento do apelo da seguradora.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 50.897 (88.087810-8), da comarca de Barra Velha, em que são apelantes e apelados Dermival Abel Rodrigues e outros, Multiplic Seguradora S/A e o município de Itajaí:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, prover parcialmente o recurso de Dermival Abel Rodrigues e desprover o apelo do Município e da Seguradora.

Custas legais.

Trata-se de ação de reparação de danos por ato ilícito, aforada por

Dermival Abel Rodrigues e outros oito, contra o município de Itajaí, perante a única vara da comarca de Barra Velha.

Alegaram que são pais, respectivamente, de Roberto Rivelino Rodrigues, Fabiane Cristina Pinheiro, Joelma Alígia dos Santos, Alcides Calixto Gonçalves Júnior e Alcir Amorim.

Aduziram que no dia 2 de dezembro de 1990, quando retornavam de Joinville para Itajaí, em um veículo Volks Kombi, placa CM 6074, pertencente ao réu, dirigido por Renato da Silva, seus filhos tiveram suas vidas ceifadas em uma colisão com um caminhão Mercedes-Benz, descrito na inicial.

O causador do acidente foi o condutor do veículo da ré, já que estava completamente embriagado e invadiu a contramão de sua direção, colidindo com o caminhão que seguia em sentido contrário; o motorista do veículo causador do acidente também faleceu.

Aduziram que todas as vítimas eram solteiras e contribuía para a manutenção do lar, pois todos tinham emprego, exceto Alcir Amorim.

Alegaram que além do abalo emocional e moral que sofreram com a perda dos filhos, ainda tiveram que arcar com as despesas de funeral.

Requereram a indenização no equivalente a dois terços do salário que os filhos recebiam, e para Alcir Amorim o equivalente a dois terços do salário mínimo, até que eles tivessem 65 anos de idade.

Juntaram documentos de fls. 9/47.

O réu contestou (fls. 66/68), alegando preliminarmente a denuncia-

ção da lide, já que o veículo sinistrado encontra-se segurado com a Multiplic Seguradora S/A.

Alegou que a Associação dos Surdos e Mudos do Vale do Itajaí é a única responsável pelo acidente, devendo também integrar a lide.

Asseverou que não teve culpa no acidente, já que apenas limitou-se a atender o pedido formulado pela dita Associação, cedendo o veículo para transporte de seus associados.

Afirmou que o Seguro DPVAT pago aos beneficiários das vítimas cobriu todas as despesas, inclusive as de funerais, portanto nada deve a eles; e os gastos com funerais, além de não comprovados, estão fora da realidade; a pretendida indenização até os 65 anos de idade não condiz com o entendimento de nossos Tribunais, que fixam a idade em 25 anos.

O MM. Juiz a quo julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o município de Itajaí a indenizar os autores nos funerais de seus filhos, mais 1/3 do salário percebido por eles, desde a data do acidente até que completassem 25 anos; para os pais de Alcir Amorim, o equivalente a 1/3 do salário mínimo, desde a data do acidente até quando a vítima completou 25 anos, em 26/9/94.

O MM. Juiz julgou procedente a denunciação da lide contra a Multiplic Seguradora S/A, declarando em favor do réu município de Itajaí o direito de ser ressarcido pelo valor condenado, até o limite do seguro da apólice.

O ilustre Togado Monocrático deixou de determinar o abatimento do seguro obrigatório porque não restou comprovado nos autos o seu pagamento aos autores.

Inconformado com a r. Sentença, os autores apelaram (fls. 329/331), pedindo a reforma do julgado, para que seja modificada a idade limite fixada para o pagamento da pensão aos pais, de 25 anos para 65 anos de idade, e, além disso, buscam o aumento para 2/3 do salário que percebiam, em vez de 1/3, como foi estipulado. Ademais, insurgem-se contra os honorários advocatícios arbitrados em 10%.

A denunciada à lide Multiplic Seguradora S/A também apelou, apresentando suas razões de apelação de fls. 300/303, propugnando pela reforma da r. sentença, alegando que o fato de ter ocorrido o empréstimo do veículo, sem nenhuma remuneração, não configurou o contrato de transporte. Afirmou serem excessivos os valores dos prejuízos reclamados, requerendo a dedução do valor do seguro obrigatório — DPVAT.

O município de Itajaí também apelou (fls. 312/314), alegando não se tratar de responsabilidade objetiva do poder público, mas sim uma cessão a título gratuito do veículo para a Associação de Surdos e Mudos do Vale do Itajaí, sendo esta, conseqüentemente, a detentora da responsabilidade pelo acidente.

O digno representante do Ministério Público de Primeiro e Segundo Graus opinou pela manutenção da r. sentença de Primeiro Grau.

É o relatório.

Três são os pontos dos apelos:

1 — Quanto ao limite de idade provável da vítima, como a prestação alimentícia, duas tendências doutrinárias e jurisprudenciais se degladiam:

a) idade limite de 25 anos — marco estimativo a partir do qual a vítima romperia os vínculos familiares, passando a constituir nova família;

b) 65 anos — idade provável da vítima.

— Responsabilidade civil por ato ilícito — Termo final do pagamento de pensão alimentícia. Se a vítima já trabalhava e prestava auxílio financeiro a seus pais, a obrigação do responsável pelo pagamento da prestação alimentícia aos pais vigorará até a data em que ela completaria 65 (sessenta e cinco) anos (REsp. ns. 33.160-6, 76.238-0 e 51.966-7, Ementários STJ 11/92, 17/85 e 12/90).

Hodiernamente é este o entendimento dominante comprovado pelo ilustre Procurador de Justiça:

“No entanto, algumas decisões do Pretório Excelso não faziam nenhuma limitação, entendendo que o único limite aceitável seria o tempo de vida provável da vítima (o menor), ou seja, 65 anos, podendo ser extinta à medida que os beneficiários (pais) fossem falecendo. No RE n. 78.887—SP, o Supremo Tribunal Federal entendeu incabível a limitação aos 21 anos de idade, determinando o pagamento da pensão até a duração provável da vida da vítima, nos termos do art. 912 do Código de Processo Civil de 1939, mas reduzindo essa duração para 60 anos:

‘Indenização — Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Morte de filho menor — Pensão devida pelo tempo correspondente e restante à duração provável da vida da vítima (60 anos) — Recurso extraordinário conhecido e provido em parte.

‘...O voto do eminente relator (sorteado, vencido) e o meu se sepa-

ram por diferentes conjecturas e probabilidades. Para S. Exma., o menor, aos 25 anos, em nada mais ajudaria os pais. Para mim, ajudaria a vida toda se necessário e possível e poderá ser constrangido a isso pelo Juiz, em cumprimento do Código Civil. Entre duas probabilidades, como sou otimista em relação à maioria da humanidade, prefiro a que prestigia a solidariedade da família e pode ser exigida por ato judicial. Assim, parece-me mais razoável essa interpretação que tem por si o art. 912 do Código de Processo Civil, de 1939. Por essas razões, que não são todas, dou provimento, em parte, para que a recorrida pague a pensão até a duração provável da vida da vítima, nos termos do art. 912 do Código de Processo Civil de 1939. Mas reduzo essa duração para 60 anos, não só porque no Brasil ainda não se excede dessa média, senão também porque foi o teto adotado no RE n. 66.253 (Djalci Falcão, RTJ 51/238)" (j. 5/11/1974, rel. Aliomar Baleeiro, RJTJSP, 37/333, e RTJ 74/476).

Assim também já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Indenização — Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Morte de filho menor — Pensão devida — Limitação até quando a vítima alcançasse sessenta e cinco anos de idade — Recurso provido para esse fim" (RJTJSP, 59/56).

"Tratando-se de vítima com 19 anos de idade, que já trabalhava, dando ajuda ao lar paterno, não é razoável presumir que aos 25 anos de idade cessasse tal auxílio (RTJ 123/1.065). Pagamento de pensão conforme a sentença e o acórdão até os 25 anos; de pensão com menor expressão pe-

uniária, a partir de então e até a data do falecimento dos autores ou até a data em que a vítima completaria 65 anos, prevalecendo o termo que primeiro ocorrer" (RE n. 3.732—SP, 4ª T., rel. Min. Athos Carneiro, j. 28/8/90, maioria de votos, DJU 1º/10/1990, pág. 10.451).

"Em famílias de poucos recursos, o dano resultante da morte de um de seus membros é de ser presumido, máxime se residente no lar paterno. Se indenizável a morte de filho menor, mesmo de tenra idade — Súmula 491 do STF — com expectativa de perda patrimonial apenas na base de falíveis hipóteses, com mais razão é indenizável a morte de filho patrimonial e do dano moral. Orientação do Supremo Tribunal Federal. A obrigação do filho em ajudar os pais, que de ajuda possam necessitar, não encontra limite temporal. Tempo provável de vida da vítima, 65 anos (RTJ 123/1.605)" (RE n. 1.999—SP, 4ª T., rel. Athos Carneiro, j. 20/3/90, v. unan., DJU 7/5/1990, pág. 3.832).

"É de se lembrar, ainda, que o art. 229 da atual Constituição Federal dispõe que 'os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade'. Não se trata mais, portanto, de mera presunção, mas de dever legal, estabelecido a nível constitucional.

"...

"Responsabilidade civil — Morte — Limite temporal do pensionamento.

"Comprovado que a vítima auxiliava os pais na manutenção do lar, é devido o pagamento da pensão até a data em que a mesma completaria sessenta e cinco anos de idade. Não é da-

do presumir que, aos vinte e cinco anos, deixaria de prestar aquele auxílio. Precedentes" (STJ, REsp. n. 40.305-7, 3ª T., rel. Min. Costa Leite, j. 22/3/94, DJU 1º/8/1993, pág. 18.645, n. 145).

"Demanda promovida pelos progenitores da vítima. Limite da indenização no tempo.

"Tratando-se de vítima com 19 anos de idade, que já efetivamente trabalhava, dando ajuda ao lar paterno, não é razoável presumir que aos 25 anos de idade cessasse tal auxílio. Código de Processo Civil, art. 602 e parágrafos; Código Civil, art. 1.537; RE n. 100.127 (RTJ 123/1.065); REsp. n. 1.999.

"Pagamento de pensão conforme a sentença e acórdão até os 25 anos; de pensão com menor expressão pecuniária, a partir de então e até a data do falecimento dos autores ou até a data em que a vítima completaria 65 anos, prevalecendo o termo que primeiro ocorrer (STJ, REsp. n. 3.732—SP, 4ª T., j. 28/8/90, rel. Min. Athos Carneiro, DJU 1º/10/1990, n. 189, pág. 10.451)", conforme parecer do ilustre Procurador de Justiça Joel Rogério Furtado.

Nesse particular, merece vingar o apelo dos autores.

O segundo ponto reside no fato de a vítima estar a serviço de uma associação. O argumento cede ante o posicionamento de que, nesta hipótese, é a propriedade do automotor provocador do acidente que o vincula à responsabilidade.

"Acidente de trânsito — Responsabilidade civil — Danos causados por terceiro não proprietário do veículo. Empregada doméstica menor que

se apossa das chaves e a empresta a terceiro também menor que deu causa ao sinistro. Exoneração de responsabilidade do patrão por não ter concorrido para o evento. Automóvel que se encontrava guardado na garagem de sua casa com trava do sistema de combustível ligada, não permitindo ao preposto movimentá-lo ou ter a posse das chaves. Culpa que, na hipótese, não pode ser deduzida do simples laço de subordinação. Indenização não devida (1º TACívSP — ACSum 409.907-8 — 2ª C. — rel. Juiz Jacobina Rabello — J. 5/4/1989)" (RT 643/128).

3 — Quanto ao desconto do seguro obrigatório, não foi feita a prova a respeito. Efetuando o pagamento, impõe-se o abatimento. No caso, não houve a preocupação desta prova pela ré.

O pagamento pelo seguro obrigatório é do causador do dano — caso não tenha sido efetuado — a prova do pagamento às vítimas e beneficiários é de ser dispensável.

Tal fato ocorreu.

A verba honorária, vencendo os autores em parte deve ser elevada para 15% (quinze por cento).

Provejo parcialmente o apelo dos apelantes.

Desprovejo quanto aos réus.

É o voto.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 13 de maio de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente para o acórdão;
Anselmo Cerello,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.013880-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Ação de obrigação de fazer. Compromisso de compra e venda. Adendo contratual. Alegação de saldo residual. Inocorrência. Obrigações do promissário comprador adimplidas.

O compromisso de compra e venda é uma espécie do gênero contrato preliminar, que alberga em seu seio uma obrigação de fazer infungível, qual seja, a outorga da escritura de compra e venda ao promitente comprador que tenha cumprido com todas as suas obrigações. Em assim sendo, essa espécie de avença comporta execução específica no plano processual, pois, se o promitente vendedor não a cumpre espontaneamente, o juiz proferirá sentença com a mesma eficácia do ato omitido.

Natureza da ação de obrigação de fazer ou de adjudicação compulsória. Sentença que não transfere o domínio só por si, mas que vale como título translativo da propriedade.

Em se tratando de recusa, por parte da promitente vendedora, em outorgar a escritura definitiva do imóvel quando pago todo o preço, a sentença em ação de adjudicação compulsória ou a de obrigação de fazer, prevista no art. 639 e ss. do CPC, proposta pelo compromitente comprador, vale como título traslativo de propriedade, mas não transfere o domínio só por si, tendo em vista o caráter pessoal desta espécie de ação.

Ou seja, o Juiz só determina ao promitente vendedor a outorga da escritura definitiva em determinado lapso temporal, mas não transfere o domínio de forma automática. A transmissão da propriedade imóvel, no caso da compra e venda, só se aperfeiçoa com a inscrição do título no Registro de Imóveis.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.013880-9, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é apelante Edel

—*Empresa de Engenharia S/A, sendo apelados Osmar Eduardo Santos e outro:*

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

Custas legais.

I — Relatório

Osmar Eduardo Santos e Tania Heusi Santos ajuizaram ação ordinária de obrigação de fazer contra Edel — Empresa de Engenharia S/A, aduzindo que adquiriram um apartamento com dois boxes de garagem no Condomínio Hotel América do Sol, firmado por promessa de compra e venda. Disseram que, em 15/8/94, houve alteração contratual no que tange à forma de pagamento da avença, passando as prestações a ser adimplidas mediante a conversão em dólar. Argumentaram, ainda, que, paga a última prestação em setembro de 1996, deveria a ré ter providenciado a transferência da propriedade do bem aos autores, o que não ocorreu. Requereram, pois, a procedência da ação, para fins de obter o registro do bem em seu nome, cominando-se multa diária pelo descumprimento.

Citada, a ré contestou, alegando carência de ação, posto que não cumprida a parte que competia aos promitentes compradores, vez que há saldo devedor. Disse que o cônjuge varão propôs que fossem promovidas amortizações em moeda diversa da acordada contratualmente, passando os pagamentos a ser realizados em quantidade fixa na moeda estrangeira sugerida, sendo a quantidade fixada e

convertida em moeda nacional, amortizando parte do saldo devedor dos autores. Disse que, ao final das amortizações, restou a quantia correspondente às diferenças resultantes das amortizações, não podendo cumprir sua obrigação sem a total quitação do preço.

Em reconvenção, a ré Edel afirma restar uma quantia pendente no valor de R\$ 25.540,78 a ser paga pelos autores para que seja transferido o bem imóvel.

Sentenciando, o meritíssimo Juiz de Direito julgou procedente o pedido contido na inicial, condenando a ré Edel, no prazo de 15 dias, outorgar aos autores Tânia e Osmar Eduardo Santos a escritura pública de transferência do imóvel alienado, sob pena de multa diária de 1 salário mínimo. Da mesma forma, julgou improcedente a reconvenção e, considerando ter havido a sucumbência da empresa/ré em ambas as ações, condenou-a ao pagamento das custas e verba honorária, arbitrada em 10% sobre o valor atribuído a cada uma das causas.

Irresignada, apela a ré Edel, argüindo a nulidade da sentença por ser ultra petita, ou seja, ter concedido a outorga da escritura pública de transferência do imóvel alienado, quando o pedido foi somente a transferência do bem imóvel. No mérito, diz que o contrato é perfeito e acabado, e reedita os argumentos contidos na contestação. Requer o provimento do recurso.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

II — Voto

Versa a demanda sobre ação ordinária de obrigação de fazer em que os autores Osmar Eduardo Santos e sua esposa, na qualidade de promitentes compradores de imóvel objeto de compromisso de compra e venda firmado com a ré Edel, requereram fosse a ré condenada na obrigação de fazer a transferência do bem imóvel no Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Florianópolis, sob pena de multa diária.

A referida avença foi firmada em 8/8/94, e é referente ao apartamento n. 306, com dois boxes de garagem do Condomínio Hotel Residencial América do Sol, na Praia Brava, nesta Capital. A transferência do domínio, como é comum, somente se daria após quitação do preço total do negócio.

Prefacialmente à apreciação da natureza da presente ação de obrigação de fazer e suas conseqüências, traz-se à baila os principais pontos da avença, devidamente transcritos pela r. sentença monocrática, a fls. 84:

“O preço global, segundo cláusula 3ª, foi de R\$ 103.408,00 a ser pagos da seguinte forma: a) a quantia de R\$ 27.600,00 no ato; b) R\$ 57.408,00, em 24 parcelas iguais e consecutivas de R\$ 2.392,00, vencendo a primeira em 30/8/94 e as demais no mesmo dia dos meses subseqüentes; c) R\$ 18.400,00, em 4 parcelas semestrais, iguais e consecutivas de R\$ 4.600,00, vencendo-se, cada uma, no dia 18 de cada semestre, a contar de 18/2/95.

“Em cláusula 7ª da avença, restou consignado:

‘As partes que compõem a totalidade do preço contratado serão rea-

justadas monetariamente de acordo com a variação percentual do Índice de Preços do Consumidor — série r — (IPCr), fornecido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, considerando-se para efeitos do presente a variação percentual mensal ocorrida desde o dia primeiro do mês da assinatura do presente instrumento até o primeiro dia do mês do efetivo pagamento de cada parcela, importando esse reajustamento automático e conseqüentemente no reajuste de todo o saldo do preço contratado para todos os efeitos jurídicos, legais, econômicos, administrativos e financeiros’ (fls.10).

“De outra parte, em cláusula 8ª, ficou ajustado:

‘Para efeitos de atendimento a disposições governamentais expressas especificamente nos arts. 27 e 28 da Medida Provisória n. 566/94, as parcelas do preço contratado serão reajustadas monetariamente com base na variação anual do IPCr permanecendo com seu valor em reais constante a cada período anual da vigência do presente instrumento, e, em virtude desta disposição, as parcelas discriminadas na cláusula 3ª, alínea c, terão seus valores reajustados e revisados anualmente no mês da assinatura do presente instrumento, de acordo com o seguinte critério...’.

“O critério adotado então, para o reajustamento anual, vem discriminado nos itens a e b de referida cláusula.

“Ocorre que, em 15/8/94, foi remetida correspondência pelos Autores, onde propunha nova forma de amortização alternativa do contrato, pedindo que as parcelas do instrumento fossem referendadas em dólares

americanos, no montante de US\$ 112.400,00, nos seguintes termos:

‘US\$ 30.000,00 pagos no ato;

‘US\$ 62.400,00 em 24 parcelas mensais, iguais e consecutivas de US\$ 2.600,00 cada uma, vencendo-se a primeira em 31/8/94 e as demais em igual dia dos meses subsequentes;

‘US\$ 20.000,00 a ser pagos em 4 parcelas semestrais iguais e consecutivas de US\$ 5.000,00 cada uma, vencendo-se a primeira em 28/2/94 e as demais em igual dia dos semestres subsequentes’ (fls. 20)”.

Vê-se que a ré Edel após sua assinatura neste documento, concordando com seus termos. Porém, sustenta que existe saldo devedor, uma vez que os valores das parcelas sofreriam reajuste mensal e anual, conforme as cláusulas do contrato.

Porém, sem razão a ré recorrente Edel, porquanto o referido documento mudou significativamente os termos da cláusula 3ª do negócio, determinando a fixação em dólar das prestações. Não é nulo o contrato no qual se estipula a correção das prestações de acordo com a variação cambial, desde que o pagamento se dê em moeda nacional. É o que ocorreu in casu, sendo o ajuste totalmente cumprido e o contrato perfeitamente acabado, conforme se vê a fls. 20v. e fls. 70.

Ora, se a ré Edel aceitou os pagamentos da nova forma convencional, não pode alegar, agora, a existência de saldo residual e impedir a transferência do imóvel.

Sabe-se que o compromisso de compra e venda é uma espécie do gênero contrato preliminar, que alberga em seu seio uma obrigação de fazer in-

fungível, qual seja, a outorga da escritura de compra e venda ao promitente comprador que tenha cumprido com todas as suas obrigações. Em assim sendo, essa espécie de avença comporta execução específica no plano processual, pois, se o promitente vendedor não a cumpre espontaneamente, o juiz proferirá sentença com a mesma eficácia do ato omitido.

Ricardo Arcoverde Credie, ao fazer menção às obrigações que o compromisso de compra e venda alberga, in “Noções Práticas sobre o Processo de Adjudicação Compulsória”, Revista Jurídica, n. 223, pág. 140 e ss., preleciona:

“São diversas, distribuídas entre o compromissário vendedor e o compromissário comprador. Apenas exemplificadamente, ao primeiro incumbe transferir a posse, receber o preço (parceladamente ou não); ao segundo, sobretudo, pagar o preço.

“Mas, no feixe de relações jurídicas que nele se estabelecem, dentre as obrigações daí defluentes, a principal, para o objetivo aqui pretendido, é a obrigação de fazer consistente em outorgar a escritura definitiva do imóvel”.

Nessa linha, adota-se a adjudicação compulsória como uma modalidade de execução específica exclusiva de uma espécie de contrato preliminar, denominado compromisso de compra e venda. Embora a presente demanda tenha sido denominada obrigação de fazer, fundada nos arts. 639 a 641 do CPC, nada mais é do que uma ação de adjudicação compulsória, só que pelo procedimento comum do cânone processual. A prestação jurisdicional é a mesma, sujeita aos mesmos requisitos.

Alega a apelante, entretanto, que a sentença é ultra petita porque condenou a ré à outorga da escritura definitiva aos autores, ao passo que o pedido inicial teria sido, tão-somente, a transferência do bem imóvel.

Totalmente despicienda esta assertiva. Embora tanto o vínculo real como o obrigacional sejam suficientes para justificar um processo de execução forçada, tem-se que a sentença proferida em ação de adjudicação compulsória vale como título traslativo de propriedade, mas não transfere o domínio só por si.

Para a solução da controvérsia, tem-se que definir, primeiramente, se a actio de adjudicação compulsória, possível em face do art. 639 do CPC em comunhão com o Dec.-Lei n. 58/37, tem natureza real ou meramente pessoal.

O dissenso jurisprudencial é imenso, expondo Ricardo Arcoverde Credie, in *Adjudicação Compulsória*, Malheiros, 6ª ed., 1994, pág. 33: "Sendo a adjudicação compulsória ação pessoal, é a obrigação de outorgar a escritura definitiva de um imóvel que nela se questiona. Somente por consequência da procedência da ação, e sob a condição de ser transcrita a sentença de procedência, pode haver a transferência do bem aludido. Não se pode, assim, dizer que se trata de ação que versa sobre imóvel. Pela antiga divisão das ações segundo o objeto do direito substancial sobre o qual se pede a providência jurisdicional, classificam-se também elas em mobiliárias e imobiliárias. Mas a adjudicação compulsória apenas mediatamente, de maneira muito remota, se refere a imóvel. O objeto imediato desta ação é a

modificação de uma situação jurídica mediante sentença, como já salientei acima".

Enfrentando o tema, ilustres Ministros do Superior Tribunal de Justiça escreveram no Recurso Especial n. 37.466—RS:

"Quanto à corrente doutrinária e jurisprudencial que distinguia entre a ação real de adjudicação compulsória e a ação pessoal de cumprimento da obrigação de contratar, o Acórdão do Recurso Especial n. 30 a considerou superada, a partir do momento em que não se vê vínculo algum entre a ação de adjudicação compulsória e o direito real de aquisição. O Registro faz nascer o direito de seqüela, mas a adjudicação entre as partes do compromisso não depende, de maneira alguma, do referido direito de seqüela. Daí deve-se entender a expressão 'adjudicar' in casu, não como atribuição direta do domínio ao promissário comprador, mas apenas como criação em favor de um título definitivo, que lhe permitia, posteriormente, chegar à propriedade do imóvel por via da transcrição do título judicial (a sentença) no Registro Público competente.

"A adjudicação em face do compromisso, não é diferente daquela que se dá no praxeamento do imóvel penhorado (CPC, art. 714). Serve de título causal para adquirir a propriedade mas não a transfere de imediato, já que tal transferência somente acontecerá quando se der a respectiva inscrição no Registro de Imóveis (Código Civil, art. 533).

"Se, pois, sempre será necessário o registro da sentença para que a propriedade do imóvel compromissado seja transferida, 'revela pouco a distin-

ção entre a ação de adjudicação e ação de cumprimento de obrigação de contratar. Nos dois casos, haverá a mesma criação de um título causal, ainda no plano do direito obrigacional e não a imediata constituição do direito de propriedade, fato que só ocorrerá quando se der a transcrição da sentença no Registro competente” (in RSTJ 92/256).

Então, reforça-se o caráter pessoal da demanda, porquanto a sentença não pode suplantiar o efeito translativo do registro imobiliário. Só com este é que a propriedade é realmente transferida. Dessa forma, o Juiz somente emite declaração de vontade com o mesmo efeito do ato não praticado. A ação é proposta para o cumprimento de obrigação e, nesta demanda, correta foi a atitude da meritíssima Juíza em condenar a ré na outorga da escritura definitiva do imóvel, e nada mais. De consequência, deverá ser expedida

carta de sentença, mandado ou mesmo uma certidão do ato decisório, quando transitado em julgado, porém, o serventuário do Registro de Imóveis não está obrigado a transcrever o título se ocorrer qualquer circunstância impeditiva.

Diante desses argumentos, nega-se provimento ao recurso.

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Trindade dos Santos.

Florianópolis, 23 de setembro de 1999.

Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 46.039, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Gaspar Rubik

Ação de anulação de ato jurídico. Morte do demandado após o encerramento da instrução processual. Decisão prolatada logo em seguida, sem a suspensão do processo para a habilitação do espólio. Ausência de nulidade. Inteligência do art. 265, § 1º, alínea b, do Cânone Processual Civil. Suspensão só cabível após a publicação do decisum.

“Noticiada a morte do autor durante a audiência de instrução e julgamento, deve o feito ser suspenso a partir da publicação da sentença, obedecendo-se, assim, o disposto no art. 265, § 1º, a e b, do CPC, a fim de que se proceda a regular habilitação dos sucessores do de cujus” (Apelação Cível n. 44.871, da Capital, rel. Des. Eder Graf, j. em 20/8/94).

Prescrição. Prazo vintenário. Incidência do art. 177, primeira parte, do Código Civil, por ter o pedido anulatório, baseado em vício de vontade, natureza pessoal e não real. Rejeição.

“O ato jurídico nulo de pleno direito (CC, art. 145) prescreve dentro do prazo das ações pessoais, previsto no art. 177 do Código Civil. O prazo prescricional previsto no art. 178, § 9º, V, b, é aplicável às hipóteses de ato anulável (CC, art. 147)” (Apelação Cível n. 36.223, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 22/11/94).

Contrato de compra e venda celebrado por mulher analfabeta, surda e quase muda, porém não interdita. Atestação de seu médico, ademais, roborada por outros indícios, de perfeita higidez mental até o fim de sua vida.

Vício de vontade indemonstrado. Ônus da prova de que não se desincumbiu a parte autora. Prova técnica não excludente quanto a ter sido o recibo de quitação da avença firmado pela pessoa dita incapaz, genitora da demandante. Existência, ainda, de declaração passada pela escritã do registro de imóveis comprobatória de ter ela comparecido pessoalmente ao cartório para a celebração do pacto. Prova testemunhal não elisiva de tal afirmação. Presunção de verdade das escrituras de compra e venda não infirmadas. Preponderância, na dúvida, do conteúdo do registro, ato jurídico sério. Sentença de procedência da ação reformada. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 46.039, da comarca de Chapecó, em que é apelante Espólio de Otopaulo Schwartz, sendo apelada Angelina do Amaral Bone:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, dar provimento ao recurso.

Custas legais.

Angelina do Amaral Bone ajuizou, perante a 1ª Vara Cível da comarca de Chapecó, ação de anulação de ato jurídico contra Otopaulo Schwartz, objetivando ver declarados nulos os

registros de ns. 54.920 e 57.502, decorrentes dos traslados das escrituras de compra e venda de dois terrenos, respectivamente com as áreas de 2.000m² e 3.744,266m², que adquirira ele de sua falecida mãe Palmira Alves do Amaral.

Alegou, em suma, que a par de não mais existir no Registro Imobiliário n. 14.563 a quantidade de terras referidas, que suportasse a venda feita ao demandado, sua genitora, à época com 74 anos de idade, e há 18 anos enferma, não possuía plenas condições de discernimento, já que, além de ser analfabeta, paralítica, surda e quase muda, apresentava as mãos completa-

mente endurecidas, entrava em coma permanentemente, e teve, inclusive, uma perna amputada pelo demandado antes de morrer, tendo ele próprio atestado sua invalidez em três oportunidades (8/5/75; 7/6/76 e set/77).

Aduziu, ainda, que numa das crises de que sua mãe fora acometida, estiveram em sua residência algumas pessoas acompanhadas do sr. Abrão Tessaro, que colheram suas digitais ao argumento de serem necessárias para os documentos de sua aposentadoria e internamento em Hospital, impressões estas que foram utilizadas para a transferência daquelas terras para o demandado, seu médico de confiança, tendo o sr. Abrão assinado à rogo o instrumento respectivo.

Dizendo, por isso, viciados os atos jurídicos cuja anulação persegue e invocando o direito que entende aplicável à espécie, concluiu por requerer a procedência do pedido, que instruiu com documentos.

Devidamente citado, o réu apresentou tempestiva contestação, alegando, preliminarmente, carecer a autora de ação, por falta de comprovação de recolhimento da taxa judiciária.

Meritoriamente, sustentou ser absurda a pretensão inicial, porquanto a genitora da demandante, segundo atestado passado pelo profissional médico que a atendeu desde 1975, permaneceu até os últimos dias de sua vida em estado de plena lucidez mental, nada havendo que a impedisse de celebrar qualquer tipo de contrato, inclusive da venda que lhe fez dos imóveis referidos. Aduziu que, acaso não estivesse ela em perfeitas condições mentais, caberia à

autora promover a respectiva interdição, ou de outro modo impedir que dispusesse ele dos bens, o que, contudo, não fez, justamente por não haver motivo para tanto, e porque, aliás, jamais durante a vida e doença daquela tomou conhecimento de seus atos.

Argumentou, outrossim, que as escrituras de compra e venda foram lavradas na mais estrita observância das prescrições legais, sem a preterição de qualquer solenidade ou forma, não havendo falar, ainda, que o imóvel em questão não existia no Registro Imobiliário, porquanto o documento de fls. 10 é enfático ao demonstrar a sua existência. Ademais, eventual erro no lançamento imobiliário não teria o condão de invalidar aquela transação.

Enfatizou, ademais, que a certidão de fls. 7 nada demonstra, haja vista que não passa de fotocópia sem autenticação, com variações na continuidade das linhas, demonstrando a olho nu ter sido confeccionada, ou melhor, "montada".

Reafirmando, por fim, que a Sra. Palmira, embora fisicamente inválida, era mentalmente sã, concluiu por requerer a improcedência do pedido.

Replicada a defesa, houve regular intervenção do Ministério Público no feito, após o que foi proferido saneador irrecorrido, com deferimento da prova técnica requerida pelas partes, a qual veio a instalar-se e a ser concluída após várias démarches, sendo apresentados os laudos pelo perito (fls. 73/80) e pelo assistente da autora (fls. 89/101), único indicado, das conclusões sendo cientificados os litigantes.

A audiência de instrução e julgamento então designada e que se seguiu, porque restou inexistente a proposta conciliatória, em face da declaração do demandado de que alienara as terras objeto do litígio 5 (cinco) anos antes, foi suspensa para, visando prevenir eventual arguição de nulidade, ser promovida a citação dos adquirentes das áreas, dentre os quais, identificados por certidão atualizada do Registro de Imóveis, efetivou-se pessoalmente as de Bárbara Paludo, Apesc — Associação de Poupança e Empréstimo de Santa Catarina e Caixa Econômica Federal — CEF, tendo esta última comparecido aos autos e afirmado seu interesse no litígio em razão de hipoteca instituída em seu favor, a gravar parte do imóvel, vendido a seus clientes, que o adquiriram de boa-fé e aos quais propiciou financiamento para a construção de casas, pelas quais disse terem o direito de retenção enquanto não indenizados.

Aos revéis, citados editaliciamente, foi nomeado curador especial, que apresentou contestação, sobre a qual se manifestou a autora, que não teve deferido seu pedido de suspensão da participação dos terceiros de boa-fé, que formulou ao argumento de que a lei facultava-lhes, no caso de procedência da ação, o exercício do direito de regresso.

Designada em seguida nova data para a continuidade da audiência de instrução e julgamento, nesta, após tentada uma vez mais, infrutiferamente, a conciliação, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pelo réu, ausente ao ato justificadamente, havendo desistência da oitiva das demais e, inclusive, dos depoimentos pessoais. Concluído, assim, o ato, apresentaram

os patronos dos litigantes suas derradeiras alegações em forma de memorial, ocasião em que, analisando a prova técnica produzida, reeditaram seus argumentos e pleitos anteriores, articulando o demandado, supletivamente, a título de preliminar, a prescrição da ação, porquanto por ocasião da sua propositura já havia sido ultrapassado aquele lapso temporal a que alude o art. 178, § 9º, inciso V, do Código Civil.

O douto Promotor de Justiça, em parecer que foi ratificado pelo Curador Especial, manifestou-se no sentido da extinção do processo em face da alegada prescrição, mas com aplicação da sanção prevista no art. 22 do Cãnone Processual Civil ao demandado, por não a ter arguido no momento oportuno.

Sentenciando em seguida, sem suspensão do processo para dar-se a substituição processual do réu, cujo óbito foi noticiado pela autora, o MM. Juiz de Direito julgou procedente o pedido exordial, declarando nulo o traslado da escritura de compra e venda firmada entre a genitora da demandante e o demandado, bem como todos os atos dali subseqüentes. Condenou, em consequência, o vencido ao pagamento das custas processuais, honorários periciais e advocatícios, estes à razão de 15% sobre o valor da causa, acrescidos de juros e correção monetária, bem como nas despesas decorrentes da anulação da referida escritura.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, apelou já então o espólio do demandado, buscando, em preliminar, a nulidade da sentença por violação ao disposto no art. 265, I,

do CPC, forte no argumento de que somente após sua prolação é que tomou conhecimento da demanda, em que pese ter o óbito se registrado logo que encerrada a instrução. Ainda em prefacial, argüiu a prescrição da ação, sob o fundamento de que tendo as escrituras sido lavradas respectivamente em datas de 30 de setembro de 1968 e 6 de julho de 1971, o ajuizamento da demanda somente a 28 de fevereiro de 1980, deu-se quando de há muito estava ultrapassado o lapso temporal de 4 (quatro) anos previsto no art. 178, § 9º, inciso V, alíneas a e b, do Cânone Civil.

Meritoriamente, pugnando pela reforma do veredicto, com inversão dos ônus sucumbenciais, ratificou suas alegações finais, acrescentando, todavia, que o julgamento de procedência deu-se em flagrante contrariedade à prova dos autos, porquanto nada há, nenhum adminículo sequer que ateste a presença de vício que esteja a macular as escrituras de compra e venda referidas. Disse, a respeito, que a própria Tabeliã, sra. Rivadávia de Lima Maciel, foi categórica em afirmar na declaração de fls. 31, por ela confirmada em Juízo, que a sra. Palmira compareceu pessoalmente em seu cartório e por não saber ler nem escrever assinou à rosto aquelas escrituras.

Alegou, igualmente, que o próprio assistente técnico, indicado pela autora, esclareceu que as impressões digitais contidas na procuração outorgada por Palmira a sua filha Maria do Carmo Trautmann e as colocadas nas escrituras procedem do mesmo dedo, fato esse que não foi levado em conta pelo douto sentenciante, que entendeu procederem elas de dedos diferentes.

Enfatizou, ainda, que por não ter a autora sequer feito prova da alegada insanidade mental de sua genitora, como lhe competia, os atos por esta praticados devem ser tidos como bons, firmes e valiosos.

Contra-arrazoado o apelo e colhido o parecer Ministerial de Primeiro Grau, que foi no sentido de manutenção do veredicto, os autos, após formalizado o preparo, ascenderam a este Sodalício, tendo, aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Wlaumar Alves da Silva, em acompanhando seu representante de Primeiro Grau, também se manifestado pelo desprovimento recursal.

É o relatório.

Procede, inquestionavelmente, o reclamo, do qual apenas não resistem ao calor da melhor temática jurídica as prefaciais que articula.

Com efeito, pois relativamente à primeira suscitada a tal título, há que se observar que a teor da norma ínsita no art. 265, § 1º, do Código de Processo Civil, aliás de clareza solar, a suspensão do processo para a substituição da parte da qual tenha sido noticiado o falecimento, desde que não se esteja em face, obviamente, de direito personalíssimo seu, porque em tal caso seria incabível a providência, dar-se-á somente quando ainda não tiver sido iniciada a audiência de instrução e julgamento, porque, se já iniciada, o processo só se suspenderá a partir da publicação da sentença, tal qual aqui ocorreu.

De fato, pois a respeito doutrina o mestre Wladimir Valler:

“Se o fato suspensivo for denunciado quando ‘já tiver iniciado a audiência de instrução e julgamento’, ou

a sessão de julgamento nos tribunais, o juiz não decretará, de imediato, a suspensão do processo, pois este prosseguirá até a decisão da causa, observando-se o seguinte: a) o advogado do morto ou do declarado incapaz 'continuará no processo até o encerramento da audiência' (art. 265, § 1º, letra a, do CPC); b) o processo 'só se suspenderá a partir da publicação da sentença ou do acórdão' (art. 265, § 1º, letra b, do CPC). Somente após a publicação da sentença ou do acórdão é que o processo será suspenso até que seja realizada a habilitação dos sucessores do morto ou a intervenção do novo representante legal" (Comentários ao Código de Processo Civil, Julex Livros, 1991, pág. 342).

Aponta para o mesmo norte o renomado Edson Prata:

"A regra geral é que o juiz suspenda o curso do processo tão logo chegue aos autos a notícia do falecimento ou da extinção da parte. Se ela chegar quando já iniciada a audiência, esta não se suspenderá e o advogado da parte falecida ou extinta continuará o mesmo até o encerramento da audiência (art. 265, § 1º), estendendo-se os poderes concedidos ao procurador até depois da morte do mandante. O Código, neste ponto, rompe o princípio universalmente aceito: *mors omnia solvit*, em favor do princípio da unidade da audiência e da celeridade processual, criando a ficção de que o procurador — até que os sucessores venham a Juízo — os representa. Então, o processo só será suspenso a partir da publicação da sentença ou do acórdão" (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, tomo I, Rio de Janeiro, Forense, 1987, pág. 762).

E conclui o ilustre processualista:

"A lógica legal é muito clara: para que suspender o processo se as partes nada mais podem fazer até o julgamento? Paralisar seria ferir o princípio magno do processo, qual seja o da oralidade processual, englobando-se no vocábulo oralidade a sempre preconizada celeridade" (op. cit., pág. 763).

Oportuno, ainda, o ensinamento do preclaro Hélio Tornaghi:

"Se a prova do falecimento se faz quando já iniciada a audiência de instrução e julgamento, o advogado (do de cujus) continuará no processo até o encerramento da audiência. Em rigor de princípios, a posição do advogado já não será a de procurador, pois o mandato cessa com a morte do mandante. Ele terá de ser encarado como gestor, por força de lei, de interesses dos sucessores do morto.

"(...) O código anterior ensejava dúvida sobre se o juiz suspendia o processo no momento, posterior à audiência, em que a morte lhe era comunicada e, apesar disso, proferia a sentença (arts. 197, 198 e 199) ou se, primeiro dava a sentença e depois suspendia o processo. Adotada a primeira interpretação, nenhum ato processual podia ser praticado após a denúncia da causa de suspensão, a não ser a sentença. Acolhida a segunda, o juiz podia praticar outros atos (por exemplo: baixar os autos a cartório para algum esclarecimento) e só depois disso dar a decisão.

"(...) Na letra b deste § 1º, este código desfez qualquer dúvida: se, depois de iniciada a audiência, morre ou se torna incapaz qualquer das partes ou seu representante legal, somente a

partir da publicação da sentença ou acórdão será suspenso o processo.

"Dessarte, de conformidade com este código, pode prosseguir a instrução iniciada e podem ser praticados quaisquer atos pertinentes, uma vez que o processo apenas será suspenso após a publicação da sentença" (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975, págs. 316/317).

É também da melhor jurisprudência deste Sodalício:

"Apelação cível. Morte do autor. Noticiamento durante a audiência de instrução e julgamento. Suspensão do feito a partir da publicação da sentença. Exegese do art. 265, I, c/c § 1º, a e b. Nulidade proclamada.

"Noticiada a morte do autor durante a audiência de instrução e julgamento, deve o feito ser suspenso a partir da publicação da sentença, obedecendo-se, assim, o disposto no art. 265, § 1º, a e b, do CPC, a fim de que se proceda a regular habilitação dos sucessores do de cujus" (Apelação Cível n. 44.871, da Capital, rel. Des. Eder Graf, j. em 20/8/94).

In casu, como se apanha dos autos, a notícia do falecimento do réu foi veiculada pela autora pela petição de fls. 269/270, quando as partes já haviam oferecido suas derradeiras alegações, de maneira que aquele momento era inapropriado para a suspensão do processo com o objetivo de regularizar a sua substituição processual antes da sentença.

Só após a publicação desta, sim, acaso assim não fosse procedido, é que se poderia falar em desatendimento ao disposto no pergaminho processual. Entretanto, o próprio espólio,

conquanto não intimado, em comparecendo espontaneamente aos autos para interpor o presente apelo, sanou eventual nulidade que pudesse decorrer daquela falta, já que, é de se concluir, dela não redundou prejuízo algum.

Rejeita-se, pois, a apontada nulidade.

Incorre, por outro lado, a alegada prescrição, haja vista que a ação anulatória de ato jurídico, mais precisamente de escritura de venda de imóvel, quando fundada em vício de vontade, como aqui acontece, tem, por ser referida entre as chamadas questões personalíssimas, natureza pessoal, como a respeito tem-se posicionado sábia construção jurisprudencial (RJTJESP 122/261; RT 597/46 e RT 605/78), até porque nas hipóteses apontadas pelo art. 145 do Código Civil, dentre as quais se situa esta, em que o ato jurídico é nulo de pleno direito, não apenas ato anulável, é que se aplica prazo prescricional diverso.

Nesse sentido, mutatis mutandis, a orientação também desta Corte:

"A ação para declarar-se a nulidade de promessa de compra e venda de imóvel inexistente, cumulada com perdas e danos, fundada nos arts. 145, II, e 158 do Código Civil, prescreve em vinte anos, por força de norma substancial prevista no art. 177 do mesmo diploma" (Apelação Cível n. 41.233, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 27/9/94).

E ainda:

"O ato jurídico nulo de pleno direito (CC, art. 145) prescreve dentro do prazo das ações pessoais, previsto no art. 177 do Código Civil. O prazo prescricional previsto no art. 178, § 9º, V, b,

é aplicável às hipóteses de ato anulável (CC, art. 147)" (Apelação Cível n. 36.223, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 22/11/94).

Portanto, como no caso as escrituras foram levadas a registro, respectivamente, em 30/9/68 e 6/7/71 (fls. 31), e a presente ação protocolada no dia 28/2/80, logicamente só se pode concluir que o prazo vintenário a que alude o art. 177 do Código Civil foi respeitado.

Superadas que restam, assim, aludidas prefaciais, no campo do mérito, razão assiste ao espólio/recorrente, impondo-se, via de consequência, como consignado ao preâmbulo, a reforma da douta sentença hostilizada.

Pretende a autora/apelada ver declarada a nulidade das escrituras de compra e venda que sua falecida mãe passou a favor do réu, também falecido, forte nas razões de que foi aquela ludibriada ou talvez "forçada" a colocar suas impressões digitais no instrumento de transferência dos imóveis.

É certo, não se contesta, que a fé pública que emana dos documentos firmados por oficial público, assim como de todos os demais, são passíveis de anulação, por expressa disposição legal (CC, art. 147). Cabe, entretanto, o ônus da demonstração do vício, na expressa dicção do art. 333, inciso I, do Cânone Processual Civil, não há dúvida, a quem o afirma existente. Na hipótese, portanto, à autora é que o cabia.

Ora, analisando-se a espécie, de mister acentuar primeiramente que a presunção de verdade que milita em favor das escrituras públicas existentes nos autos, e que deriva do disposto nos arts. 1º, 16 e 17 da Lei n. 6.015/73

(Lei dos Registros Públicos) e, ainda, da Lei Adjetiva Civil, somente poderia ser elidida pela desconstituição ou demonstração de sua evidente falsidade, como se extrai da explicação do incomparável processualista José Frederico Marques, in verbis:

"O documento público goza, como foi visto, da presunção de autenticidade, pelo que assim estatui o art. 364 do Código de Processo Civil: 'O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrevem, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença'.

"Assim sendo, o documento público torna certo e faz prova de que foram emitidas, pelos seus autores jurídicos, as declarações dispositivas ou enunciativas que nele se contém (...).

"Fazendo prova dos atos que o funcionário, tabelião ou escrivão afirmar que ocorreram em sua presença, o documento público se presume verdadeiro quanto a esses atos: presunção, porém, iuris tantum.

"Prova há nele, portanto, de que as partes fizeram as declarações constantes do texto e que assinaram o original do documento, quando se tratar de representação escrita de algum negócio jurídico.

"A presunção e fé do documento cessam e deixam de existir, sendo-lhe declarada judicialmente a falsidade (art. 387)" (Manual de Direito Processual Civil, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1976, págs. 209 e 211).

Nada há nos autos, porém, sequer o menor adinículo de prova que demonstre a procedência das alegações da apelada.

Deveras, pois o recibo de fls. 32 demonstra que Palmira do Amaral vendeu a Ottopaulo Schwartz os imóveis ali descritos pelo preço de Cr\$ 10.000,00, dando-lhe geral e plena quitação. Como era analfabeta, colocou ela sua impressão digital no documento, consigo assinando três testemunhas. A circunstância de duas delas serem menores por ocasião da assinatura do recibo de quitação é irrelevante e não de molde a nulificar aqueles escritos, porque sequer exigiam a presença de testemunhas e que observaram, quanto ao mais, todos os requisitos de validade e perfeição do instrumento público, que se sabe de obrigatoria forma quando celebrados por analfabeto (JTJ 148/125).

Este, aliás, o entendimento da boa jurisprudência, consoante se colhe do seguinte aresto da egrégia Câmara Civil Especial do Pretório rio-grandense:

“O art. 135 do Código Civil, que exige seja o instrumento particular, subscrito por duas testemunhas, deve ser entendido em harmonia com o art. 131 do mesmo Código, que assim dispõe: ‘As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários’. Isto quer dizer que a falta de subscrição das testemunhas não invalida o recibo arras de fls. 6. E como não impugnou o autor a autenticidade de tal documento, faz prova plena contra ele. Somente com relação a terceiros é que se exigiria a sua transcrição no Registro Público, como expresso, aliás, na segunda alínea do mesmo art. 135” (rel. Des. Wilson Chagas).

Ademais, e em princípio, quando o vendedor outorga a respectiva es-

critura definitiva é porque nada mais tem a receber.

Não fora isto, a perícia datilodocumtoscópica realizada com o intuito de aferir-se a autenticidade ou não daquele recibo de quitação quanto à impressão digital de Palmira, não excluiu, em momento algum, ser esta de sua autoria.

Com efeito, pois como esclareceu a expert judicial, “trata-se de impressão incompleta, mal tomada; tinta e suporte (papel) deixam a desejar a finalidade. Não é possível estudo completo, minucioso; mas, percebe-se que se trata de ‘presilha dupla’ ou de ‘verticilo sinuoso’. É impressão explorável” (fls. 74). Concluindo, a seguir, no item 7, proceder as impressões confrontadas de dedos diferentes (fls. 75).

Também o assistente técnico da própria autora concluiu que “em que pese a má colheita das restantes impressões digitais apontadas como padrões da pesquisada Palmira Alves do Amaral, contidas no documento juntado a fls. 41 dos autos e no verso da folha n. 87 do Livro de Registro de Escrituras n. 29, — nestas foi possível identificar o número de 10 (dez) pontos característicos coincidentes, a par de nem um único ponto divergente (...). No presente caso pode-se afirmar que procedem de um mesmo dedo as impressões digitais contidas no documento juntado a fls. 41 dos autos e no verso da folha n. 87 do Livro de Registro de Escrituras de Venda e Compra, n. 29, conforme bem se demonstra através de assinalamentos em vermelho nas fotos que integram a documentação fototécnica em anexo ao presente laudo” (fls. 91/92).

E, relativamente ao documento de fls. 32 concluiu “que ficou fortemente indiciada a possibilidade de que tenha sido colhida, no documento questionado, a impressão digital de um dedo polegar esquerdo, em vez da impressão digital de dedo polegar direito, como é de costume” (fls. 92).

A prova testemunhal coligida igualmente vem ao encontro da tese defensiva, robustecendo-a sobremaneira.

Jair do Carmo Ferreira Cruz, testemunha arrolada pelo demandado, afirmou que “há aproximadamente 15 anos atrás trabalhava para o requerido e muitas vezes a mando dele, mensalmente, comparecia à residência de uma sra. localizada, digo, que residia na Olaria do Badalotti, nos fundos; (...) que confirma que o pagamento era em virtude de uma transação de compra e venda de imóvel; (...) que acha que o nome da mulher era Palmira” (fls. 243).

Por sua vez, a declaração da Tabeliã do Cartório, de não se recordar ao certo se dona Palmira compareceu pessoalmente para subscrevê-la, porquanto já passados muitos anos (fls. 241) não só é perfeitamente compreensível, em razão de terem-se passado vários anos entre uma data e outra, como também de modo algum se presta para anular, só por si, aquela certidão de fls. 31, que foi por ela própria exarada, sob sua fé pública e no calor da transação, nos seguintes termos:

“Certifico, para os devidos fins, que em data de 30/9/68 e em 6/7/71, compareceu em meu Cartório, dona Palmira Alves do Amaral, brasileira, viúva, do lar, residente e domiciliada nesta cidade, quando nestas datas as-

sinou, à rogo, por não saber ler nem escrever, duas escrituras públicas de compra e venda, para Ottopaulo Schwartz. O referido é verdade e dou fé. Chapecó, 7/3/80”.

A dita divergência existente entre as escrituras e o recibo de quitação quanto aos valores consignados como pagos, em nada interfere no deslinde da questão, principalmente diante da conclusão da perícia datilodocumentoscópica realizada, que em momento algum excluiu ou mesmo duvidou da possibilidade de ser de dona Palmira a impressão digital colocada no recibo, impressão que, segundo fortes indícios, provavelmente teria sido aposta por um dedo esquerdo.

É estreme de dúvida que dona Palmira era portadora de paralisia, de surdez, de quase mudez e apresentava, ainda, as mãos endurecidas, certamente em decorrência daquele seu estado mórbido, o que lhe demandava constantes cuidados médicos. Temeroso afirmar, contudo, notadamente se nada nos autos o conforta, de que somente devido a esse quadro clínico tinha a sua capacidade de discernimento diminuída, porque uma coisa é a debilidade física, outra completamente diferente a mental, uma não necessariamente conduzindo à outra. Aquela, salvo raras exceções, como na hipótese do surdo-mudo que não puder exprimir a sua vontade, não importa em incapacidade para os atos da vida civil, ao passo que esta importa na total ausência de capacidade. Insista-se, pois, que a só surdo-mudez não gera incapacidade, urgindo, para que tal se reconheça, conjugá-la a outros fatores que demonstrem não poder o indivíduo exprimir a sua vontade. Na hipótese a plena higidez mental de dona Palmira perdu-

rou até os últimos dias de vida, como atestou o esculápio que a atendia e a acompanhou naquele período, cuja testificação não restou infirmada ou abalada por prova melhor contrária.

In casu, denota-se do conjunto probatório que dona Palmira não nasceu surda-muda, mas provavelmente em decorrência de sua debilidade física e da avançada idade foi perdendo um pouco ou mesmo muito o sentido da audição, quase não falando, o que longe está de significar ausência ou diminuição de discernimento.

A ausência de prova segura da incapacidade de dona Palmira, por sua vez, faz cair por terra aquela alegação de que teria ela sido ludibriada pelo sr. Abrão Tessaro para a colocação de suas digitais em papéis destinados a aposentadoria e internamento em Hospital, papéis estes que foram utilizados para a transferência das terras sob litígio em que este teria assinado à rogo. Aliás, não restou sequer demonstrado tivesse o sr. Abraão assinado à rogo as escrituras de transferência. A única certeza que se tem é da assinatura de Eva do Amaral Tessaro no instrumento lavrado a 6/7/71. Porém, naquele lavrado a 30/9/68, as assinaturas ali colocadas são completamente ilegíveis (fls. 47/48).

Não havendo, pois, melhor prova que a elida prevalece a declaração de vontade emanada da escritura de transferência que, como leciona a renomada doutrinadora Maria Helena Diniz, "é um documento dotado de fé pública, lavrado por tabelião em notas, redigido em língua nacional, contendo todos os requisitos subjetivos e objetivos exigidos legalmente, ou seja, a qualificação das partes contratantes, a

manifestação volitiva, data e local de sua efetivação e assinatura dos contratantes, dos demais comparecentes e do tabelião. Se algum dos comparecentes não puder assinar, outra pessoa o fará à rogo. Se algum dos comparecentes não souber a língua nacional, deverá comparecer um tradutor público para servir de intérprete. Se o tabelião não conhecer ou não puder identificar um dos comparecentes, duas testemunhas deverão conhecê-lo e atestar sua identidade (RDA, 6/361; RT 164/793, 428/250; RF 108/604)" (Código Civil Anotado, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 134).

Por fim, anote-se que, contrariamente ao esposado pela douta sentença guerreada, a norma ínsita no § 1º do art. 37 da Lei n. 6.015/73, não se aplica ao caso em tela, porquanto inserida no Título II — Do Registro Civil das Pessoas Naturais —, a tais casos restritos, portanto, somente se aplicando. E o Título V — Do Registro de Imóveis —, a seu tempo, não exige a colocação da impressão digital daquele que não puder assinar na margem do respectivo assento.

Daí por que, ante o fato certo de não ter a apelada se desincumbido a contento do ônus probatório que lhe competia, não demonstrando, de maneira irretorquível, que houve o vício que apontou, mas antes havendo indícios contundentes em contrário, que pelo menos suscitam acentuadas dúvidas a respeito, há de se dar prevalência ao ato jurídico, já que a regra é sua higidez; o seu desfazimento, a exceção.

Anote-se, por derradeiro, que a alegação de ter sido vendida área já não mais existente no registro originá-

rio é completamente despcienda, porquanto, como se dессome da documentação dos autos, especialmente de fls. 10 (doc. 5), as terras existiam e a menção a registros, em face de partilha decorrente do inventário por morte do segundo marido de Palmira, não foram além de simples ou meros equívocos.

E assim e por isso é que se conhece do apelo e dá-se-lhe provimento para, reformando-se a sentença objurgada, julgar-se improcedente o pedido inicial, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo

Cerello e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, tendo exarado parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Wlaumar Alves da Silva.

Florianópolis, 20 de agosto de 1996.

Xavier Vieira,
Presidente para o acórdão;
Gaspar Rubik,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.010821-4, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Reparação de danos. Acidente de trânsito. Caminhão carregado que colide violentamente na traseira de outro veículo que pára a sua frente, projetando-o contra outro estacionado, fiscalizando obras da rede elétrica. Imprudência caracterizada. Contradita de testemunha recusada. Dispensa do depoimento do motorista e empregado da ré, causador do acidente. Cerceamento de defesa inócurrenre. Recurso desprovido.

A contradita de testemunha há de ser devidamente provada, na forma do preceituado no art. 414, § 1º, do CPC. Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, a parte poderá prová-la com documentos ou com testemunhas, até três, apresentadas no ato e inquiridas em separado.

Tendo a testemunha confessado que conduzia o veículo da ré por ocasião do acidente, sendo empregado desta, transparece, de pronto, seu interesse no litígio, de modo a reconhecer-se a suspeição, a teor do art. 405, § 3º, IV, do CPC.

O motorista que, trafegando em velocidade imprópria, com caminhão carregado e em via urbana de intenso movimento, colide

na traseira de veículo que pára repentinamente a sua frente, projetando-o contra outro, estacionado, que fiscaliza obras, age com manifesta imprudência. A intensidade da culpa, em tal caso, é preponderante ante eventual irregularidade da sinalização da pista para a realização de trabalhos de reparação na rede elétrica.

Sendo a frenagem um 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, colidindo contra veículo que segue à frente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.010821-4, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que é apelante Setep Topografia e Construções Ltda. e apelada Celesc — Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A:

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

Custas legais.

1. Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A — Celesc, aforou ação de reparação de danos decorrente de acidente de trânsito em face de Setep Topografia e Construções Ltda., visando receber a importância de R\$ 7.000,00, relativa aos prejuízos causados no seu veículo Fiat/Uno, Furgão 1.5, 1993, placa FE 8049, que teria sido, em data de 21/2/95, violentamente abalroado por trás, pelo caminhão da ré, um Mercedes-Benz, placa DR 8001.

Acrescentou que, após a colisão, seu veículo foi projetado contra a traseira de outro caminhão que se encontrava estacionado imediatamente à frente, prestando serviços na rede elétrica. Aduziu que o sinistro deu-se por culpa exclusiva do motorista da ré, desde que o local estava sinalizado de

acordo com as normas de segurança de trânsito. Juntou documentos, pugnou pela produção de provas e, a final, pela procedência do pedido.

Frustrada a tentativa de conciliação, a ré contestou o pedido, asseverando que o seu motorista não agiu com culpa, uma vez que o veículo da autora, sem qualquer sinalização, parou bruscamente no meio da pista, dando causa ao evento. Ademais, a interrupção parcial da pista de rolamento não foi devidamente sinalizada nem houve a comunicação ao órgão de trânsito competente.

Após a audiência de instrução e julgamento, na qual foi tomado o depoimento de uma testemunha, as partes ofertaram suas alegações derradeiras, sob a forma de memoriais.

Sentenciando, o Togado Dr. Rogério Mariano do Nascimento julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento do valor pleiteado na inicial, além das despesas processuais e honorários advocatícios.

Irresignada, a acionada apelou, argüindo, prefacialmente, cerceamento de defesa, pelo fato de não ter sido ouvida uma testemunha que arrolou e ter sido inquirida apenas a testemunha da apelada. Quanto à questão de fundo, disse que a recorrida deveria ter

entrado em contato com a autoridade de trânsito antes de realizar o serviço na via pública, como determina o art. 68 do Regulamento Nacional de Trânsito (Decreto n. 62.127/68). Aduziu, ainda, que a mera colocação de cones na pista de rolamento não satisfaz os arts. 1º a 4º da Resolução n. 561/80, que dispõe sobre a sinalização complementar para obstáculos à livre circulação e segurança de veículos e pedestres.

Não foram oferecidas contra-razões, tendo os autos alçado a esta Instância recursal.

2. O recurso merece desprovemento, como se demonstrará.

2.1. Insurge-se a recorrente contra a decisão judicial que admitiu a oitiva da testemunha Daniel Demétrio, ainda que contraditada, sendo ela, segundo afirmam, “empregada da Instaladora Elétrica Teza Ltda., na função de encarregada” (fls. 47).

Inquirida a testemunha, esta negou a condição que lhe foi imputada, tendo então o Magistrado inacolhido a contradita, tomando-lhe o compromisso.

A contradita das testemunhas, por suspeição, há de ser devidamente provada, na forma do preceituado no art. 414, § 1º, do CPC. Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, a parte poderá provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado.

A apelante, todavia, quedou-se inerte.

Marcelo Cintra Zariz, em artigo publicado na Revista de Processo n. 21, pág. 90, intitulado “Prova Testemu-

nal — Contradita — Acareação — Testemunha Referida”, deixou consignado:

“Apresentada a contradita, o Juiz ouvirá, sobre os fatos alegados pela parte, a testemunha, que poderá confessá-los ou não. No primeiro caso, o Juiz haverá por provada a contradita e no segundo permitirá que se realize provas.

“As provas poderão ser documentais ou testemunhais, referindo-se a lei (art. 414, § 1º) à possibilidade da oitiva de até três testemunhas.

“Pestana de Aguiar entende que o pressuposto legal dessa dilação probatória é, ‘antes da realização da audiência, já ter havido a contradita, peticionada após a juntada do rol, em último caso, antes de se iniciar a inquirição. Em tal caso poderá a parte provar a veracidade de sua contradita não só por meio de documentos, como por testemunhas, até o limite de três, apresentadas na mesma audiência e inquiridas em separado’ (pág. 301).

“Realmente, o pressuposto é que a parte que pretenda apresentar contradita apresente os fatos e as provas que tenha sobre este na própria audiência de instrução e julgamento, não sendo plausível a simples arguição do fato para posterior prova dos mesmos”.

Este, também, o entendimento jurisprudencial:

“Prova testemunhal — Contradita — Prova da contradita — Produção necessária na audiência em que a testemunha depõe — Ausência de prova específica — Decisão tomada com base nos elementos existentes nos autos — Procedimento correto (art. 414, § 1º, do CPC).

“A prova da contradita, a que se refere o § 1º do artigo 414 do Estatuto Processual, deve ser apresentada no ato, isto é, na própria audiência em que a testemunha depõe. Não tendo a parte providenciado a respeito, a contradita deveria ter sido, como o foi, com os elementos existentes nos autos” (JB 121-164/165).

2.2. Inexistiu, de outra ponta, o alegado cerceamento de defesa, tendo em vista a dispensa da testemunha Jairo Monssani Francisco — conforme constou do termo de fls. 50 —, porque, tendo ela confessado que conduzia o veículo da apelante, por ocasião do acidente, sendo empregado desta, transparece, de pronto, seu interesse no litígio. Daí ter o digno Togado reconhecido a suspeição, a teor do art. 405, § 3º, IV, do CPC.

De todo o modo, mesmo que fosse superado tal óbice jurídico, ainda assim tal depoimento não teria estofado suficiente para arrear a culpabilidade imputada à apelante.

Com efeito, embora a jurisprudência venha obtemperando o entendimento de que “não é suspeito o empregado, exceção feita a elemento concreto que o faça interessado na solução do litígio” (JTAERGS 83/396), ‘seu depoimento deve ser recebido com reservas’ (RTJAMG 24/162)”, como anota Theotonio Negrão, em festejado Código Anotado (26ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 322, nota 405/6a).

2.3. No que pertine à impugnação do orçamento colacionado à inicial, já decidiu esta Corte de Justiça, em aresto da lavra do signatário:

“(…) a falta de três orçamentos também não obsta o êxito da demanda,

pois, embora desejável tal providência, é prescindível quando o documento referente ao quantum indenizatório (fls. 14) mostra-se idôneo, nada se lhe contrapondo que pudesse infirmar a veracidade” (Ap. Cív. n. 98.006361-2, de Urubici).

Ou ainda:

“Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Danos — Orçamentos impugnados — Prova pericial — Recibo do pagamento — Provas indeferidas — Recurso desprovido.

‘Os orçamentos de oficinas especializadas e idôneas são suficientes para provar o montante dos prejuízos. Não basta, assim, o réu impugnar os orçamentos apresentados. É preciso produzir provas para elidi-los’ (Wladimir Valler)” (AI n. 97.004039-3, de Blumenau, rel. Des. Newton Trisotto).

Não tendo sido produzida qualquer prova no sentido de invalidar o orçamento apresentado, a impugnação é despiciente.

2.4. Por fim, no que tange à alegada falta de adequação da sinalização instalada na via pública, inassiste razão à apelante. A colocação dos cones na pista foi medida satisfatória para alertar o motorista atento e previdente da existência de perigo.

As provas arremetidas aos autos, tais como o Boletim de Ocorrência e o depoimento testemunhal, sugerem, com clareza, que o sinistro ocorreu em virtude da imprudência do motorista da ré, que imprimia velocidade incompatível com as circunstâncias de tempo e lugar, tanto que, carregado de areia, perdeu o controle do veículo, ocasionando a colisão.

A assertiva do condutor de que teria sido surpreendido com a parada brusca do veículo da apelada, que estava a sua frente, não impressiona, pois, conforme a jurisprudência da Corte: "Mesmo nas pistas de rolamento, a parada de veículos ou a existência de obstáculos não é imprevisível" (Ap. Cív. n. 36.120, de Sombrio, rel. Des. Amaral e Silva).

Nesse mesmo sentido, colhe-se:

"Age com culpa concorrente o condutor cujo veículo bate em outro parado, mesmo sem sinalização, pois deve trafegar atento. Se a parada brusca do veículo que lhe vai à frente não é imprevisível, também não é a existência de obstáculos na pista. Desse modo, agindo também de forma imprudente, precipitada, o motorista que bate na traseira de outro parado concorre para o evento. Só se eximirá, se comprovar que o obstáculo era imprevisível. Não podia ser visto" (Apelação Cível n. 36.120, de Sombrio, rel. Des. Amaral e Silva).

Ou ainda:

"O motorista que dirige em rodovia de intenso tráfego deve fazê-lo de maneira prudente e com velocidade moderada, obedecendo a regra do art. 175, III, do RCNT, qual seja, 'guardar distância de segurança entre o veículo que dirige e o que segue imediatamente a sua frente'" (Apelação Cível n. 97.004799-1, de Itajaí, rel. Des. Carlos Prudêncio).

2.5. Assim, resta evidente a responsabilidade da apelante pelo evento danoso, ainda que por ato do seu preposto, a teor dos arts. 159 e 1.521, III, do Código Civil.

Sobre a responsabilidade civil, na situação vertente, colhe-se a lição de Vicente Fontana Cardoso:

"Imprudente é o motorista que usa seu veículo numa velocidade incompatível com as condições da via ou com as condições oferecidas pelo próprio veículo. Verdade é que o mundo moderno é um mundo de disputa, de concorrências, de corridas, de afobações, mas nem por isso é dispensada a prudência e o bom senso. A velocidade máxima permitida nos locais, estabelecida pelo regulamento, não é sinônimo de velocidade obrigatória ou que não se possa andar abaixo dela. A velocidade sempre deve ser a que esteja de acordo com as condições favoráveis da via, observadas as cautelas recomendáveis, não esquecendo que o motorista deve ter sempre seu veículo sob domínio. As ruas e estradas estão cheias de surpresas e imprevistos. Porém, estas surpresas e estes imprevistos são tão freqüentes que, praticamente, deixam de o ser, passando à categoria de fatos corriqueiros e comuns, perfeitamente previsíveis. O motorista, numa via pública, rua ou estrada, tem o dever de estar alerta e prevenido de tais surpresas previsíveis" (Crimes em Acidentes de Trânsito, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1982, págs. 17/18).

Diga-se que a inadequação da velocidade do veículo da ré deve-se principalmente ao fato de estar carregado, estando a exigir maior cautela do condutor.

Wladimir Valler, citando Geraldo de Farias Lemos Pinheiro, assevera que "a velocidade dos veículos deve ser tal que o condutor possa, a qualquer momento, moderar a marcha ou

deter a máquina, conforme os obstáculos da via pública ou a situações que surgem. É o que os franceses denominam *rester maitre de sa vitesse*. Age, portanto, culposamente, e responde pelas conseqüências, o motorista que desenvolve velocidade inadequada para o local e momento. Nesse sentido é a orientação pacífica da jurisprudência" (Responsabilidade Civil e Criminal nos Acidentes Automobilísticos, vol. II, pág. 547).

A orientação jurisprudencial não discrepa desse entendimento:

"Delitos do automóvel — Velocidade incompatível.

"É manifesta a imprudência do motorista que imprime ao veículo velocidade incompatível com o local e as circunstâncias, dada a previsibilidade das conseqüências que tal conduta pode ocasionar" (JUTACrim 80/256, in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Alberto Silva Franco, 5ª ed., rev. e ampl., 2ª tiragem, São Paulo, Editora RT, 1995, pág. 1.566).

E mais:

"O excesso de velocidade deve ser considerado não com referência a um número determinado sobre quilômetros horários, mas em função das condições de lugar, tempo e modo, em relação a cada caso concreto, pois o motorista, em qualquer situação, deve ter o veículo sob seu controle, cumprindo com o dever de estar alerta e prevenido diante de surpresas previsíveis.

"A derrapagem constitui fenômeno absolutamente previsível, máxi-

me quando a estrada, interiorana, se encontra com seu leito enlameado e escorregadio" (Apelação Criminal n. 96.006740-0, de Santa Cecília, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Também:

"Velocidade imprudente é aquela que não permite ao condutor deter, tempestivamente, a marcha do veículo, ou manobrá-lo, eficazmente, diante das previsíveis vicissitudes do trânsito" (RJD 10/58).

Ademais:

"Age culposamente quem, dirigindo o veículo em pista molhada, não o faz com as devidas cautelas e, em conseqüência, não consegue detê-lo a tempo de evitar a colisão" (in JUTACrim 21/325).

Dessarte, mesmo que se admita que o condutor não estivesse desenvolvendo velocidade superior à permitida, perdeu o controle do veículo. Sabe-se que velocidade reduzida não é sinônimo de velocidade compatível, sendo esta resultante da adequação da velocidade desenvolvida com as condições de tempo e lugar.

3. Pelas razões expostas, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges.

Florianópolis, 29 de abril de 1999.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.015231-0, DE GASPAR**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

Separação judicial. Partilha. Comunhão parcial. Bem adquirido antes do casamento. Comunhão de esforços em parcela diferenciada. Sentença que reconheceu divisão paritária. Provedimento parcial do recurso, para fixá-la em 1/4.

Não há cogitar de nulidade da sentença, por ter infringido o princípio da congruência, depassando os limites do pedido, porquanto seja manifesta a controvérsia instaurada em torno da partilha do imóvel em questão, nas ações conexas de separação. A divisão dos bens é uma das providências legais a ser tomada quando da separação, sem embargo da possibilidade de diferi-la para momento mais oportuno, até o divórcio, de que é requisito, na dicção do art. 31 da Lei n. 6.515/77. Mais propriamente, a partilha aludida é um dos efeitos da separação, que resolve a situação patrimonial dos cônjuges.

Comprovada satisfatoriamente a comunhão de esforços, é devida a partilha do imóvel, nada obstante não se possa indicar com exatidão o quantum desembolsado por cada um dos outrora cônjuges.

Em que pese o dissídio existente quanto à possibilidade de efetuar-se a divisão em percentuais diferenciados do bem adquirido com o esforço comum, em correspondência à parcela de contribuição oferecida por sócio, a vertente que a admite parece mais consentânea com o combate ao enriquecimento sem causa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.015231-0, da comarca de Gaspar, em que é apelante R. M. B., sendo apelada N. P. B.:

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

Custas legais.

1. R. M. B. e N. P. B. ajuizaram, um em face do outro, ações de separa-

ção judicial, conexas, irrogando-se, reciprocamente, a violação de deveres do casamento.

O cônjuge varão informou que o casamento fora celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens, listando aqueles adquiridos pelas partes antes do casamento, além de asseverar que a casa em que reside fora construída com esforço próprio, quando solteiro.

Após a tentativa de conciliação, frustrada em ambas as demandas, fo-

ram apresentadas as contestações, tendo os litigantes se atribuído mutuamente a prática de atos incompatíveis com os deveres matrimoniais. No tocante à residência do casal, o cônjuge virago sustentou que, apesar de ter sido construída antes do casamento, o fora com união de esforços, aduzindo que repassava mensalmente ao autor grande parte de seu salário.

As partes manifestaram-se sobre as contestações.

Saneado o feito, procedeu-se à realização de audiência instrutória, em que os litigantes reconheceram a reciprocidade de culpas pela separação. Na oportunidade, foram colhidos os depoimentos pessoais das partes e ouvidas testemunhas.

Apresentadas as alegações finais apenas pela esposa, silente o marido, o Ministério Público emitiu parecer.

Sentenciando, o Magistrado Dr. Antônio Carlos Junckes dos Santos decretou a separação do casal, determinando a partilha da casa, meio a meio, efetuando-se a liquidação da sentença, por arbitramento.

Inconformado, o cônjuge varão apelou, acoimando de extra petita a decisão monocrática, porque a partilha da casa não teria sido requerida por nenhum dos contendores. De todo modo, reiterou que a casa fora edificada antes do casamento e que, adotado o regime da comunhão parcial de bens, a mulher não tem direitos sobre o imóvel.

Acrescentou que, quando do início das obras, as partes namoravam há apenas seis meses, o que tornaria pouco crível estivessem conjugando

esforços para erguer a futura moradia do casal.

Ressaltou, também, que a apelada, em seu depoimento pessoal, afirmou ter percebido três salários mínimos mensais, em média, no período da construção. Tal importância, no entender do apelante, não permitiria a ela contribuir para a obra, considerando que, além de arcar com despesas referentes a bens móveis que adquiriu, custeava seus estudos na Furb.

Declarou, no mais, que, ao contrário da recorrida, dispunha de meios para empreender a construção, tendo-a realizado com auxílio de seu genitor, destacando que o terreno em que fora erguida a casa é da propriedade de seus pais.

Para o caso de reconhecer-se a contribuição da apelada para a realização da obra, postulou seja conferido a ela o correspondente a 5% do valor do imóvel. Finalmente, pugnou pela redução das verbas de sucumbência.

Contra-arrazoando, a recorrida pleiteou a manutenção da sentença profligada. Defendeu que não se fez prova a respeito da quantia que cada litigante destinava à obra, tendo sido demonstrado, tão-só, que ambos efetivamente prestaram auxílio financeiro para sua realização, motivo por que seria iníquo destinar à apelada apenas 5% do valor do bem. Por último, requereu que o percentual concernente aos honorários de advogado seja mantido tal qual fixado no decisum.

Na seqüência, o Ministério Público de Primeiro Grau manifestou-se pelo desprovimento do recurso, observando que, não se sabendo o quanto cada parte empregou na edificação,

deve-se entender que o esforço foi paritário.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça posicionou-se pelo provimento parcial do apelo, para reduzir-se a um quarto do valor da casa o montante a que faz jus a recorrida.

2. Provê-se, em parte, a apelação.

Primeiramente, não merece prosperar a preliminar aventada, pela qual a sentença estaria eivada de nulidade por ter infringido o princípio da congruência, depassando os limites do pedido. Não se cuida de decisão extra petita, porquanto seja manifesta a controvérsia instaurada em torno da partilha do imóvel em questão, nas ações conexas de separação.

A divisão dos bens é uma das providências legais a ser tomadas quando da separação, sem embargo da possibilidade de diferi-la para momento mais oportuno, até o divórcio, de que é requisito, na dicção do art. 31 da Lei n. 6.515/77. Mais propriamente, a partilha aludida é um dos efeitos da separação, que resolve a situação patrimonial dos cônjuges (v. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito de Família, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, pág.151). Era, assim, bastante convincente dispor-se a respeito da res, como procedeu o ilustre Togado.

No mérito, impende consignar que o regime de bens do casamento nada diz à solução do litígio, porque, pelas provas trazidas aos autos, não se trata de bem trazido exclusivamente por um dos cônjuges.

É manifesta a formação de verdadeira sociedade de fato para a concretização do empreendimento, com

vistas ao matrimônio então vindouro. Somente a testemunha C. J. K. robou o alegado pelo recorrente; outra, A. L. P., disse desconhecer se a casa fora erguida exclusivamente pelo apelante; as demais respaldaram a tese da apelada. De acordo com o testemunho de M. L. N. "(...) a requerida, acredita a depoente, contribuiu diretamente na construção da residência. Isso porque, nessa época, a requerida cursava faculdade e a empresa onde trabalhava reembolsava cinquenta por cento do valor da mensalidade. Que a depoente administrava esse reembolso e o fazia diretamente à requerida. Que a requerida lhe comentava que o valor do reembolso destinava-se a auxiliar na construção da casa (...) (sic)" (fls. 39).

A testemunha S. T. G., por seu turno, declarou "(...) que a requerida contribuiu efetivamente para a construção da residência. Que sabe disso porque na mesma época em que ocorria a construção da casa, a depoente edificava uma residência para seus pais. Em decorrência disso, a depoente e a requerida conversavam bastante sobre construção, custos dos materiais e mão-de-obra. Que assim como a requerida a depoente recebia o reembolso da empresa, no valor correspondente a cinquenta por cento da mensalidade da faculdade, sendo que essa quantia tanto a requerida como a depoente destinavam às construções. Que sabe por comentários da requerida. Que além do reembolso a depoente ainda lhe comentava que contribuía com uma parte de seu salário. Que esses comentários ocorriam durante a construção da casa. Que acredita que o valor do reembolso chegava aproximadamente a um salário mínimo (sic)" (fls. 40).

M. M. da S. confirma "(...) que a requerida efetivamente contribuiu para a construção da residência. Que sabe disso inclusive por comentários de R. (...)" (fls. 41).

Comprovada satisfatoriamente a comunhão de esforços, é devida a partilha do imóvel, nada obstante não se possa indicar com exatidão o quantum desembolsado por cada um dos outrora cônjuges.

Todavia, como alvitrado pelo eminente Procurador Dr. José Francisco Hoepers, não se mostra adequada a divisão eqüitativa do bem, à vista de indícios consistentes de que o apelante colaborou com o andamento da obra bem mais do que a apelada. Essa ilação decorre dos seguintes fatos: o insurreto contava com remuneração mensal de dez salários mínimos e a ré auferia apenas quatro; o pai daquele laborou na obra; apenas o recorrente colacionou notas fiscais dos materiais adquiridos; a recorrida tinha gastos com curso universitário; e entrevê-se a concessão de empréstimo do genitor ao filho para a feitura da moradia.

Em que pese o dissídio existente quanto à possibilidade de efetuar-se a divisão em percentuais diferenciados do bem adquirido com o esforço comum, em correspondência à parcela de contribuição oferecida por cada sócio, a vertente que a admite parece mais consentânea com o combate ao enriquecimento sem causa.

A respeito da matéria, não obstante abordem mais especificamente casos de concubinato, há julgados prestimosos, ad litteram:

"Sociedade de fato entre concubinos. Patrimônio. 1. Comprovado que a mulher contribuiu na formação desse

patrimônio, impõe-se a sua divisão, na dissolução judicial da sociedade. 2. Não diverge da Súmula 380/STF nem ofende aos arts. 1.368 e 1.369 do Código Civil, acórdão que, na partilha do patrimônio, atribuiu à autora 1/4 do conjunto de bens da sociedade. 3. Recursos especiais não conhecidos" (STJ, 3ª T., REsp. n. 3.715/RS, Min. Nilson Naves, j. 7/5/91, in DJ de 5/8/91).

"Sociedade de fato — Concubinato — Prestação de serviços domésticos — Partilha de bens — Divisão eqüitativa — Não obrigatoriedade — Voto vencido.

"Em se tratando de sociedade de fato e justificada a participação da concubina no patrimônio, deve-se efetuar a partilha considerando a dosagem do quantum da cooperação daquela, não havendo imposição de divisão eqüitativa dos bens adquiridos na constância da convivência comum, evitando-se, assim, o enriquecimento ilícito de uma das partes (...)" (TAMG, Ap. Cív. n. 111583-3, Monte Alegre de Minas, rel. Enéas Allevato, j. 6/11/91).

"Sociedade de fato — Venda de bem adquirido com esforço comum — Simulação — Não-caracterização — Partilha em percentuais diferenciados — Admissibilidade.

"(...) 1. 'Partilha em percentuais diferenciados. Possibilidade. Nem sempre a partilha de bens adquiridos mediante esforço comum de concubinos deve-se fazer pela divisão meio a meio, nem isso deflui da Súmula do STF. Comprovada a contribuição em grau diferenciado, deve a partilha guardar igual consonância' (TJDF, Ap. Cív. n. 34.539, rel. Des. Getúlio Moraes Oliveira)..." (TJDF, 5ª T., Ap. Cív. n.

38.140/95, rel. Des. Dilermando Meireles, j. 26/2/96, in DJU de 13/3/96).

“Sociedade de fato — Concubinato. Acórdão que reconhece contribuição indireta para a formação do patrimônio, o que é admissível. Possibilidade de atribuir-se à autora menos do que a meação, em vista da importância menor de sua contribuição” (STJ, 3ª T., REsp. n. 9.592/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 28/6/91, in DJ de 12/8/91).

Na mesma linha, esta Corte de Justiça registrou:

“(…) Sociedade de fato — Partilha de bens proporcional à contribuição de cada um — Possibilidade.

“Se o Juiz ao apreciar as provas contidas nos autos verificar que a participação para formação do patrimônio comum foi desigual entre os sócios, pode determinar que a partilha se faça em proporção ao esforço de cada um.

‘Trata-se de questão de fato de árdua verificação que traz muito risco na apreciação. A prova dos fatos criteriosamente sopesada pelo julgador será a única baliza’ (Mário Aguiar Moura)” (3ª C., Ap. Cív. n. 97.011700-0, de São Bento do Sul, rel. Des. Eder Graf, j. 30/6/98).

Extrai-se do corpo do acórdão:

“(…) como tudo decorre da participação da mulher ou do homem no esforço concretizado para aquisição de bens, pode suceder que, em uma apreciação real ou aproximada, seja reconhecida porcentagem menor, posta em confronto a de um e de outro, acaso chegará o juiz a considerar que não seja meação, mas volume menor o justo a ser atribuído. Conclui-se então por 20, 30 ou 40% dos bens a favor de

um, com o restante deixado ao outro, em proporção referida ao esforço de cada qual.

‘Trata-se de questão de fato de árdua verificação que traz muito risco na apreciação. A prova dos fatos criteriosamente sopesada pelo julgador será a única baliza’” (Mário Aguiar Moura, Concubinato, Síntese, 5ª ed., pág.195).

“A respeito, Wilson Bussada traz a lume precedente esclarecedor:

‘Ação objetivando o reconhecimento de sociedade de fato e divisão dos bens em partes iguais.

‘Comprovada a conjugação de esforços para a formação do patrimônio que se quer partilhar, reconhece-se a existência de uma sociedade de fato e determina-se a partilha. Isto, porém, não implica, necessariamente, em atribuir ao postulante 50% dos bens que se encontram em nome do réu. A divisão há de ser proporcional à contribuição de cada um. Assim, se os fatos e circunstância da causa evidenciam uma participação societária menor de um dos ex-sócios, deve ser atribuído a ele um percentual condizente com a sua contribuição (5ª CC, TJRJ, AP n. 731/89, v. un. em 22/8/1989. Rel. Des. Narciso Pinto, RD-TJRJ 6/111)’ (Concubinato-jurisprudência, Jurídica Brasileira, 1ª ed., 1993, pág.164)”.

Desse modo, com espeque nos indícios colhidos dos autos, convém minorar o percentual a que faz jus a apelada, para 25% do valor do bem.

No tocante às custas processuais, as partes devem suportá-las na medida de sua sucumbência, a teor do art. 21 do Código de Processo Civil, impondo-se ao marido o pagamento de 25% e à mulher 75% do valor da causa.

A mesma proporção deverá ser observada no atinente aos honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.300,00.

3. Por todo o exposto, provê-se, em parte, o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela

douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Francisco Hoepers.

Florianópolis, 16 de setembro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.008188-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Responsabilidade civil. Transporte aéreo internacional. Extravio de bagagem. Indenização por danos morais e patrimoniais. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Nulidade das cláusulas que limitam a responsabilidade. Direito à integralidade da reparação. Antinomia de normas da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica, resolvidos pela prevalência do CDC. Inversão do ônus da prova.

A Convenção de Varsóvia continua vigente, exceto no tocante à responsabilidade civil, matéria esta que foi regulada, nas relações de consumo, pelo Código de Defesa do Consumidor.

A Convenção de Varsóvia, como todas as outras normas que fazem parte do ordenamento nacional, sofre o controle de constitucionalidade. 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 relação de consumo) e posterior (editada em 11/9/1990 e com vigência em 13/3/1991, enquanto que a Convenção ingressou no ordenamento nacional em 24/11/1931).

São nulas as cláusulas que limitam a responsabilidade civil do fornecedor de serviços, que é objetiva, nos termos dos artigos 14 e 51, I, do CDC, obrigando-se pela integralidade da reparação.

Em face do caráter de ordem pública das normas de direito do consumidor, pode-se operar, ainda que de ofício, a inversão do ônus da prova. Exegese do art. 6º, inc. VIII, c/c art. 1º do CDC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.008188-2, da comarca da Capital, em que são apelantes Joel Honorino Nunes e outra, sendo apelada Viação Aérea Rio Grandense S/A — Varig:

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

Custas na forma da lei.

1. Joel Honorino Nunes e Rosiani Silva Maciel aforaram ação de indenização em face de Viação Aérea Rio Grandense S/A — Varig, objetivando o ressarcimento dos danos havidos em virtude de extravio da bagagem, causado pela ré.

Relataram ter passado cerca de dois anos em Portugal, realizando shows e entrevistas. Alegaram que tais eventos foram registrados por fotografias, recortes de jornais e fitas, sendo que estes objetos tinham grande valor sentimental para os requerentes. Acondicionaram os documentos e pertences em uma caixa, para despacho aéreo, e, ao retornarem ao Brasil, constataram que a bagagem, orçada em R\$ 3.500,00, fora extraviada.

Sustentaram que houve prejuízo da ordem de R\$ 50,00 por ligações telefônicas e prejuízo profissional em R\$ 18.000,00, pois no volume extraviado constava toda a história musical dos ora demandantes.

Aduziram que a ré simplesmente abandonou as buscas, tentando ludibriar os requerentes com o pagamento de quantias irrisórias diante do valor real dos bens extraviados. Requereram, a final, a condenação da re-

querida no pagamento dos danos mencionados.

Citada, a ré ofertou contestação, impugnando os documentos não autenticados, bem como os escritos em língua estrangeira. No mérito, argüiu que era facultado aos autores aumentar a responsabilidade da transportadora mediante declaração do valor dos bens transportados, e que o documento que lista os pertences contidos no volume extraviado é unilateral e inválido.

Dispôs-se a indenizar de acordo com a cláusula prescrita no contrato de transporte aéreo, requerendo, ao final, a produção de provas e a improcedência do pedido, com a aplicação dos ônus da sucumbência.

Após a réplica, sentenciando, o Dr. Juiz de Direito julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, no tocante aos pedidos de indenização pela perda do material contido no volume extraviado e pelo alegado prejuízo profissional. Julgou procedente, todavia, o pedido de indenização por despesas com telefonemas diversos, condenando a empresa/ré ao pagamento de R\$ 50,00 aos autores.

Irresignados com a prestação jurisdicional entregue, os autores apelaram, alegando, em suma, que nenhum de seus argumentos foi impugnado pela ré, que apenas se insurge quanto ao valor do pedido, sob alegação de que, no caso de tal indenização, deve ser observado o Código Brasileiro de Aeronáutica. Sustentam os apelantes que a sentença não lhes fez justiça, tendo em vista que não observou o aspecto jurisprudencial moderno, preferindo apegar-se à Convenção de Varsóvia. Argüem a aplicabilidade do

Código de Defesa do Consumidor ao caso em espécie, bem como do artigo 51 do referido diploma.

Não tendo sido oferecidas contra-razões, os autos alçaram a esta Instância jurisdicional.

2. O recurso é provido, conforme se demonstrará.

Insurgem-se os apelantes contra a sentença que inacolheu a pretensão indenizatória, interpretando a subsistência das normas da Convenção de Varsóvia e da Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica — CBAer), ainda que disponha diversamente o Código de Defesa do Consumidor.

É mister, num primeiro momento, verificar-se qual a legislação a ser aplicada ao caso, já que se está diante de um possível conflito entre normas internacionais e de direito interno.

Primeiramente, cabe ressaltar que há dois tipos de vôos aéreos: o doméstico e o internacional. De acordo com o art. 215 do CBAer, “considera-se doméstico (...) todo transporte em que os pontos de partida, intermediários e de destino estejam situados em território nacional”. Os vôos domésticos acham-se regulados, em sua quase totalidade, pela Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica).

O transporte internacional, de outro vértice, é aquele em que o ponto de embarque e o destino estão situados em países diferentes, ainda que se trate de aeronave brasileira. Os vôos internacionais foram regulados pela Convenção de Varsóvia, parcialmente alterada pelo Protocolo de Haia, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 56.463/65.

Na espécie, trata-se de vôo internacional, já que os apelantes embarcaram em Portugal, com destino ao Brasil, sendo o transporte aéreo, portanto, regulado pela citada Convenção, e não pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, como pretende a ré.

Dentre as regras definidas na Convenção de Varsóvia, destaca-se a que limita o quantum indenizatório em caso de dano. Como ensinam Eduardo Arruda Alvim e Flávio Cheim Jorge (in Revista de Direito do Consumidor, vol 19, pág. 129):

“O art. 22 da Convenção de Varsóvia, parcialmente alterado pelo Protocolo de Haia (Decreto n. 56.463/65), estabelece o limite de 250 mil francos poincaré para indenização no caso de transporte de pessoas (n. 1 do art. 22), limitando o n. 2 a responsabilidade em caso de dano à bagagem registrada ou mercadoria”.

Acontece que os fatos ocorreram em 1995, data em que já vigorava a Lei n. 8.078/90, o chamado Código de Defesa do Consumidor. Tal estatuto, em seu artigo 6º, inciso VI, assegura: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;” (grifei) e, lembram Eduardo Arruda Alvim e Flávio Cheim Jorge que “A possibilidade de reparação do dano moral veio a ser constitucionalmente garantida com a atual Constituição, em seu art. 5º, incs. V e X” (in op. cit., pág. 122).

Diga-se que o Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu artigo 51, inc. I, a nulidade de pleno direito, entre outras, das cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que impossibilitem, exonerem ou atenuem a respon-

sabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos” (grifei).

Nessa perspectiva, o Professor Alberto do Amaral Jr., em artigo assinado acerca da Invalidez das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo, conclui que:

“São nulas, nos contratos de transporte de carga, as cláusulas limitativas de responsabilidade do transportador referentes à perda ou avaria da coisa transportada. O mesmo raciocínio aplica-se ao transporte de pessoas em que certa cláusula estabeleça a quantia a ser paga desde que sobrevenha o dano” (in *Ajuris*. Março de 1998, Edição Especial, pág. 445).

Diante de tal antinomia, pela vigência de normas conflitantes, de um lado a Convenção de Varsóvia limitando o quantum indenizatório e de outro o CDC possibilitando a reparação integral do dano, proibindo expressamente as cláusulas que atenuem a responsabilidade do fornecedor de serviços, impõe-se uma interpretação pragmática, no sentido semiológico, e axiológica, que considere os valores que devem ser preservados, e, dentre eles, o princípio de justiça.

De todo o modo, é importante frisar que a Convenção, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Aeronáutica, na ótica de Antônio Herman V. Benjamin “(...) Convivem de maneira harmoniosa, permanecendo aqueles dois primeiros documentos plenamente em vigor, exceto em relação a alguns de seus dispositivos, onde o conflito é evidente. Isso quer dizer que o Código de Defe-

sa do Consumidor não revogou a integralidade da Convenção e do Código Brasileiro de Aeronáutica, a não ser onde patente a antinomia” (in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 26, pág. 39).

Mas, é necessário salientar que só haverá conflito entre as normas, diga-se, no tocante à responsabilidade civil do transportador, quando se estiver frente a uma relação jurídica de consumo. E o Código de Defesa do Consumidor diz ser consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2º).

Assim, Eduardo Arruda Alvim e Flávio Cheim Jorge esclarecem:

“No que diz respeito aos contratos de transporte em geral, inexistem maiores dificuldades em se concluir pela aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos mesmos. (...) Antônio Herman Vasconcelos Benjamin observa, aliás, que esse tipo de contrato, dentre outros, tem ‘maior potencial para causar acidentes de consumo’” (in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 19, págs. 127/128).

Nessa perspectiva, o passageiro que tem sua bagagem extraviada é consumidor, pois se amolda na definição da lei, configurando-se, entre o passageiro e a companhia aérea, uma relação “consumidor-fornecedor-produto ou serviço”.

Dessarte, não há dúvida quanto à prevalência da norma de direito interno, assegurando a indenização integral, contrapondo-se à norma de direito internacional que estabelece um limite indenizatório.

Num primeiro passo deve-se ter em mente que o “Código estabelece

normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inc. XXXII, 170, inc. V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”, na dicção do art. 1º, do referido diploma, deixando, portanto, a autonomia da vontade, no âmbito da relação contratual, num plano secundário. Por esse motivo, a incidência das normas do referido Código “é cogente, não podendo ser afastada pela vontade das partes” (cf. Eduardo Arruda Alvim e Flávio Cheim Jorge, op. cit., pág. 126).

A defesa do consumidor, erigida à condição de direito fundamental, por força da Constituição (art. 5º, XXXII), é também princípio inscrito na ordem econômica (170, V), não podendo, por isso mesmo, ser relegada a um plano inferior ao da Convenção de Varsóvia.

Nesse passo, não parece aceitável o entendimento de parcela da doutrina que sustenta a preponderância de dita Convenção sobre a legislação interna. Apesar de os tratados e convenções serem atos de grande relevância jurídica, havendo interesse do país em preservá-los, por sua inegável importância na definição das relações internacionais, todavia, suas normas não podem ser sobrepostas à *Lex Mater*, submetendo-se ao controle de constitucionalidade, como, aliás, sustenta o Ministro Francisco Rezek (ver Manual de Direito Internacional Público, pág. 104), para poderem ingressar no ordenamento jurídico nacional.

Nessa senda também é a conclusão de Eduardo Arruda Alvim e Flávio Cheim Jorge:

“Assim, o fato de a Convenção de Varsóvia não ter sido denunciada pelo Governo brasileiro (tal como previsto no art. 39 da Convenção) não quer significar que os limites de indenização nela previsto prevaleçam ainda hoje, pois que virtualmente incompatíveis com o regime do Código de Proteção e Defesa do Consumidor que, como visto, deita raízes na própria Carta de 1988” (op. cit., pág. 135).

O princípio da especialidade, dentre os critérios de solução de antinomias é ininvocável para justificar a prevalência da norma internacional. Sucede que o Código de Defesa do Consumidor também é lei especial, pois regula universalmente toda e qualquer relação de consumo. Ademais, foi editada com o escopo de defender e proteger o consumidor — diga-se, em nada é beneficiado pela Convenção de Varsóvia ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica. Não bastasse isso, o CDC é posterior, e também por esse critério temporal prevaleceria sobre as demais normas antinômicas, já que editado em 11/9/1990 e com vigência em 13/3/1991, enquanto que a Convenção ingressou no ordenamento nacional em 24/11/1931.

Ao depois, é indescartável a prevalência do Código de Defesa do Consumidor pelo critério hierárquico, já que editado nos termos do art. 5º, inc. XXXII, da Constituição Federal.

Nesse contexto, por qualquer dos critérios, seja da especialidade, da vigência posterior ou hierárquico, sobrepõe-se o estatuto do consumidor.

Nesse sentido, aliás, é a orientação da Suprema Corte, que averbou:

“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. 172.720-9, Rio de Janeiro. Rel. Min. Marco Aurélio. 6/2/96).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de igual sorte, averbou:

“Indenização — Responsabilidade civil — Transporte aéreo — Extravio da bagagem — Ressarcimento — Limitação prevista na Convenção de Varsóvia — Inaplicabilidade — Declaração do conteúdo e pagamento de tarifa compatível — Orientação inexistente no bilhete de passagem — Verba devida — Fixação por arbitramento — Recurso provido” (Apelação Cível n. 43.874-4, São Paulo. Relator Des. Laerte Nordi. 12/8/97).

Não há dúvida, por outro lado, quanto à aplicabilidade do CDC na hipótese vertente, como assinalam Eduardo Arruda Alvim e Flávio Cheim Jorge, apontando situação inteiramente ajustada ao caso:

“Há, é claro, que se analisar se, no caso concreto, se está em face de relação albergada pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Tal poderá perfeitamente suceder se se estiver em face de uma relação de consumo, pura e simples, como é o ca-

so do consumidor que sofre danos em sua bagagem. Nesse caso, a responsabilização do fornecedor transportador aéreo não se limita ao teto do art. 260 da Lei n. 7505/86 (sic), supramencionada” (op. cit., pág. 133) (A lei referida é a Lei n. 7.565/86).

Dirimida tal questão jurídica, essencial para o exame da própria pretensão, resta definir se há responsabilidade civil da apelada, em face do dano experimentado pelos apelantes, que é incontroverso.

Sobre o tema, lembram uma vez mais Eduardo Arruda Alvim e Flávio Cheim, que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor regulamenta a responsabilidade por serviços fundamentalmente em dois dos seus dispositivos: no art. 14, trata da responsabilidade civil pelo fato do serviço; no art. 20, trata da responsabilidade civil pelo vício do serviço. E acrescentam que é mister que tenha havido evento danoso, decorrente de defeito no serviço prestado, para que se possa falar em responsabilização nos moldes do art. 14. Ou, então, que o evento danoso tenha decorrido de informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos, o que se pode chamar de defeito de informação” (op. cit., pág. 138).

O artigo 14 adota a responsabilidade objetiva, ao dispor que o fornecedor de serviços responde pela reparação dos danos causados, independentemente da existência de culpa. E o § 3º, do preceito em foco, apenas exclui a responsabilidade do fornecedor de serviços, se provar: (inc. I) que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu; (inc. II) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

No caso em apreço, a empresa/ré não nega a ocorrência do dano, em sua peça de contrariedade, não tendo, por outro lado, invocado quaisquer das causas de exclusão de responsabilidade mencionadas.

Nesse caso, sendo objetiva a responsabilidade, impõe-se a reparação integral, conforme já explicitado anteriormente.

Colhe-se da jurisprudência:

“Responsabilidade Civil. Transporte aéreo e extravio de bagagem. Índícios de extravio em terra, além de não estar relacionado com acidente. Responde a transportadora pela indenização integral regulada no Código Civil, afastando a indenização tarifada da Lei n. 7.565/86, prevista para acidente aéreo. Interpretação que também se harmoniza com o Direito do Consumidor. Ação procedente. Decisão mantida” (Ap. Cív. 548.098-4, rel. Márcio Franklin Nogueira, j. 26/5/93, in JTA-LEX 142/144).

No que pertine especificamente à responsabilidade civil do transportador, o emérito Professor e doutor Fernando Noronha — um dos grandes especialistas deste país em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor —, em sua já legendária Apostila do Curso de Graduação em Direito da UFSC (pág. 370), conceitua responsabilidade objetiva como “a obrigação de reparar determinados danos causados a outrem, independentemente de qualquer atuação dolosa ou culposa do responsável, mas que tenham acontecido durante atividades realizadas no interesse ou sob o controle da pessoa responsável” (pág. 370).

Do conceito em foco inferem-se três requisitos básicos para que se configure a responsabilidade objetiva: 1) o fato; 2) o dano; 3) o nexo de causalidade.

O fato (extravio da bagagem) e o dano (perda de documentos e material pessoal) são alegados pelos autores sem contraposição da apelada. Quanto ao nexo de causalidade, diz a teoria da causalidade adequada que, um fato é causa de um dano quando este seja conseqüência normalmente previsível daquele. Conforme leciona o Prof. Fernando Noronha, para saber se o dano deve ser considerado conseqüência normalmente previsível, deve-se colocar no momento anterior àquele em que o fato aconteceu e tentar prognosticar, de acordo com as regras da experiência comum, se era possível antever que o dano viesse a ocorrer. Quando a resposta for afirmativa, teremos um dano indenizável (in Apostila cit., pág. 228).

Ora, é consabido que chega a ser corriqueiro o fenômeno do extravio de bagagem no Brasil e no exterior. Portanto, o fato, dentro desse quadro, era previsível, sendo possível antever-se a probabilidade de dano, pela ineficiência do serviço, e, nessas circunstâncias, impõe-se a reparação, eis que demonstrados os requisitos configuradores da culpa objetiva.

E aos danos sofridos pelo casal de músicos, descritos na inicial (fls. 21 e 22), pouco importa a assertiva da requerida sobre a unilateralidade do documento, tendo em vista que, em se tratando de direito do consumidor, inverte-se o ônus da prova.

Não se alegue a falta de pedido de inversão do onus probandi, pois, em

sede de direito do consumidor, tal inversão pode-se operar de ofício, dado o caráter de ordem pública das normas em apreço, como já exposto.

E por normas de ordem pública, segundo Carlos César Hoffmann, referindo Nery Jr. “compreendem-se aquelas que devem ser apreciadas e aplicadas de ofício, e em relação às quais não se opera a preclusão, podendo, as questões que delas surgem, serem decididas e revistas a qualquer tempo e grau de jurisdição” (in *A Inversão do ônus da prova*. Furb. Pró-Reitoria de Pesquisa em Pós-Graduação, 1998, págs. 83/84).

Assim, aplica-se ao caso vertente a regra do art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, para inverter-se o ônus da prova.

Colhe-se da jurisprudência:

“Responsabilidade do prestador de serviços. Ônus da prova segundo o Código de Defesa do Consumidor. Suficiência da verossimilhança do alegado para transferir ao prestador de serviços o encargo probatório (Lei n. 8.078/90, arts. 6º, VIII, e 14, § 3º). Sentença Confirmada” (TJRS — Ap. Cív. n. 593133416-6, 6ª C. — Rel. Des. Adroaldo Furtado Fabrício — RJTJRS 163/393).

“Prova — Ônus — Inversão — Critério do Juiz, quando reputar verossímil a alegação deduzida — Artigo 6º, inciso VIII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, com o flagran-

te intuito de facilitar o ajuizamento da ação, reserva ao Juiz o poder de dispensar o autor do encargo de provar o fato constitutivo de seu direito, quando, a critério exclusivo do Magistrado, reputar verossímil a alegação deduzida” (TJSP — 7ª C. — Ap. Cív. n. 198.391-1 — Rel. Des. Leite Cintra — JTJ/LEX 152/128).

Ver ainda JTJ/LEX 167/147 e JTJ/LEX 169/138.

3. Em face de todo o exposto, dá-se provimento ao recurso, para julgar-se procedente o pedido, condenando-se a ré a compor os danos descritos na exordial, além do ressarcimento dos R\$ 50,00 por despesas telefônicas, já admitido na sentença profligada, mais R\$ 3.500,00 a título de indenização pelos danos materiais e R\$ 15.000,00 referentes aos danos morais sofridos, perfazendo um total de R\$ 18.550,00, sem prejuízo das despesas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges.

Florianópolis, 15 de abril de 1999.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.014883-6, DA CAPITAL**Relator: Des. Trindade dos Santos**

Contribuição confederativa. Empresa não sindicalizada. Exigência indevida. Desacolhimento do pleito de cobrança. Taxa de cobrança decorrente de convenção coletiva de trabalho. Competência da Justiça Obreira. Sentença confirmada. Insurgência recursal desprovida.

— *A contribuição confederativa prevista no art. 8º, inciso IV, a Lei Magna, para a defesa das categorias profissionais, tem natureza inquestionavelmente tributária, pelo que a sua instituição e cobrança dos integrantes de determinada categoria sindical é imprescindível a edição de lei complementar federal obediente aos requisitos do art. 146, III, letras a e b, da Lei Maior. Enquanto não promulgada lei dessa natureza e com tal finalidade, a contribuição em referência, ainda que fixada em assembléia geral do ente sindical, não é exigível daqueles que a ele não estão associados.*

— *A taxa assistencial ou contribuição sindical previstas em lei ou em convenções ou acordos coletivos de trabalho, tenham sido eles homologados ou não, é matéria de competência exclusiva, quanto à sua cobrança, da Justiça do Trabalho.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.014883-6, da comarca da Capital (2ª Vara Cível e Registros Públicos), em que é apelante Sindicato dos Empregados no Comércio de Florianópolis, sendo apelada Móveis Silva Indústria e Comércio Ltda.:

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

Custas de lei.

O Sindicato dos Empregados no Comércio de Florianópolis propôs ação de cobrança contra Móveis Silva Indústria e Comércio Ltda., aduzindo,

em linhas gerais, ser entidade sindical representativa dos trabalhadores no comércio da Capital, pretendendo, por tal razão, a cobrança da contribuição confederativa instituída em Assembléia Geral Extraordinária, fixada em 4% sobre os salários dos funcionários da requerida, nos anos 1991 e 1992, conforme o estabelecido no art. 8º, inciso IV, da Carta Magna, bem como da taxa assistencial (reversão salarial) referente a 1989, calculada sobre o salário de todos os funcionários à base de 6%, conforme o dissídio coletivo TRT SC- DC-ORI 422/89 e sentença normativa TST RO DC-16053/90.9, cláusula 42 e no referente a 1990, calculada a última sobre os salários de todos os empregados à base de 3%, bem co-

mo os admitidos a partir de janeiro de 1991, conforme o § 1º da cláusula 2ª da Convenção Coletiva de Trabalho juntada.

Pretendeu, outrossim, a aplicação da penalidade prevista no art. 600, § 1º, alínea a, da CLT, com os acréscimos correspondentes à atualização monetária e demais cominações de estilo.

Requeru fosse determinada a apresentação da listagem de todos os funcionários da empresa, com a descrição dos respectivos salários.

Contestando, a empresa acionada alegou que a petição inicial impugna-se indeferida por inadequação do procedimento, entendendo que, se fosse o caso, deveria o sindicato postulante ter ajuizado, não ação de cobrança, porém ação de obrigação de fazer, a fim de compeli-la a efetuar o desconto em folha de pagamento dos valores apontados na exordial.

No mérito, asseverou que a cobrança da contribuição confederativa depende de prévia autorização legal, conforme dispõe o art. 149 da CF, estando ela, ademais, dispensada da referida contribuição nos exercícios de 1991 e 1992, haja vista ter sido mantida a contribuição sindical.

Salientou que os seus empregados jamais foram filiados ao sindicato acionante, tendo-a desautorizado, de forma expressa, a descontar de seus salários a contribuição confederativa, bem como a taxa assistencial.

Dessa forma requereu o indeferimento da exordial pela inadequação do tipo de ação e, em assim não sendo, pela rejeição da pretensão deduzida.

Tendo o promovente da ação se manifestado sobre a contestação, uma vez remetidos os autos, pelo Juizado de Pequenas Causas, ao Juízo Comum, o MM. Juiz de Direito, em entregando antecipadamente a tutela jurisdicional, após arrear a alegada inépcia da inicial, julgou improcedente o pleito de cobrança, por não estar comprovado que a empresa requerida e seus empregados estejam filiados ao sindicato requerente, impostos a este os ônus da sucumbência.

Irresignado, o acionante interpôs recurso de apelação, objetivando a reforma do decisum, argumentando que a taxa assistencial é devida, não só pelos associados, mas também pelos não associados, mesmo porque a empresa ré não se opôs oportunamente com relação ao desconto.

Referentemente à contribuição confederativa, acentuou que não se confronta ela com a liberdade sindical, isso porque não é derivada de lei e sim de assembléia geral, afirmando que tal contribuição atinge toda a categoria, independentemente de serem ou não os empregados da apelada sindicalizados, pugnando, então, pela reversão do julgado monocrático, com a conseqüente acolhida da ação proposta.

Houve resposta ao apelo articulado.

É o relatório.

Desprocedente mostra-se a reclamação apelariormente manifestada pelo ente sindical autor, na busca da reversão da sentença que desacolheu o pleito de cobrança por ele deduzido contra a empresa recorrida.

A ação na qual foi prolatada a sentença fustigada, reitere-se, versa

sobre a cobrança da denominada contribuição sindical federativa, bem como da taxa assistencial, decorrente de reversão salarial.

No referente à contribuição federativa, esclareça-se que se encontra prevista no art. 8º, item IV, da Carta Política de 1988, quando enuncia:

“— a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei”.

Tal norma constitucional, entretanto, deve ser interpretada em conjunto com as disposições contidas nos arts. 146, inciso III, e 149, ainda da Lei Maior.

Ou seja, quando exigida a contribuição dos não sindicalizados, ela tem caráter eminentemente tributário.

E atribuído, no caso, esse caráter tributário à contribuição a ser cobrada dos não filiados ao sindicato da respectiva categoria, imperiosa faz-se a instituição de lei complementar federal para a sua exigência compulsória e, pois, para a sua cobrança.

No ordenamento jurídico pátrio, contudo, inexistente tal lei complementar.

Por isso, indevida torna-se a cobrança pretendida pelo apelante.

Manifestando-se acerca do assunto, leciona o festejado Arion Sayão Romita:

“Quanto à chamada contribuição confederativa, depende de lei para poder ser instituída pela assembléia geral e, em seguida, cobrada dos integrantes da categoria econômica ou profissional. Ninguém será obrigado a

fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei — Constituição, art. 5º, II. O Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito (Constituição, art. 1º), e o Estado de Direito — noção trivial — é o Estado que se submete à lei. O Brasil não é uma república sindicalista. Os sindicatos podem muito, mas não podem tudo: submetem-se à lei, como todos. A assembléia geral do sindicato é soberana, nos termos estatutários, apenas em relação aos associados. A cobrança de contribuições dos não associados, prevista pelo inciso IV do art. 8º depende de prévia autorização da lei que há de ser promulgada nos termos do art. 149” (Os Direitos Sociais na Constituição e Outros Estudos, São Paulo, LTr., 1991, pág. 237).

Analisando o tema, disse o Dr. Afonso Henrique L. de Medeiros, DD. Subprocurador-Geral do Trabalho, em parecer exarado no processo de dissídio coletivo dos aeroportuários, no TST, parecer esse que resultou encampado:

“A norma inscrita no inciso IV do art. 8º da Constituição Federal não tem eficácia plena, não sendo auto-aplicável. Ao contrário, traduz disposição constitucional de eficácia contida ou restrita, pois exige norma legal ordinária disciplinadora da contribuição, conforme expressamente inscrito no art. 149 da Constituição Federal, considerando que o inciso IV do seu art. 8º tão-somente criou a contribuição, estabelecendo a sua fixação pela Assembléia Geral do Sindicato, mas a lei a que se refere o art. 149 do Texto Maior regulamentará a obrigação dos integrantes da categoria representada pela entidade sindical” (DJU de 18/9/92, pág. 15.481).

O simples fato de, em convenção coletiva de trabalho, ou por assembléia geral, haver o sindicato respectivo instituído a cobrança dos não filiados, impondo os valores contributivos decididos assembleiariamente, não lhe confere qualquer direito à exigibilidade dos valores assentados daqueles não sindicalizados.

Ocorre que:

“Ao atribuir à assembléia sindical dos sindicalizados competência para instituir uma contribuição de caráter compulsório, o Estado não investiu o sindicato de um poder tributário, pois para isso teria de transferir direitos de soberania fiscal a uma entidade de Direito Privado, o que não está previsto em nossa Constituição. Não se tem muita notícia da existência no mundo de entidade que, não se confundindo com o Estado, seja dotada do poder de instituir contribuições ou mesmo tributos” (Brandão Machado e Valdir de Oliveira Rocha, Repertório IOB de Jurisprudência, n. 21/89, pág. 327).

Da mesma forma, tem acentuado, a respeito, o eg. Superior Tribunal de Justiça:

“A contribuição assistencial patronal, resultando de deliberação em assembléia geral ou convenção coletiva, não obriga as empresas não filiadas ao sindicato que a pretende receber” (REsp. n. 62.269-7-SP, DJU de 16/10/95, pág. 34.640, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

“Direito sindical. Contribuição sindical. Natureza convencional. Inteligência do art. 513, e, da CLT.

“A denominada contribuição assistencial tem natureza eminentemente convencional, posto não prescindir, para sua exigibilidade, do expresse as-

sentimento dos associados ao sindicato, alcançando apenas estes, não se estendendo a todos quantos integram a categoria econômica ou profissional.

“Os não-filiados estão desobrigados no que atina às deliberações das assembléias sindicais, inclusive quanto à obrigação assistencial, pois em relação a eles trata-se de res inter alios acta.

“Recurso improvido, por unanimidade” (REsp. n. 51.204-2-RJ, j. em 13/12/95, rel. Min. Demócrito Reinaldo).

No mesmo sentido, disse o colendo Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Sindicato — Contribuição Federativa — Artigo 8º, inciso IV, da Constituição da República — Inexigibilidade de quem não seja filiado, pelo menos enquanto não houver lei regulamentando esse dispositivo legal — Recurso não provido” (LEX 138/256).

Também, a propósito, vem sendo indiscrepante o entendimento adotado por este Pretório de Justiça.

Transcrevem-se, a título de exemplificação, os acórdãos seguintes:

“Desde que a Constituição da República assegura a liberdade de associação, profissional ou sindical, não é lícito cobrar contribuição ‘para custeio do sistema confederativo da representação’ respectiva de quem não seja filiado ou associado (CF, art. 8º e inciso V)” (Ap. Cív. n. 34.642, de Concórdia, rel. Des. Xavier Vieira).

“Sindicato. Contribuição confederativa. Art. 8º, inciso IV, da CF. Necessidade de prévia autorização de lei. Recurso. Desprovimento.

“— O art. 8º, IV, da CF, não é auto-aplicável, dependendo de lei complementar, nos termos do art. 149 da Lei Maior” (Ap. Cív. n. 42.310, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer).

“Em face da indiscutível natureza tributária das contribuições sindicais, para defesa de categorias profissionais (art. 8º, IV, da CF/88) imperioso se torna, para sua instituição, o advento de lei complementar federal que atenda aos requisitos do art. 146, III, a e b, para a cobrança compulsória pelos sindicatos aos integrantes de sua categoria e não filiados” (Ap. Cív. n. 43.558, de Blumenau, rel. Des. Anselmo Cerello).

Derradeiramente:

“A liberdade de associação profissional e sindical está erigida como significativa realidade constitucional, favorecendo o fortalecimento das categorias profissionais e econômicas’ (MS n. 1.703-3-DF), mas a exigência de contribuições sociais, cobradas compulsoriamente pelos sindicatos aos integrantes de sua categoria e não filiados, para defesa de interesses profissionais, ex vi dos arts. 146, inciso III, letras a e b, c/c o caput do art. 149 e 195, § 6º, todos da Magna Carta, por ter natureza tributária, reclama o advento de Lei Complementar Federal, inexistente na hipótese.

“Adequado o provimento judicial que abraça essa exegese” (Embargos de Divergência n. 53, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Na mesma linha de entendimento, frisamos na ementa do acórdão referente à Apelação Cível n. 96.005867-2, da Capital:

“Contribuição assistencial patronal. Empresa não sindicalizada.

Exigência indevida. Desacolhimento da ação de cobrança contra ela dirigida. Inconformismo do sindicato respectivo. Desprovimento.

“Assegurando o Texto Fundamental, em seu art. 8º, caput, a liberdade da associação sindical, equivaleria a uma negação dessa liberdade, ou a sua redução a uma questão meramente retórica, compelir-se judicialmente, numa atitude flagrantemente atentatória aos mais comezinhos princípios regedores de um Estado Democrático de Direito, os não-filiados a determinada entidade sindical a, em total submissão ao jugo desta, satisfazerem contribuições sindicais ou assistenciais patronais com as quais não anuíram e das quais discordam”.

Referentemente à taxa assistencial ou de reversão salarial, tal como exsurge do disposto no art. 1º da Lei n. 8.984, de 7/2/95, mais precisamente do art. 1º, observa-se a incompetência absoluta da Justiça Comum para a apreciação do feito, eis que referida taxa é objeto de dissídio coletivo na Justiça do Trabalho e, mais precisamente, do dissídio coletivo TRT SC — DC — ORI 422/89 e sentença normativa TST RO DC-16053/90.9 clas. 42.

Transcrevam-se, a respeito, os acórdãos assim ementados:

“Ação rescisória. Contribuição assistencial. Superveniência da Lei n. 8.984/95. Competência da Justiça do Trabalho. Violação de literal disposição de lei. Art. 485, II e V, do CPC.

“Ajuizada a ação em 14/4/94 e julgada em 29/2/96, aflora a incompetência absoluta da justiça comum para apreciar a lide, eis que a contribuição assistencial, objeto de dissídio coletivo na Justiça do Trabalho, faz incidir a

norma ínsita no art. 1º da Lei n. 8.984, de 7/2/95” (Ação Rescisória n. 97.012337-0, da Capital, rel. Des. Francisco Borges).

“Apelação cível. Contribuição sindical. Competência. Justiça do Trabalho. Não conhecimento. Remessa.

“De acordo com a Lei n. 8.984/95, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações relativas à cobrança da contribuição sindical prevista em lei ou em convenções ou acordos coletivos homologados ou não na Justiça Obreira” (Ap. Cív. n. 44.497, de Joinville, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

“Ação de cobrança. Taxa assistencial, decorrente de convenção coletiva de trabalho. Contribuição sindical. Competência da Justiça do Trabalho. Não conhecimento.

“Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações relativas à cobrança da contribuição sindical prevista em lei ou em convenções ou acordos coletivos homologados ou não na Justiça Obreira (STJ)” (Ap. Cív. n. 96.002438-7, de Timbó, rel. Des. Wilson Guarany).

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo por fundamento o postulado constitucional que garante a liberdade de associação, consagrou o entendimento de que a contribuição confederativa a que se refere o art. 8º, IV, da Carta Política — precisamente por não se revestir de caráter tributário — somente se revela exigível daqueles que se acham for-

malmente filiados à entidade sindical. Precedentes (STF — RE 173.907-0/MG, rel. Min. Celso de Mello)” (Ap. Cív. n. 97.009717-4, da Capital, rel. Des. Francisco Borges).

Ainda:

“Contribuições assistencial e confederativa. Cobrança. Pressupostos básicos.

“Não sendo a contribuição assistencial de natureza tributária, ou seja, aquela prevista no art. 149 da CF, e sim aquela do art. 8º, IV, da Lei Magna, onde a base de cálculo ou o valor é fixado em assembléia de entidade sindical, esta não alberga as características da compulsoriedade. Tal contribuição decorre do acordo de vontade na filiação facultativa que, incomprovada, não se pode exigir o seu recolhimento” (RT 739/256).

É de se negar, pois, provimento ao apelo deduzido, com a decorrente confirmação da douda sentença atacadada.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues, dele participando, igualmente com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto.

Florianópolis, 26 de agosto de 1999.

Carlos Prudêncio,
Presidente para o acórdão;
Trindade dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.016245-9, DA CAPITAL**Relator: Des. Trindade dos Santos**

Demolitória. Edificação em área de preservação ecológica. Embargos da obra e notificações desatendidas. Demolição procedida no dia do encerramento do prazo concedido, pela última notificação, para a regularização da obra. Irrelevância. Perdas e danos decorrentes da demolição. Direito a indenização. Inexistência. Sentença de improcedência confirmada. Insurgência recursal repelida.

A edificação não consentida pela Municipalidade, posto que levantada em área de preservação ecológica, autoriza a administração, no uso do poder de polícia que lhe é inerente, à demolição do que já foi construído, sem que nasça, para o proprietário da obra, o direito a qualquer indenização de danos ocasionados pela solução demolitória adotada.

Esse direito só surgiria se, em se cuidando de obra passível de regularização, o ente público não houvesse propiciado ao proprietário as providências necessárias a tanto, o que não ocorre quando a demolição é antecedida de vários embargos e autuações não atendidas por este.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.016245-9, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 1º Cartório), em que é apelante Horácio Bauce Machado, sendo apelado o município de Florianópolis:

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

Custas legais.

Horácio Bauce Machado propôs ação contra o município de Florianópolis, buscando indenização por danos sofridos em razão da demolição do prédio que vinha construindo.

Para tanto, alegou ser legítimo ocupante de um terreno localizado na Lagoa do Peri, tendo, em fevereiro de 1993, dado início à construção de sua casa, em razão do que recebeu, de fiscais da Prefeitura Municipal, um auto de infração, datado de 23 de junho de 1993, notificando-o por desacato ao embargo municipal anteriormente efetivado, com a determinação para que parasse imediatamente a construção da obra, conforme art. 43, item III, da Lei Municipal n. 1.246/74, Lei n. 1.828/81 e Decreto n. 91/82.

Aduziu ter sido surpreendido quando, no dia 7/7/93, fiscais municipais, juntamente com policiais militares, invadiram e demoliram sua construção, o que caracteriza conduta ilegal e abusiva vez que não precedida

a demolição do devido processo administrativo.

Asseverando a ilegalidade do procedimento adotado, por não lhe ter sido oportunizada a defesa, requereu a condenação do Município acionado no pagamento dos danos causados, além de perdas e danos, custas processuais e honorários advocatícios.

O município de Florianópolis ofereceu contestação, argüindo, em preliminar, carência de ação, pois o direito de construir é faculdade do proprietário, condição que o autor não demonstrou possuir.

No mérito, esclareceu que o auto de infração trazido aos autos com a inicial contém, em letras garrafais, o prazo para a apresentação de defesa, prazo este que é de 15 dias, descabendo, por isso, cogitar-se de ausência de oportunidade à defesa.

Afirmou tratar-se de obra clandestina por não ter obtido o postulante aprovação do projeto e o licenciamento da obra na Prefeitura Municipal, encontrando-se a construção dentro do parque da Lagoa do Peri, considerado como área non aedificandi, conforme Lei Municipal n. 1.828/81, inexistente, pois, qualquer possibilidade de regularização da obra.

Enfatizou a legalidade do ato atacado, vez tratar-se, no caso, da utilização do poder de polícia conferido à administração, restando ilegítima a pretensão indenizatória do autor, porquanto fundamentada em ato ilícito praticado contra a municipalidade, qual seja, construção clandestina.

Impugnando a contestação, o autor ratificou os termos da peça portal, acrescentando, apenas, o fato de ter-se inobservado o prazo para apre-

sentação de defesa, posto que, embora o auto de infração seja datado de 23 de junho, a demolição veio a ocorrer em 7 de julho, ou seja, antes de esgotado o prazo concedido para a regularização da situação.

Em audiência, foram ouvidas três testemunhas, manifestando-se, na seqüência, o Dr. Promotor de Justiça pela improcedência do pedido vestibular, com os litigantes formulando razões finais.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito, após rechaçar a preliminar aventada vez que, mesmo não tendo provado o autor a propriedade do imóvel, pelas testemunhas ficou evidenciado ser ele, pelo menos, possuidor da gleba e da construção, desacolheu o pleito indenizatório, por entender que a demolição da obra irregular foi precedida de embargo, com a imposição de multa; e, não tendo havido atendimento às determinações da administração municipal, a esta não restou outra alternativa senão a de exercer o poder de polícia, posto não se poder negar ao município o direito de instituir área de preservação permanente.

Irresignado com o teor da sentença proferida, o autor interpôs recurso de apelação sustentando a ilegalidade da medida demolitória, em face da ausência de processo administrativo, argumentando, mais, que a construção não se encontra na área de preservação da Lagoa do Peri, uma vez que tal parque nem sequer foi instituído.

Houve resposta ao recurso, com o Dr. Promotor de Justiça opinando pelo seu desprovimento, em razão de a obra estar sendo levantada dentro de um parque municipal, sem autoriza-

ção de quem de direito, com a demolição, em assim sendo, fazendo-se correta.

Neste Grau de Jurisdição, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do apelo, vez que a demolição foi precedida de regular procedimento administrativo, por meio de várias notificações e também pelo embargo existente.

É o relatório.

A irresignação recursalmente manifestada pelo apelante, resta ver, não está a merecer agasalho nesta Instância, em face do inegável acerto do douto decisum vergastado.

Esclareça-se que o apelante vinha edificando uma casa de alvenaria na Lagoa do Peri, sendo que, por tratar-se de local protegido por lei municipal, nele estão vetadas quaisquer construções residenciais.

O próprio insurgente reconhece, na inicial da ação aforada, haver, em 23/6/93, recebido auto de infração, lavrado por funcionários da Municipalidade, notificando-o por desacato a embargo feito pelo município de Florianópolis, determinando-lhe a imediata paralisação da obra, bem como para que se defendesse, em querendo, no prazo de 15 (quinze) dias.

Entretanto, acentuou o postulante recursal, no último dia do prazo concedido para a sua defesa, ou seja, em 7/7/93, fiscais municipais acompanhados de policiais militares dirigiram-se ao local da construção, efetuando, então, a demolição desta.

Com respaldo nesses fatos, por entender ter havido ilegalidade na demolição concretizada, já que não escoado o prazo de defesa, aforou o aqui

recorrente ação de indenização contra o município de Florianópolis, ação esta desacolhida no Primeiro Grau de jurisdição.

Diante da improcedência dita-da, apelou o acionante, buscando a reversão do julgado singular, para o que alega ter havido ilegalidade no procedimento demolitório adotado, posto que faltante o devido processo legal, acentuando, mais, que o prazo de defesa não se havia escoado quando veio a ser consumada a demolição em apreço, aditando, por último, que a edificação de sua responsabilidade não se encontrava dentro de área de preservação, vez que o Parque da Lagoa do Peri nem sequer foi instituído.

Por sua vez, na resposta que encartou nos autos, o Município demandado pondera que a sentença espancada bem apreciou a matéria, emprestando à causa a decisão adequada, posto que, em decorrência da construção que estava sendo edificada, o acionante recebeu 4 (quatro) multas, tendo sofrido o embargo da obra, além de emitido contra ele um auto de infração, sendo que, em todos esses procedimentos, o postulante recursal foi devidamente cientificado, não tendo contra eles apresentado qualquer defesa, ressaltando que, além do mais, o Parque da Lagoa do Peri, ao contrário do afirmado pelo apelante, foi instituído pela Lei Municipal n. 1.828/81.

Assim colocada a questão recursal sob enfoque nestes autos, há que se concluir que totalmente despropositada afigura-se a postulação indenizatória do insurgente.

É sabido que o Estado pode intervir na propriedade particular imóvel

por meio de limitações de ordem administrativa. É o denominado Poder de Polícia.

O Poder de Polícia, conceitua o ilustrado administrativista Hely Lopes Meirelles:

“(…) é a faculdade discricionária que se reconhece à Administração Pública de restringir e condicionar o uso e o gozo dos bens e direitos individuais, especialmente os de propriedade, em benefício do bem-estar geral” (Direito de Construir, 6ª ed., Malheiros Editores, pág. 82).

Identicamente, leciona o brilhante José Afonso da Silva que:

“As limitações ao direito de propriedade consistem nos condicionamentos que atingem os caracteres tradicionais desse direito, pelo que era tido como direito absoluto, exclusivo e perpétuo. Absoluto, porque assegura ao proprietário a liberdade de dispor da coisa do modo que melhor lhe aprouver; exclusivo, porque imputado ao proprietário, e só a ele, em princípio, cabe; perpétuo, porque não desaparece com a vida do proprietário, porquanto passa a seus sucessores, significando que tem duração ilimitada (CC, art. 527), e não se perde pelo não uso simplesmente.

“Importa ter em mente esses caracteres, porque as limitações são classificadas em função deles. Limitações constituem gênero: tudo que afete qualquer dos caracteres do direito de propriedade, o que pode verificar-se com fundamento no Direito Privado ou no Direito Público. Daí a primeira classificação em limitações de Direito Privado (como as de direito de vizinhança e limitações de Direito Público (como as urbanísticas e as admi-

nistrativas). Importante, contudo, é observar as espécies de limitações, que são: restrições, servidões e desapropriação.

“As restrições limitam o caráter absoluto da propriedade; as servidões (e outras formas de utilização da propriedade alheia) limitam o caráter exclusivo; e a desapropriação, o caráter perpétuo” (Curso de Direito Constitucional Positivo, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, págs. 270 e 271).

E arrematando:

“(…) restrições à propriedade são, pois, condicionamentos a essas faculdades do seu caráter absoluto. Porque existem essas restrições é que se costuma dizer que não existe mais o direito absoluto da propriedade. Existem restrições à faculdade de fruição, que condicionam o uso e a ocupação da coisa; restrições à faculdade de modificação da coisa; restrições à alienabilidade da coisa, quando, por exemplo, se estabelece direito de preferência em favor de alguma pessoa” (pág. 271).

Através do poder de polícia administrativa, ressalte-se, o Poder Público edita leis e baixa regulamentos a fim de, em benefício da coletividade, controlar e fiscalizar as atividades privadas.

Os atos de polícia administrativa têm como característica principal a auto-executoriedade, o que equivale dizer que a administração os executará por seus próprios meios, garantida essa execução pela força pública, ainda que importe ela em apreensão ou destruição de bens, como, por exemplo, na demolição de obras.

Vê-se, então, que a demolição de obras irregulares ou não autoriza-

das pelo Poder Público é solução perfeitamente permitida à Administração Pública.

Nesse contexto, resta saber se a demolição atacada pelo requerente foi procedida com o resguardo das formalidades legais imprescindíveis.

Em primeiro lugar, constata-se que a obra demolida estava sendo construída em área non aedificandi, ou seja, em área de proteção ambiental, posto que estava ela sendo levantada no Parque da Lagoa do Peri, assim instituído pela Lei Municipal n. 1.828/81.

De conformidade com o Decreto Municipal n. 1.408, de 4/6/1976, a bacia da Lagoa do Peri, mais os limites compreendidos entre a porção leste da bacia e a estrada SC-92, foram tombados como patrimônio natural de Florianópolis, integrando área de preservação permanente.

Posteriormente, a Lei Municipal n. 1.828, de 9/12/1981, criou o Parque Municipal da Lagoa do Peri e instituiu seu Plano Diretor de Ocupação do Solo, descrevendo os vários objetivos da sua criação, tais como "proteger o manancial hídrico da Bacia da Lagoa do Peri, de modo a permitir uma utilização adequada de seu potencial visando abastecer a população do sul da Ilha de SC; proteger o patrimônio natural representado pela flora, fauna e paisagem, de modo que possa ser utilizado como área de interesse ecológico e de pesquisa científica; propiciar o desenvolvimento social crescente da comunidade nativa; aproveitar as condições peculiares de sua paisagem natural e cultural para o adequado desenvolvimento de atividades educativas, de lazer e recreação".

No aludido plano diretor consta, ainda, autorização para ocupação dos espaços catalogados no zoneamento ali estabelecido como Área de Paisagem Cultural, mediante edificações unifamiliares, exercida por pescadores artesanais e seus descendentes (art. 8º, § 2º), além das Áreas de Reserva Biológica, com destinação à preservação integral e permanente do ecossistema e de seus recursos, tendo em vista, especialmente, a reserva genética da flora e fauna para fins científicos, educacionais e/ou culturais (art. 6º), e de Lazer, que visa a resguardar os atributos excepcionais da natureza, conciliando a preservação com a utilização para objetivos científicos, educacionais, de lazer e recreação (art. 9º), onde somente será permitida a construção dos equipamentos públicos necessários à consecução dos objetivos do Parque (art. 10).

A área de preservação permanente, tombada ou não, é afetada parcialmente pelo domínio público, e uma simples escritura pública de cessão de direitos possessórios não tem o condão de refutar essa restrição ao domínio privado.

À luz dos citados permissivos legais, vê-se que o direito à propriedade assegurado na Carta Política Federal (art. 5º, caput) não é absoluto e ilimitado, assim como não o é o direito de construir, que encontra limitações nas normas urbanísticas e no plano diretor municipal.

Trata-se, destarte, de construção tipicamente clandestina, posto que não aprovada previamente pelo Poder Público municipal e sem, pois, alvará de licença.

E constitui expressa disposição legal, contida no Código de Obras e Edificações do Município de Florianópolis, aprovado pela Lei n. 1.246, de 19/9/74, que:

“art. 48: Será imposta a pena de demolição, total ou parcial, nos seguintes casos:

— Construção clandestina, entendendo-se por tal a que for feita sem prévia aprovação do projeto, ou sem alvará de licença; (...).”

Assistia, então, razão à Municipalidade para, com apoio nas normas edilícias locais e no exercício de seu poder de polícia, determinar a sua demolição, vez que não se operara ainda a sua conclusão.

Em situações idênticas tem dito esta Corte de Justiça:

“A construção sem licença e, ademais, em área de preservação permanente permite que a administração, utilizando do poder de polícia, interrompa o seu prosseguimento, fazendo-a demolir compulsoriamente, desde que constatada em auto próprio a infração e, cientificado o interessado, não tome este as providências devidas” (Ap. Cív. n. 22.926, da Capital, rel. Des. Napoleão Xavier do Amarante).

No mesmo diapasão:

“Ação demolitória de procedimento sumaríssimo.

“As construções devem obedecer aos regulamentos de caráter administrativo, que são de natureza local e disciplinados pelos municípios através de seus Estatutos de Obras e do Plano Diretor do Município.

“Não obediência às prescrições neles contidas. Tem a Municipalidade o direito de impedir a continuação da

obra (se em execução) ou de destruí-la (se ultimada), o que obtém pelo preceito cominatório ou pela ação demolitória” (JC 42/145).

“Ação demolitória. Demolição compulsória de obra clandestina. Procedimento administrativo regular. Revelia. “Sentença confirmada. Recurso desprovido.

“A construção clandestina, feita sem prévia aprovação do projeto, ou sem alvará de licença, em área non aedificandi, rende ensejo à municipalidade, no exercício de seu poder de polícia, após procedimento administrativo regular, à demolição da obra não concluída” (Ap. Cív. n. 31.941, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Ainda:

“Ação civil pública — Parque Municipal da Lagoa do Peri — Construções clandestinas em área non aedificandi — Demolição para proteção ao meio ambiente — Desnecessidade de dano efetivo — Indenização não devida — Direito à igualdade — Procedência do pedido — Sentença confirmada.

“A ação civil pública é o instrumento adequado à proteção ao meio ambiente (assim como ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), utilizado não só para reprimir como para impedir danos ao mesmo ambiente, não exige prova de dano efetivo, mas apenas sua probabilidade; basta ameaça para justificar a via processual, com a qual afasta-se possível irreparabilidade.

“Na proteção ao meio ambiente não se requisita tombamento patrimonial ou dominialidade pública como condição da ação, mas apenas a existência de interesse público na sua pre-

servação. Da mesma forma, basta a probabilidade de dano (visa impedir), não sendo lógico esperar sua ocorrência para depois reprimi-lo.

“Havendo limitação ao direito de construir em área de preservação permanente e declarada non aedificandi, qualquer obra clandestina (entendendo-se por tal a que for feita sem prévia aprovação do projeto ou sem alvará de licença) deve ser imediata e sumariamente embargada pela Administração que pode, na esfera de seu poder de polícia, efetivar sua demolição.

“A tolerância com edificações clandestinas em áreas de preservação permanente fará com que, estimulados pelo uso de meios retardatários da execução da liminar demolitória, nas violências contra o meio ambiente sejam perpetradas, em prejuízo de toda a comunidade” (AI n. 96.001089-0, Capital, Des. Eder Graf).

“Apelação cível em mandado de segurança. Obra clandestina e construída em área non aedificandi. Demolição. Possibilidade.

“A municipalidade pode, no exercício do poder de polícia que lhe é inerente, sumariamente determinar demolição de obra construída sem expedição de alvará de licença e aprovação de projeto arquitetônico pelos órgãos municipais competentes, quando ainda está localizado em área non aedificandi, observando normas técnicas e sem a menor possibilidade de regularização.

“A medida se mostra ainda mais legítima, sem ocorrência de cerceamento de defesa, quando a edilidade expede nada menos que oito autos de infração a embargo administrativo an-

terior sem qualquer resposta” (ACMS n. 5.021, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio).

“Mandado de segurança — Demolição de obra clandestina — Área non aedificandi — Inexistência de processo administrativo com audiência do infrator — Segurança concedida.

“A construção clandestina, por falta de alvará de licença ou de construção pode ser embargada e demolida, face o manifesto ilícito administrativo. Mas mesmo esses embargos e subseqüentes demolições não dispensam o respectivo processo administrativo, com audiência do interessado. Somente a desapropriação, por qualquer de suas modalidades, limita o uso, gozo e fruição da propriedade particular” (ACMS n. 5.082, de Imbituba, rel. Des. Vanderlei Romer).

Disse, no mesmo sentido, o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Indenização. Fazenda Pública. Responsabilidade civil. Obra ilegal. Embargo administrativo. Demolição compulsória. Ato decorrente do Poder de Polícia Municipal. Licitude. Excesso de execução não caracterizado. Ação improcedente. Decisão confirmada” (RJTJSP 67/107).

Não bastasse isso, tem-se irrefutavelmente comprovado nos autos que o postulante recursal foi notificado nada menos do que quatro vezes, tendo a obra sido embargada pelo Município, com a lavratura, inclusive, de auto de infração contra ele. Em nenhuma dessas oportunidades o demandante defendeu-se, deixando transcorrer in albis os prazos para tanto.

O direito de defesa administrativa, em sendo assim, foi-lhe assegura-

do, com o acionante, todavia, não o exercendo.

No último desses episódios, o que justamente motivou o ajuizamento do pleito indenizatório rechaçado, a demolição da obra, consequência de todas as notificações efetuadas, do auto de embargo lavrado e do auto de infração emitido, certo ponderar-se, não aguardou a municipalidade apela o escoamento do prazo assinado para a regularização da construção, fazendo-a demolir no derradeiro dia desse prazo.

Entretanto, tal circunstância mostra-se, no caso específico dos autos, absolutamente irrelevante, haja vista que as anteriores oportunidades ensejadas ao apelante não foram aproveitadas, além do que, ainda que houvesse ele deduzido defesa administrativa, não poderia, de qualquer forma, ver regularizada a situação da obra, posto que a própria legislação municipal vedava a edificação demolida, visto encontrar-se ela no refúgio ecológico instituído, como dito, pela Lei Municipal n. 1.828/81.

E, segundo o magistrado já citado Hely Lopes Meirelles, há necessidade impreterível de processo administrativo, em hipóteses tais, quando se tratar de obras licenciadas, quando, então, o processo faz-se indispensável para que se apure devidamente a cassação, anulação ou revogação do licenciamento.

Entretanto, em se tratando de demolição de obra clandestina, enfatiza o preclaro jurista:

“Demolição de obra clandestina — A demolição de obra clandestina, por óbvias razões, pode ser efetivada mediante ordem sumária da Prefeitura-

ra, porque em tal caso o particular está incidindo em manifesto ilícito administrativo, com o só ato de frustrar a apreciação do projeto que é pressuposto legal de toda construção. Como a construção é atividade sujeita a licenciamento pelo Poder Público, a ausência de licenciamento para construir faz presumir um dano potencial à Administração e à coletividade, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas e urbanísticas.

“O ato ilegal de particular que constrói sem licença rende ensejo a que a Administração use o poder de polícia que lhe é reconhecido para embargar, imediata e sumariamente, o prosseguimento da obra e efetivar a demolição do que estiver irregular, com seus próprios meios, sem necessidade de um procedimento formal anterior porque não há licença ou alvará a ser invalidado. Basta a constatação da clandestinidade da construção para o imediato embargo e ordem de demolição” (ob. cit., pág. 166).

Dessa forma, impossível tor-na-se acolher o pleito recursal deduzido, vez que o apelante postulou, via ação refutada, indenização respaldada em ilícito administrativo que ele próprio cometeu.

E, como já enfatizou este Sodalício:

“A demolição de obra clandestina levantada em área de preservação permanente não acarreta direito a qualquer reparação ou indenização, nem fere o direito à igualdade em face de outras eventuais clandestinidades, pois todos são iguais perante a lei para cumpri-la e por ela serem tutelados, ja-

mais para descumpri-la" (Ap. Cív. n. 98.000924-3, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Correta, pois, a sentença objurgada!

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto; pela colenda Procurado-

ria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 11 de maio de 1999.

Carlos Prudêncio,
Presidente para o acórdão;
Trindade dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.002081-9, DE RIO DO SUL

Relator: Des. Trindade dos Santos

Responsabilidade civil. Cooperativa de trabalho médico. Pagamento de tratamento com associado lesionado em acidente automobilístico. Carência de ação afastada. Documento essencial. Culpa do preposto da demandada comprovada. Boletim de ocorrência não infirmado. Dever de ressarcimento. Feito acolhido. Sentença confirmada. Desprovemento do apelo.

— Não há como se cogitar da carência de ação, quando as suas três condições — legitimidade ad causam, interesse de agir e possibilidade jurídica — encontram-se integradas nos autos. A eventual falta de demonstração documental do quantum dos danos objetivados de ressarcimento não gera a carência de ação, posto não se vincular ela à existência ou não do direito subjetivo apregoado pela parte autora, senão à improcedência da postulação.

— É ampla a possibilidade de juntada de documentos novos no curso da lide, ainda que fora da oportunidade processual própria, mesmo que se trate de documentos tidos como essenciais, quando, inexistente espírito de ocultação predeterminada ou o propósito de surpreender o juízo ou a parte contrária, destinem-se eles a complementar os já entranhados nos autos com a inicial.

— As assertivas do Boletim de Ocorrência ou documento similar, por elaborado ele por funcionário público no exercício de suas funções, conquanto não estabeleçam uma presunção de verdade absoluta em relação ao seu teor, gozam, em princípio, de uma pre-

sunção relativa de veracidade a respeito, sendo facultado à parte em detrimento da qual a peça foi produzida derruir essa presunção, que é iuris tantum. Inexistente prova convincente a contrapor-se ao documento técnico elaborado, as suas conclusões, afirmações e descrições adquirem um status de prevalência, justificando e autorizando a acolhida do pedido indenizatório com respaldo nele.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.002081-9, da comarca de Rio do Sul, em que é apelante Transporte Transporte Ltda. — ME, sendo apelada Unimed Alto Vale — Cooperativa de Trabalho Médico:

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

Custas legais.

Unimed Alto Vale — Cooperativa de Trabalho Médico ingressou com ação de reparação de danos contra Transporte Transporte Ltda. — ME e Edilson Toerhorst, aduzindo, em resumo, que, em 9/5/97, por volta das 17h30min, Elídio Bertoldi, ao dirigir o veículo GM/Caravan, placa TA 0180/SC, foi violentamente abalroado em sua traseira pelo veículo Scania/T112 HS 4x2, de propriedade da empresa requerida e conduzido pelo segundo demandado, acidente esse que teve como causa a imprudência e negligência do requerido, que não guardava, quando do evento, a distância de segurança entre os dois veículos.

Asseverou que, em conseqüência do impacto, foi o veículo da vítima projetado contra outro automóvel que se encontrava estacionado no acostamento, resultando, daí, não só danos materiais ao veículo, como também veio Elídio Bertoldi a falecer em conse-

qüência da gravidade das lesões sofridas no acidente.

Diante do ocorrido, foi o acidente conduzido ao Hospital Regional de Rio do Sul e atendido pelos médicos cooperados e pela rede própria e contratada, bem como por todas as cooperativas médicas que integram a Unimed Alto Vale, por seu Sistema Nacional Unimed de Rio do Sul-SC.

Apontou que os serviços médicos e hospitalares, que totalizaram a importância de R\$ 14.908,00, foram prestados em conformidade com o contrato de Assistência Médica Hospitalar e Serviços Auxiliares de Diagnósticos e Terapia firmado com o paciente, no qual a requerente obrigou-se a prestar os serviços médicos necessários, sub-rogando-se, então, nos direitos da vítima fatal.

Pugnou pela procedência do pleito, condenados os demandados ao pagamento da importância gasta, a título de indenização pelos danos sofridos pela autora, custas e honorários profissionais, no percentual de 20% sobre a condenação.

Na audiência de conciliação, inexitas as tentativas de composição dos litigantes, a autora desistiu da ação em relação ao requerido Edilson Toerhorst, com a empresa demandada apresentando, na mesma ocasião, contestação, na qual aduziu, em preliminar, a carência da ação, uma vez

não ter a postulante comprovado, com a inicial, o pagamento dos valores pretendidos, não estando, assim, caracterizada a sub-rogação afirmada na peça portal.

Sustentou, ainda em preliminar, que se houvesse o eventual desembolso de valores pela autora, em razão do contrato de prestação de serviços de assistência médica, hospitalar e auxiliares de diagnóstico e terapia que mantinha com a vítima, o que restaria à postulante seria o direito de cobrança de valores, em ação ordinária, porém, jamais, direito sub-rogado, nem o direito de regresso; destaca, mais, que o contrato de prestação de serviços nada prevê acerca de sub-rogação de direitos.

No mérito, afastou a alegada culpa pelo acidente automobilístico, pois a surpresa sobre o desenvolvimento do tráfego à sua frente negou-lhe qualquer possibilidade de prever a necessidade de imobilizar o de sua propriedade, circunstância que agiu sobre o desenvolvimento do veículo e lhe ocasionou a formação de um "L" sobre a pista, com o conseqüente choque com o veículo da vítima, concluindo que não pode, assim, ser reconhecida a ausência de prudência em face da existência de motivo de força maior.

Além disso, apontou que o acidente, conforme croqui inserto no Boletim de Ocorrência, aconteceu exatamente no centro da pista, ou seja, sobre a faixa divisória, o que induz à existência de culpa concorrente.

Acrescentou, por fim, que os valores objeto de ressarcimento não estão devidamente comprovados, razão

pela qual a ação deve ser julgada improcedente.

Em impugnação, a autora rebateu os termos contestatórios, acostando aos autos uma declaração atestando ter ela efetuado o pagamento das despesas médicas à Fusavi — Fundação de Saúde do Alto Vale do Itajaí (Hospital Regional Alto Vale).

Na audiência de instrução e julgamento, afastada a alegação de incompetência do Juízo, foram ouvidas cinco testemunhas e colhido o depoimento pessoal do representante legal da requerente.

As partes expenderam alegações finais, com a demandada impugnando o documento de fls. 88.

Por requisição judicial foram trazidas aos autos, pela Fusavi, cópias dos prontuários médicos do paciente Elídio Bertoldi (fls. 116 a 233).

Proferindo sentença, aceitou o MM. Juiz de Direito, como legítima, a sub-rogação invocada pela acionante, uma vez ter sido comprovado o pagamento das despesas médico-hospitalares pela autora à Fusavi — Fundação de Saúde do Alto Vale do Itajaí pelo atendimento da vítima; no mérito, reconheceu a culpa exclusiva da demandada na produção do evento danoso que teve como conseqüência o óbito de Elídio Bertoldi, causado por negligência e imperícia do motorista do caminhão, ao não manter distância segura do veículo que trafegava à sua frente, in casu, o da vítima. Acolheu em parte, então, o pleito vestibular, condenando a empresa demandada ao pagamento do valor de R\$ 14.289,28, como reembolso dos gastos com o tratamento

médico de Elídio Bertoldi, quantia essa a ser corrigida monetariamente a partir de seu efetivo desembolso (15/6/97), computados juros de mora legais a partir da citação inicial, honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação em face da sucumbência recíproca e pagamento das custas finais.

Irresignada com o resultado obtido, a empresa acionada apelou, reeditando a preliminar de carência de ação, uma vez que a declaração de fls. 88 foi apresentada após a contestação e não com a inicial, sendo que, em se tratando de documento indispensável à propositura da ação, deveria ela ter sido juntada com a peça vestibular.

No mais, acentuou a ausência de culpa do condutor do veículo de sua propriedade, com a sentença sendo proferida sem base probatória suficiente.

O apelo mereceu resposta da acionante.

É o relatório.

A insurgência apelatoriamente deduzida pela acionada, resta ver, não está a merecer albergamento nesta instância, em face da incensurabilidade do duto provimento jurisdicional vergastado.

Esclareça-se, de início, tratar-se de ação de reparação de danos, pela qual a apelada pleiteou e obteve o ressarcimento das despesas médicas e hospitalares que teve com o atendimento dado a seu associado Elídio Bertoldi, este falecido em decorrência de acidente de circulação ocasionado pelo veículo de propriedade da recorrente, da data do mesmo acidente até o óbito em questão.

Entretanto, inflitando contra o decisum que, em equacionando o litígio, respaldou a pretensão colocada em Juízo pela autora, a insurgente alega que em hipótese alguma era dado ao decisor singular admitir que a acionante carresse aos autos, após o ajuizamento da inicial, documentos que, comprovando a quitação das despesas hospitalares por ela arcaadas em razão da internação do de cujus, constituíam-se em documentos essenciais, invocando, de outro lado, a ausência de culpa do seu preposto para o evento narrado na peça pórica.

Sem razão, todavia, a postulante recursal!

Não há como se adotar o entendimento manifestado por ela de que a prova da quitação das despesas hospitalares, a fim de caracterizar a sub-rogação que esteou a pretensão ressarcitória deduzida, deveria, por se tratar de documento essencial, ser trazida a Juízo com a peça preambular e, em assim não tendo ocorrido, como no caso vertente, em que a sua juntada se fez apenas após a oferta da contestação, houve, com a aceitabilidade da situação, infringência ao art. 283 do Código de Processo Civil, o que impõe o reconhecimento da carência da ação, com a sua conseqüente extinção.

É prefacial que, todavia, impõe-se rejeitada nesta Instância, a exemplo do que já ocorrera no plano do juízo singular!

Esclareça-se, de início, que a simples não-juntada de tal documento à inicial, ao contrário do ponto de vista adotado pela reclamante recursal, não estaria a impor, em hipótese alguma, e

só por isso, a apregoada carência de ação.

Como bem destaca o lapidar Humberto Theodoro Júnior, citando a douta Ada Pellegrini Grinover:

“(...) o fenômeno da carência de ação nada tem a ver com a existência do direito subjetivo afirmado pelo autor, nem com a possível existência dos requisitos, ou pressupostos, da constituição da relação processual válida. É situação que diz respeito apenas ao exercício do direito de ação e que presuppõe a autonomia desse direito” (Processo de Conhecimento, Forense, vol. 1, pág. 69).

Do mesmo teor, o julgado assim ementado:

“Carência da ação — Alegação de falta de comprovação documental de danos reclamados — Inadmissibilidade.

“Presentes as três condições da ação (legitimidade para a causa, interesse de agir e possibilidade jurídica dos pedidos), inadmissível falar-se em carência da ação ante possível falta de demonstração documental, na inicial, do valor dos danos reclamados, estes que o autor se propôs a demonstrar na instrução; o fenômeno da carência da ação nada tem a ver com a existência do direito subjetivo afirmado pelo autor” (Ap. Cív. n. 42.833, de Blumenau, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Primeiramente, há que se distinguir, contudo, o que, na órbita do direito processual civil, é entendível como documento essencial.

Manifestando-se sobre o assunto, assim sustenta o emérito José Joaquim Calmon de Passos:

“A indispensabilidade do documento pode derivar da circunstância de que sem ele não há pretensão deduzida em Juízo. Isso porque ele é da substância do ato, ou dele deriva a especialidade do procedimento. Por exemplo não se pode reivindicar imóveis sem a prova do domínio, que requer escritura pública ou particular devidamente transcrita no Registro de Imóveis.

“(...)”

“Nestas hipóteses, é o próprio fato título da demanda que está em jogo, porquanto sua prova se vincula, de modo essencial, ao documento que o manifesta” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, 1992, Forense, 7ª ed., pág. 214).

In casu, constata-se facilmente que a requerente, com a finalidade de comprovar as alegações inseridas na exordial quanto às despesas hospitalares efetuadas, acostou a ela a conta definitiva dos gastos — a de fls. 45 a 49 —, na qual se encontravam demonstrados, por extrato, todos o valores efetivamente despendidos a título de serviços médicos, ambulatoriais, medicamentos e materiais utilizados com o atendimento ao conveniado que veio a falecer.

Contudo, a própria apelante, por entender que a conta definitiva não comprovava com suficiência o pagamento do tratamento, fato esse ensejador da invocada sub-rogação, é que trouxe aos autos uma declaração do Hospital Regional Alto Vale, firmada pela administradora daquele nosocômio, ratificando a veracidade da conta juntada, bem como afirmando o recebimento dos valores ali grifados.

Chega-se à conclusão, pois, que o encartamento nos autos da mencionada declaração prestou-se, apenas, para elucidar os argumentos contestatórios; mesmo porque inexistente tal declaração quando da propositura da ação, ensejando-se, outrossim, quando da juntada, oportunidade para a apelante sobre ela manifestar-se, com o que foi obedecido o princípio da lealdade processual.

Certo está que, nos termos do art. 397 do Código de Processo Civil:

“É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos”.

A literalidade do dispositivo legal em apreço, no entanto, sofreu abrandamento, pois que, em qualquer fase processual, ou mesmo na recursal, qualquer documento de interesse das partes, desde que possa influir no desate do litígio, pode ser atravessado no processo, à exceção daqueles tidos como pressupostos da causa; quanto a estes últimos, a juntada é restrita ao momento do ingresso da ação, posto que devem eles acompanhar a inicial, ou a apresentação da contestação.

Os demais documentos, a exemplo da declaração cuja inserção nos autos é combatida pela recorrente, podem ser oferecidos em qualquer outra fase processual, desde que a respeito dessa juntada se ouça a parte contrária e desde que ausente o espírito de ocultação proposital e a intenção de surpreender o juízo.

Nesse sentido, enfatizou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Somente os documentos tidos como pressupostos da causa é que devem acompanhar a inicial e a defesa. Os demais podem ser oferecidos em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo” (RSTJ 14/359).

“Não é absoluta a exigência de juntar documentos na inicial ou na contestação. O art. 397 do Código de Processo Civil permite juntar documentos novos em qualquer fase” (REsp. n. 4.163/RJ, j. 28/11/90, rel. Min. Garcia Vieira).

“Não se tratando de documentos indispensáveis à propositura da ação, admite-se possam ser juntados fora da oportunidade prevista no art. 276 do CPC, desde que não resulte prejuízo para a defesa da outra parte” (REsp. n. 16.957/SP, DJU de 13/4/92, pág. 4.998, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

Adotando a mesma diretriz, o acórdão seguinte:

“Demonstrando a parte justificada razão e inexistindo o propósito de ocultar ou de surpreender, deve o juiz ordenar a juntada de documentos até sentença definitiva” (RTFR 165/73).

Ou:

“Uma vez obedecidos os princípios da lealdade processual e da estabilidade da lide, a jurisprudência tem admitido a juntada de documentos sem as restrições do CPC 396 e 397” (2º TACivSP, Ag 288748, rel. Juiz Batista Lopes, j. 26/8/1991, Bol. AASP 1.737, supl., pág. 5).

A mesma posição vem sendo encampada, iterativamente, por esta

Casa de Justiça, cujos anais registram, dentre outros, os acórdãos seguintes:

“Prova. Documentos novos não indispensáveis.

— Possibilidade de sua juntada a qualquer tempo, sem as estritas exigências da parte final do art. 396 do CPC, desde que ouvida a parte contrária e ausente o espírito de ocultação premeditada ou o propósito de surpreender o Juízo (doutrina de Humberto Theodoro Júnior e precedentes do STJ nos REsp. ns. 2.376 e 16.957).

— Embargos de divergência conhecidos mas desprovidos” (ED n. 153, de Blumenau, rel. Des. João José Schaefer).

“Processual.

“Juntada de documentos novos no curso da lide. Admissibilidade, mesmo fora do momento processual próprio, uma vez destinado a complementar os já apresentados e inexistindo espírito de ocultação premeditado e o propósito de surpreender o Juízo” (Ap. Cív. n. 48.257, rel. Des. Alcides Aguiar).

“Prova — Documento — Juntada nos autos após a contestação — Possibilidade desde que não seja fundamental para a instrução do pedido — Artigo 397 do Código de Processo Civil — Recurso provido para que o documento e a petição desentranhados sejam novamente juntados nos autos” (AI n. 7.075, de Piçarras, rel. Des. João Martins).

“Prova — Juntada de documentos somente na fase recursal — Possibilidade.

“Desde que ouvida a parte contrária, e não havendo qualquer inten-

ção premeditada de ocultação de documento, bem como propósito de surpresa para a parte, podem os mesmos ser juntados a qualquer tempo” (Ap. Cív. n. 50.821, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Também já dissemos, em julgamento anterior:

“Não tem caráter absoluto a exigência legal referente à juntada de documentos com a inicial ou com a defesa, posto que tal imposição é restrita àqueles documentos tidos como pressupostos da causa. Todo e qualquer outro documento que se apresente como válido para uma justa composição do litígio pode ser ofertado em outra etapa processual e, até mesmo, em sede recursal, desde que ouvida a parte contra a qual é ele produzido e inexistente o propósito de ocultação premeditada ou de surpreender o Juízo” (AI n. 97.013898-9, de Xanxerê).

No mesmo sentido, colhe-se do escólio do festejado Humberto Theodoro Júnior que:

“Mesmo para os que são mais rigorosos na interpretação do dispositivo em mira, o que se deve evitar é a malícia processual da parte que oculta desnecessariamente documento que poderia ser produzido no momento próprio. Assim, quando já ultrapassado o ajuizamento da inicial ou a produção da resposta do réu, desde que inexistente o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo, verificada a necessidade, ou a conveniência, da juntada do documento, ao magistrado cumpre admiti-la” (Curso de Direito Processu-

al Civil, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1985, pág. 498).

Manifestando-se acerca do questionado dispositivo legal, o eminente José Frederico Marques, após comentar que ele pode dar a impressão de que seja inadmissível a juntada de documentos a não ser nas duas hipóteses ali expressamente previstas, ou seja, quando se referirem a fatos ocorridos posteriormente aos articulados ou em contraposição às alegações da parte contrária, acentua:

“Não nos parece que assim seja. Se o art. 283 só alude aos documentos indispensáveis à propositura da ação, evidente que os não indispensáveis a esse fim, mas necessários para a prova dos fatos articulados na inicial, podem ser juntos ulteriormente. O art. 397 procurou mostrar que é possível opor documentos a documentos e também provar fatos novos com documentos e não restringir o alcance e o entendimento do art. 283” (Manual de Direito Processual Civil, 2º vol., Saraiva, SP, 1974, pág. 220).

Mesmo porque, no caso vertente, o documento antes juntado pela apelada com a inicial era, ao contrário do entendido pela recorrente, suficiente para, por si só, respaldar a existência da sub-rogação ocorrida.

Como já fixou este Pretório:

“Seguro obrigatório de acidentes pessoais em sinistro de trânsito — Obrigação transmissível — Pagamento das despesas médico-hospitalares de acordo com a conta apresentada pela entidade hospitalar — Viabilidade — Procedência” (Ap. Cív. n. 39.292, de Blumenau, rel. Des. João Martins).

Desagasalha-se, pois, a prefacial em comento!

No mérito, o apelo, por igual, impõe-se desprovido.

Apega-se a postulante recursal, na tentativa de ver revertidos os determinativos do decisum atacado, na alegativa da inexistência de culpa do condutor do veículo de sua propriedade para o sinistro automobilístico do qual veio a resultar o óbito do conveniado da autora, sequer de forma concorrente.

Uma vez mais mostram-se improsperáveis os argumentos da insurgente, pois que o que resultou positivo nos autos é, ao contrário do pretendido, a culpa exclusiva e preponderante do guiante do caminhão da apelante para o desfecho acidentário noticiado na inicial.

Ora, conforme sobressai do Boletim de Ocorrência acostado ao processo, o veículo de propriedade da demandada freou, com o que ficou, sobre a pista, na posição de um “L”, abalroando o veículo conduzido pela vítima fatal, projetando-o sobre outro veículo e acarretando, assim, todos os prejuízos relatados no decorrer da ação.

Referido documento técnico, destaque-se, não sofreu impugnação por parte das insurgentes, com estas, de outro lado, não produzindo provas que infirmassem as conclusões nele lançadas.

E, como não se ignora:

“Civil. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Presunção de veracidade do boletim de ocorrência policial não elidida. 1. O boletim de ocorrência goza de presunção juris tantum de veracidade, prevalecendo

até que se prove o contrário. 2. Dispõe o art. 364 do CPC que o documento público faz prova não só de sua formação, mas, também, dos fatos que o escrivão, o tabelião ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença. 3. Esse fato, todavia, não implica em sua aceitação absoluta. Pode o réu, com meios hábeis, desfazê-la se ou quando contiver elementos inverídicos" (RT 671/193).

"O Boletim de Ocorrência ou equivalente, por ser documento elaborado por funcionário público no exercício de suas funções, goza de presunção de veracidade. Assim, não se dá validade absoluta às afirmações nele constantes, mas aceita-se em princípio como verdadeiro o que lá está contido, cabendo à parte contrária destruir tais conclusões, afirmações, descrições, etc., porque, caso contrário, restaria inócua a atividade de tais funcionários públicos" (RT 713/134).

Na mesma esteira, tem dito esta Corte:

"É remansosa a crença jurisprudencial de que, gozando de presunção juris tantum, o laudo não enfraquecido por prova melhor permanece incólume, com reconhecida força probante" (JC 51/18).

"Leva a prova técnica uma presunção de verdade, que pode ser desfeita, mas por prova segura em sentido contrário. Não basta, para invalidar o levantamento, a simples suspeita lançada contra os subscritores do boletim de ocorrência, sem o mínimo conforto de elementos probatórios" (JC 54/157).

Destarte, o Boletim de Ocorrência não impugnado nem invalidado por elementos probantes válidos e eficazes constitui-se, assim, em elemento suficiente para conduzir à procedência da ação reparatória de danos ocasionados em acidente de trânsito.

A par disso, a prova testemunhal produzida pela apelada está a confortar, na totalidade, a versão contida no Boletim de Ocorrência, conduzindo à inafastabilidade da culpa do condutor do veículo da apelante para o sinistro em causa.

Acresça-se a isso que a prova produzida pela recorrente com o objetivo de desconstituir aquela produzida pela autora não serviu para os propósitos almejados pela acionada.

Tanto que a única testemunha por ela indicada e que presenciou o acidente confirmou, na íntegra, o conteúdo do Boletim de Ocorrência, atestando como causador do evento o veículo da insurgente, não deixando, outrossim, evidenciada qualquer participação do conveniado da apelada para o evento, de molde a autorizar o estabelecimento, quando menos, de uma concorrência de culpa.

Então, se a demandada não comprovou, de modo algum, a inexistência de culpa do condutor do veículo de sua propriedade, por ela proclamada como verdade absoluta, de forma a arredar qualquer responsabilidade de sua parte quanto ao pagamento dos prejuízos experimentados pela acionante, não poderia ela pretender, de forma nenhuma, que a sentença prolatada lhe fosse favorável ou que, em assim não sendo, viesse ela a ser desconstituída neste grau de jurisdição.

E a prova a respeito da alegada ausência de culpa era, resta ver, de exclusiva incumbência da apelante, já que, com isso, alicerçou ela a sua defesa em fato capaz de impedir, modificar ou extinguir o direito invocado pela postulante.

A propósito, acentua o brilhante Ulderico Pires dos Santos:

" (...) a prova não é carga que pesa só sobre os ombros do demandante. O demandado também arca com esse ônus. Sim; porque quem contesta o direito de outrem apresenta uma exceção, logo, está no dever de provar o fato que opõe ao da outra parte. Celso já dizia: qui excipit probare debet quod excipitur (Dig. 23.3.9).

"Sem dúvida na moderna processualística o ônus da prova é das partes: a que afirma ter um direito está obrigada a prová-lo; a que sustenta que ela não o tem está no dever de comprovar qual o fato extintivo do direito da outra" (Meios de Prova, Doutrina e Jurisprudência, Ed. UPS Editorial, ed. 1994, pág. 15).

Linhas após, adverte o mestre:

"Quem se disser titular de algum direito tem o dever de provar o seu fato constitutivo. Se alguém contestá-lo afirmando que um outro fato o modificou ou extinguiu, caber-lhe-á o dever de fazer a prova do que houver afirmado. Se o réu, apenas, negar o fato

constitutivo, ao autor é que tocará prová-lo (art. 333 do CPC)".

Disso resulta:

"a necessidade de cada um provar os elementos que entraram na composição do seu direito, pois, sem a comprovação dos mesmos o juiz não terá condições para se convencer a respeito de qual dos fatos invocados pelas partes se conforma com a verdade" (págs. 16 e 17).

Não divergindo, disse este Tribunal:

"Na moderna processualística, o onus probandi é repartido entre as partes. Assim, ao segurador cabe, para exonerar-se da obrigação indenizatória assumida no contrato de seguro, o ônus da prova de que não é o responsável. Na dúvida, responde pela obrigação" (Ap. Cív. n. 96.010758-4, de Seara, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Confirma-se, pois, a sentença guerreada!

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto.

Florianópolis, 24 de março de 1999.

Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.003551-4, DA CAPITAL**Relator: Des. Trindade dos Santos**

Cobrança. Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Abono. Natureza salarial deste. Caráter genérico da concessão. Fonte de custeio. Art. 195, § 5º, CF. Direito de compensação com valores tendentes à formação da fonte de custeio. Inexistência. Honorários advocatícios. Sentença de procedência confirmada. Reclamo recursal desprovido.

— *O abono prestado pela Caixa Econômica Federal aos seus servidores da ativa integra, para todos os fins e efeitos, o salário deles, ante a clareza da disposição contida no art. 457, § 1º, da CLT, abono este que se impõe estendido, pela entidade securitária privada responsável pela complementação dos salários dos inativados, aos aposentados a si afiliados, em obediência às normas legais previstas da paridade entre ativos e inativados.*

— *A norma inserida no art. 195, § 5º, da Carta Magna, que veda a criação, a majoração e a extensão de benefícios da previdência sem a concomitante existência de fonte de custeio para tanto, tem caráter impositivo apenas para a previdência oficial, não se destinando, de modo algum, à previdência privada.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.003551-4, da comarca da Capital (2ª Vara Cível e Registros Públicos), em que é apelante Funcef — Fundação dos Economistas Federais, sendo apeladas Luíza Damasceno Kreusch, Maria Isolete Viana Bueno de Paiva, Nívia Regina da Silva Roseli Demboski Pinter, Sandra Márcia Longo e Valdete Maria Milaneze:

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

Custas legais

Cuida-se, no caso, de ação de cobrança aforada por Luíza Damasce-

no Kreusch, Maria Isolete Viana Bueno de Paiva, Nívia Regina da Silva, Roseli Demboski Pinter, Sandra Márcia Longo e Valdete Maria Milaneze contra a Fundação dos Economistas Federais — Funcef, objetivando as postulantes a condenação da demandada ao pagamento, a cada uma delas, da quantia de R\$ 628,79, acrescida de atualização monetária, na forma da lei, até a efetiva liquidação de sentença.

Sustentam as acionantes, em primeiro lugar, a competência da justiça estadual para processar a ação e dela conhecer, posto ser a demandada uma entidade fechada de previdência privada, asseverando, no mérito, terem trabalhado na Caixa Econômica Federal, filiando-se à Funcef na data de sua cri-

ação, em agosto de 1977, inativando-se elas no ano de 1992.

Argumentaram, então, que, no mês de novembro de 1995, a instituidora e patrocinadora Caixa Econômica Federal concedeu aos empregados na ativa um abono salarial de R\$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais), com o objetivo de compensar a defasagem salarial (doc.13), sendo que a demandada, no entanto, recusou-se a conceder idêntico benefício aos aposentados, em flagrante desrespeito ao seu próprio Regulamento, contrato esse ao qual as autoras aderiram e cumprem integralmente até a data presente, pois continuam pagando as contribuições mensais para a entidade previdenciária em referência, consoante documentos de fls. 7 a 12.

E, diante de previsão expressa encartada no Regulamento básico da acionada (subitem 4.4), está ela obrigada a estender o abono concedido às requerentes, pelo que e com tal finalidade pugnam elas pela procedência do pleito.

Na contestação que ofertou, a demandada aduziu que, no caso específico dos seus associados em gozo do benefício de suplementação, entende-se o ato de recomposição dos benefícios devidos de acordo com a elevação do custo de vida, aplicando-se o índice no período compreendido entre as datas-base.

Dessa forma, eventuais ganhos que a instituição patrocinadora entenda de repassar aos seus empregados não podem incidir no reajuste dos benefícios por si mantidos, pois estes já têm previsão atuarial definida e estão disciplinados no subitem 21.5 do regulamento de planos.

Assevera, de outro lado, que o abono não integra o salário, por não se revestir das seguintes características: habitualidade, periodicidade e uniformidade. Da mesma forma, não seria o abono extensivo aos aposentados, pois a estes somente está garantida a paridade no caso de reajustes salariais e, definitivamente, a concessão de abono não caracteriza reajuste salarial.

Alegou, mais, que, assim como ocorre em relação à previdência oficial, não poderá ela criar, majorar ou estender nenhum benefício ou serviço da seguridade social sem a correspondente fonte de custeio total, ex vi do art. 195, § 5º, da Carta Básica.

Tendo o Dr. Promotor Público se manifestado nos autos, o MM. Juiz de Direito julgou antecipadamente a lide, condenando a demandada no pagamento dos valores postulados, com a imposição de atualização monetária e de juros legais, a partir da data da citação inicial até a do efetivo pagamento do débito. Condenou, ainda, a requerida a arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Considerou o Julgador Singular, para tanto, que, a teor do art. 457 da CLT, o abono pago aos empregados em atividade integra o salário, salientando que a cláusula contratual 21.5 do Replan tem por escopo precípua manter os associados aposentados em condições semelhantes às que se encontravam eles quando em atividade.

Irresignada, a demandada apelou, alegando que o contrato garante a igualdade de percentual de reajustes e vigência destes e não a igualdade de

valores, em relação aos ativos, entendendo-se como reajuste o ato de recomposição dos benefícios devidos, de acordo com os índices de reajustamento aplicados aos salários dos empregados em atividade.

Dessa forma, expõe que eventuais ganhos que a instituidora-patrocinadora entenda repassar aos seus empregados não podem incidir no reajuste dos benefícios por si suplementados, eis que a verba intitulada de abono, na realidade, é um prêmio, pois não se reveste de caráter de habitualidade, periodicidade e uniformidade, o que é corroborado pela cláusula 35ª do acordo concessivo desse abono.

Salientando que tais abonos não integram o salário de contribuição e, portanto, sobre ele não incide qualquer desconto para a formação da contribuição social, que é a fonte de custeio do plano, acentuou que apenas administra as importâncias que lhe são confiadas, mediante contribuições dos associados e da patrocinadora, pelo que, em contrapartida, suplementa os proventos e as pensões desses associados. Assim, os valores mensais necessários para prover tais suplementações são atuarialmente calculados, sendo que qualquer desequilíbrio poderá levar ao comprometimento do plano, diante do que requer seja deferida a compensação da fonte de custeio.

Insurgiu-se, por fim, contra o percentual fixado a título de honorários advocatícios, pedindo-lhe a diminuição, acaso não seja provido o apelo e reformado o decisum exarado.

Rebatidos os termos da insurgência, o Ministério Público, em ambas as instâncias, opinou pela reforma da sentença atacada, com o conse-

quente julgamento de improcedência do pleito deduzido.

É o relatório.

Insubsistente faz-se a contenda recursalmente instaurada pela apelante, posto que a doura sentença vergastada equacionou o litígio com total propriedade.

A celeuma motivadora da ação de cobrança intentada pelas recorridas cinge-se com exclusividade à caracterização ou não do abono concedido pela Caixa Econômica Federal, em novembro de 1995, aos empregados da ativa e não repassado, pela apelante, aos inativados, como verba integrante do salário.

Ao contrário do ponto de vista advogado pelas apeladas, pretende a insurgente que refalada verba constituiu-se, apenas, em um prêmio, diante do que indevido faz-se o seu repasse aos aposentados a si filiados, como determinado pelo decisum espancado.

Para que se alcance uma conclusão justa acerca da matéria, cumpre, de início, conceituar aludida verba à luz da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Por bem, dispõe a CLT, em seu art. 457, que:

“Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

“§ 1º — Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para vi-

agens e abonos pagos pelo empregador”.

Destarte, nos moldes do transcrito dispositivo, integram a remuneração do trabalhador tanto a gratificação ajustada quanto o abono, não importando o motivo pelo qual são pagas as parcelas em questão.

Ora, restou incontroverso, ante a ausência de impugnação específica da irrisignada, que o acordo coletivo de trabalho do qual se originou o abono em referência teve como finalidade evitar o movimento grevista que estava por se formar.

O abono concedido, em que pese estipular a cláusula 35 do Acordo Coletivo firmado (documento de fls. 71) estar ele “destituído de caráter salarial e seus consectários”, possui inegavelmente tal caráter, nada mais equivalendo a cláusula em questão do que a um subterfúgio para que, tanto a CEF, quanto a apelante, se eximissem de pagar, no caso da primeira, as verbas reflexas e, no caso da apelante, o próprio abono aos inativados.

A verba em apreço, ao inverso do afirmado pela postulante recursal, não pode ser considerada como um prêmio, vez que, consoante acentua o emérito Amauri Mascaro Nascimento:

“Prêmios são salários vinculados de ordem pessoal do trabalhador, como a economia de tempo, de matéria-prima, a assiduidade, a eficiência, o rendimento.

“A hipótese mais freqüente é o prêmio produção, devido sempre que a produção do empregado da secção atingir um determinado índice” (Com-

pêndio de Direito do Trabalho, LTr Editora Ltda., São Paulo).

O que resta evidenciado nos autos é que inexistente qualquer vinculação de ordem pessoal com relação ao abono instituído, podendo-se afirmar que não se trata de um simples prêmio, senão, efetivamente, de abono, integrando, assim, os salários.

O fato de consistir este em um pagamento único não desnatura esse caráter.

Nesse sentido, transcreva-se:

“Apelação cível. Previdência privada. Complementação de aposentadoria. Abono. Natureza desse. Caráter genérico da concessão.

“Merece extensão aos aposentados, abono — que tem natureza salarial, ex vi legis (art. 457, § 1º, da CLT) — concedido em caráter genérico, ainda que único, nos termos de regulamento de previdência que adotou a regra da paridade entre ativos e inativos, registrando as exceções.

“Apelação desprovida” (Ap. Cív. n. 598093714, de Porto Alegre, TJRS, 6ª CC, rel. Des. Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior, j. 19/8/98, DJ de 11/12/98, pág. 41).

Ainda:

“Complementação da aposentadoria. Funcionários inativos.

“Estende-se aos inativos o abono salarial único concedido exclusivamente aos funcionários em efetivo exercício, eis que o regulamento do plano de aposentadoria prevê a complementação das aposentadorias com todas as vantagens pecuniárias dadas aos funcionários ativos, com expres-

sas exceções, nas quais, todavia, não se encontra o benefício em foco.

“Apelo provido, julgando-se procedente a ação” (Ap. Cív. n. 597111178, de Porto Alegre, TJRS, 5ª CC, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 21/8/97).

Em relação à natureza salarial do abono, é farta a jurisprudência a respeito, como se vê dos acórdãos a seguir:

“Abono. Abono é parcela salarial, a teor do art. 457, § 1º, da CLT” (TRT, 1ª Região, RO 11771/89, 5ª Turma, rel. Juiz Carlos Henrique de Carvalho Saraiva, DORJ 1º/8/1990).

“Abono. Natureza salarial. Abono constitui salário, pois decorre da prestação dos serviços prestados, ainda que pago por liberalidade do empregador. Neste sentido o parágrafo 1º do artigo 457 da CLT, que revogou anterior legislação pátria de que abono jamais se integraria ao salário” (TRT, 9ª Região, RO 8.298/93, 4ª Turma, rel. Juiz Tobias de Macedo Filho, DJPR de 29/4/1994).

“Abono. Remuneração. Plano de classificação de cargos. Salário.

“A concessão de ‘abono’ pelo empregador, na conformidade da inteligência emanada do § 1º do artigo 457 consolidado, integra os salários do respectivo empregado” (TRT, 1ª Região, AR 00239/96, rel. Juiz João Valim Peluzio, DORJ de 16/10/1997).

“Abono — Natureza jurídica — Salário.

“Todo e qualquer abono deve ser considerado salário, para os fins de direito, quando sua concessão fica na dependência do trabalho ou na condu-

ta do empregado, não sendo, portanto, decorrência da generosidade do empregador” (TRT/MG, Rec. Ordinário n. 5.965/89, 3ª Turma, j. em 25/7/90, rel. Juiz Michel Francisco Melin Aburjeli).

E, quanto à obrigação de repasse, pela apelante, do abono questionado aos inativados, já se proclamou:

“Abono concedido aos empregados do Basa, em norma coletiva. Natureza salarial. Alcance aos aposentados. A parcela de abono, por definição da própria lei (artigo 457, § 1º, da CLT), é salário e, como tal, uma vez concedida aos empregados em atividade do Basa, deve ser estendida aos aposentados, com base no antigo Estatuto da Capaf, que rege a situação destes, o qual estabelece que as vantagens concedidas ao pessoal da ativa devem alcançar os inativos” (TRT, 8ª Região, RO n. 5014/97, 3ª Turma, relª Juíza Lygia Simão Luiz Oliveira, j. 4/2/1998).

Feito isso, há que se analisar a alegativa expendida pela recorrente de que tais abonos não integram o salário de contribuição, pelo que sobre este não incide o desconto indispensável à formação da contribuição social, que se constitui na fonte de custeio do plano, razão pela qual escapam à suplementação devida pela apelante, pleiteando ela, em conclusão, o reconhecimento do seu direito de compensá-los na fonte de custeio.

Sem razão nesse aspecto, igualmente, a apelante!

Ora, é compromisso dela, conforme previsto no subitem 4.4 do seu Regulamento Básico (REG), o de reajustar “as aposentadorias e pensões na mesma proporção que, em

consequência de aumentos salariais de caráter geral, determinados por órgãos e autoridade competentes, venham as Mantenedoras a reajustar os salários de seus empregados”.

E, consoante enfatiza Djalma Henry Santos da Rocha:

“O legislador constituinte, ao regular o nosso sistema securitário, inseriu alguns princípios, com relação aos benefícios a serem pagos pelo INSS, os quais devem ser observados. A importância de seu estudo ainda que sucinto se dá em face de que estes se consubstanciam na base legal das ações revisionais, inclusive para atacar o ordenamento jurídico infraconstitucional, quando não respeitar o espírito da Lei Maior. São tais princípios o da irredutibilidade do benefício, o da manutenção do seu valor real, o da correspondência entre o valor do benefício e sua fonte de custeio e, ainda, princípio da isonomia, que, embora não esteja inserido no Título VIII (relativo à Seguridade Social), é de suma importância” (A Revisão Judicial dos Benefícios Previdenciários, in ST n. 109, julho de 1998, pág. 22).

Por último, incumbe analisar o princípio da correspondência entre o valor do benefício e sua fonte de custeio.

Tal princípio encontra amparo legal no art. 195, § 5º, da Carta Magna, quando preconiza expressamente que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, estendido ou majorado sem a correspondente fonte total de custeio.

Em razão dele, para todos os benefícios de prestação continuada da

Previdência Social deve haver a correspondente fonte de custeio, tanto no que tange à sua concessão, quanto aos reajustamentos e extensões do benefício. Desse modo, para que haja um aumento do benefício, deverá haver, obrigatoriamente, a correspondente fonte de custeio, esta formada pelo aumento da arrecadação das contribuições previdenciárias.

Ressalte-se, no entanto, que a exigência em questão aplica-se com exclusividade à seguridade social, não sendo extensiva à previdência privada, cuja contratação tem por objetivo a suplementação das verbas aposentatórias.

Assim, tendo as apeladas cumprido com suas obrigações desde agosto de 1977 e a recorrente assumido contratualmente o risco de reajustar aposentadorias e pensões na mesma proporção, nas mesmas condições e nos mesmos índices aplicáveis aos empregados em exercício da instituidora e patrocinadora — a Caixa Econômica Federal —, não lhe é lícito pretender eximir-se do repasse da verba salarial questionada às inativadas a si associadas.

E se o objetivo da contratação é a suplementação dos proventos da inativação, eventual desconto na fonte de custeio não possui qualquer relação com as postulantes; inexistente, então, o pretendido direito de compensação, eis que a apelante não possui qualquer crédito junto às acionantes.

Derradeiramente, há que se dizer que os honorários advocatícios foram fixados corretamente, tendo em vista o valor do proveito que da ação intentada reverterá em benefício das

postulantes e, mormente, em razão do ínfimo valor conferido à causa.

Nega-se, à vista do exposto, provimento ao reclamo recursal deduzido, com a conseqüente confirmação, em todos os seus termos, do decisório prolatado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, tendo emitido parecer, pela colenda Procuradoria-Geral de Jus-

tiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Cezar Medeiros.

Florianópolis, 19 de agosto de 1999.

Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Trindade dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.000738-5, DE SÃO LOURENÇO DO OESTE

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Indenização — Lide intentada contra o fabricante e a ministrante de produtos dermatológicos — Aplicação indicada por revendedora, em decorrência da qual resultaram lesões no rosto da paciente — Dano estético — Dúvida quanto à correta utilização — Prova em sentido contrário — Situação a que se expõe o fabricante por força da atividade que explora — Garantia assegurada ao consumidor à vista do risco, confiando na qualidade e efeitos das substâncias — Propaganda dirigida ao mercado para fins de venda e obtenção de lucro — Conflito de interesses — Direito previsto constitucionalmente e regulamentado a partir da edição da Lei n. 8.078/90 — Responsabilidade do laboratório irretorquível, a quem cumpria o ônus da prova, por inversão — Artigos 159 e 1.522, combinado com o art. 1.521, inciso III, do Código Civil — Dano moral — Cumulação prevista na Súmula 37 do STJ — Sentença confirmada — Desprovidimento do recurso.

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

Custas na forma da lei.

Na comarca de São Lourenço do Oeste, Ediana Maria Capeletti Gobbi, qualificada às fls. 2, ajuizou ação de indenização contra Terezinha de Je-

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.000738-5, da comarca de São Lourenço do Oeste, em que é apelante Chemist Laboratório Cosméticos do Brasil Ltda. — Racco, sendo apelada Ediana Maria Capeletti Gobbi:

sus, Ana Lúcia de Bortoli e Chemist Laboratório Cosméticos do Brasil Ltda. — Racco, aduzindo, em síntese, que:

— no início de setembro de 1993 tomou conhecimento que a primeira ré fazia tratamento de pele com produtos fornecidos pela segunda e fabricados pela terceira ré;

— a primeira vendeu-lhe o “kit da Racco” e iniciou aplicações dos cremes e loções em seu rosto duas vezes ao dia, receitando-lhe, concomitantemente, o elixir iodado vegetal, lacto-purga e leite de magnésia;

— após quinze dias começaram a aparecer espinhas purulentas que a primeira ré afirmou ser normal, sendo que passados aproximadamente dois meses a situação piorou bastante, dando início a infecções generalizadas;

— interrompido o tratamento, a primeira ré lhe receitou, sem êxito, tomada de própolis;

— em face do resultado negativo, consultou um médico e iniciou tratamento que perdura até hoje, mas o estado em que se encontrava pode ser constatado pelas fotografias anexas.

Acrescentou que precisou faltar ao serviço durante quinze (15) dias e, segundo o médico responsável, as seqüelas decorrentes das inflamações/infecções estavam a indicar cirurgia plástica.

Procuradas, as duas primeiras requeridas se negaram a prestar auxílio financeiro no tratamento, obrigando-se, em face disso, a ajuizar a presente demanda visando à garantia de seus direitos de consumidora, já que vítima de duplo atentado (à estética e à

integridade corporal), com reflexos impositivos na órbita do dano moral.

Colacionou entendimentos doutrinários e jurisprudenciais e requereu a citação das demandadas, a produção de provas e a procedência do pedido, juntando frascos dos produtos, instrumento de procuração e os documentos de fls. 11/32.

Procedeu-se à citação dos requeridos.

Ana Lúcia de Bortoli ao contestar levantou as preliminares de ilegitimidade passiva ad causam, carência de ação e condenação da autora por litigância de má-fé. No mérito, discorreu sobre os fatos e sua situação na lide, os produtos utilizados pela autora e os danos, pedindo, a final, o acolhimento das prefaciais ou a improcedência.

A outra demandada Chemist Laboratório Cosméticos do Brasil Ltda. contestou, igualmente, o pedido, oportunidade em que aduziu que os produtos que fabrica são autorizados pelo Ministério da Saúde e, portanto, incapazes de gerar os efeitos alegados pela requerente, sendo que, admitida a hipótese da ocorrência de tais fatos, certamente é porque não foram observadas as indicações de uso, o que afasta sua responsabilidade. Reque-reu a produção de provas e a improcedência.

Terezinha de Jesus ofereceu defesa às fls. 78/84, na qual argüiu a preliminar de ilegitimidade passiva, admitindo que vendeu à autora os produtos Racco e os aplicou de forma adequada, não detendo responsabilidade pela sua composição química. No mérito, negou que tivesse receitado ou-

tros produtos à autora, e aqueles aplicados e fabricados pela terceira ré eram inofensivos, inexistindo outros casos da mesma natureza. Discorreu acerca dos danos morais e disse não ter agido com culpa, inexistindo, em face disso, o dever de indenizar, até porque a autora não demonstrou o nexo causal entre os produtos que lhe foram vendidos e a lesão.

Requeru o acatamento da preliminar ou a improcedência do pedido, deferindo-se-lhe a produção de provas.

Houve réplica e juntada de documentos (fls. 88/93).

As fls. 104v. deferiu-se a prova pericial, realizada conforme fls. 116/118, sendo que após a manifestação das partes foi designada audiência.

Na solenidade (fls. 191/199), inexitosa a conciliação, tomou-se os depoimentos pessoais da autora e do representante legal do laboratório, ouvindo-se seis testemunhas. A autora juntou documentos, dos quais os demandados tiveram vista e, encerrada a instrução, as partes ofereceram razões finais remissivas às suas manifestações anteriores.

Ao sentenciar, o Magistrado julgou procedente o pedido, condenando solidariamente às rés Terezinha de Jesus e Chemist Laboratório Cosméticos do Brasil Ltda. no pagamento das verbas requeridas, extinguindo o feito em relação à ré Ana Lúcia de Bortoli.

Inconformado, o laboratório Chemist interpôs recurso de apelação, no qual defendeu a qualidade dos produtos que fabrica à vista da rígida observância das especificações e de autorização do Ministério da Saúde. Afirmou que seus produtos seriam in-

capazes de ocasionar as infecções como as que atingiram o rosto da autora, conforme, aliás, restou provado com a perícia; que não pode ser responsabilizado pelo mau uso e tratamento incorreto, já que foi admitido o uso concomitante de outros medicamentos; e que a apelada, não obstante as acusações que fez, deixou de provar que a infecção foi causada pelos produtos aplicados e recomendados pela primeira ré, assim também quanto à aventada hipótese de cirurgia plástica.

Discorreu acerca da ausência de prova da culpa, visto que a perícia admitiu a probabilidade do aumento das espinhas por fatores alimentares e emocionais, bem como sobre as presunções de que se valeu o Magistrado ao decidir a lide.

Requeru o provimento do apelo a fim de que, julgada improcedente a ação, fosse invertido o ônus da sucumbência. Trouxe a prova do preparo.

A demandada Terezinha de Jesus recorreu da decisão em cuja peça, após breve remissão aos fatos e às provas, postulou fosse reconhecida sua ilegitimidade passiva, ou, do contrário, provida a apelação, fosse isentada de qualquer responsabilidade.

Houve pedido expresso da autora relativamente à deserção do apelo da segunda ré, seguindo-se a decisão de fls. 242/243, sendo, após, remetidos os autos.

É o relatório.

A autora pretende ser indenizada por danos estético e moral, advindos do uso de produtos para tratamento de pele prescritos pela primeira e produzidos pela segunda ré, ora apelante.

Foi a matéria debatida à saciedade, porquanto as provas, mormente a fotográfica e a pericial, tornam indubitosa a lesão que acometeu a região facial da apelada.

Com o recurso, o fabricante procura destacar a idoneidade de seus produtos, declarando que há mais de seis anos explora aludida linha industrial, detentora de reconhecido conceito nacional (fls. 221). Tais assertivas, sem dúvida, são de fácil verificação, já que os produtos da linha "Racco" desfrutam de notória comercialização no mercado, onde opera há alguns anos. A afirmação de que estaria autorizado pelo Ministério da Saúde parece óbvia, constituindo condição inerente à própria indústria e circulação dos produtos.

Desnecessário, portanto, tecer maiores considerações, porquanto não seria em face da boa ou má reputação que a posição da apelante mudaria em relação à usuária.

Esta, por sua vez, na busca de solução para o problema de pele, procurou o auxílio de pessoa conhecedora do assunto, a quem confiou a correta utilização dos produtos que indicava, quais sejam, o "kit da Racco". Certamente, o fez por sua livre e espontânea vontade.

A aplicação dos cosméticos fabricados pelo Laboratório Chemist constitui, portanto, questão pacífica, vez que além de não ter sido negado pela revendedora (pessoa que indicou e os aplicou, fls. 79), tal afirmação foi corroborada por três das quatro testemunhas ouvidas em Juízo (fls. 196/198v.).

Indaga-se, todavia, se houve, ou não, o uso concomitante de outra

substância, visto não ser crível que para aquele resultado bastaria, tão-somente, aplicar referidos produtos, a despeito de sua livre comercialização. Tal perquirição vale, igualmente, quanto ao uso inadequado.

Terezinha de Jesus afirmou categoricamente que exercia atividade de esteticista, tendo participado de cursos oferecidos por representante sediado em Curitiba (fls. 79 e 86/87), e que ela mesma fez as aplicações no rosto da apelada, seguindo as prescrições de uso, e assumindo com isto o risco não só pelos resultados, como pelas dosagens receitadas.

O liame entre o efeito lesivo e a ação da primeira demandada restou incontroverso. Já a participação do fabricante advém da qualidade e orientação de uso dos produtos que oferece ao consumidor (Lei n. 8.078/90), por meio dos prepostos que elege (art. 1.521, inciso III, do Código Civil).

Nesse sentido, o laudo pericial, eminentemente técnico e esclarecedor, foi incisivo em dizer que "a utilização de qualquer produto sobre uma superfície cutânea requer avaliação competente sobre as indicações e efeitos colaterais possíveis, pois poderá ser provocada reação adversa. Se esta pele já apresentar processo inflamatório prévio, este risco será ainda maior, e as reações adversas mais frequentes" (fls. 117, grifo), acrescentando que "a aplicação de qualquer produto sem avaliação médica, em pele com processo inflamatório prévio, pode ser prejudicial" (quesito B).

A ausência de indicações, presumível em face das técnicas adminis-

tradas pela segunda ré e do consenso da apelada, tornam evidente o risco e, em face dele, a responsabilidade do apelante diante do resultado, visto não se reputar como provável que produtos com tais advertências fossem ministrados a esmo.

Ainda que autorizado pelo órgão competente (o que lhe confere a prerrogativa de comercializar), e mesmo que dependesse deste a instituição de critérios direcionados à melhor orientação do consumidor, tal assertiva só vem a fortalecer o direito da apelada, já que sua foi a omissão.

O artigo 12 do Código que dispõe sobre a proteção do consumidor (Lei n. 8.078/90) estabelece:

“O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informação insuficiente ou inadequada sobre sua utilização e riscos” (grifo), ou seja, ainda que inexistisse culpa, a responsabilidade do fabricante emerge desta e de Norma Constitucional que a instituiu (artigo 170, inciso V). Tal questão, no entanto, restou suprida, já que indiscutível o vínculo obrigacional do apelante à luz dos artigos 159 e 1.522, combinado com o inciso III do art. 1.521 do Código Civil, anotando-se que em face dos riscos inerentes à atividade que explora, obtém indubitável compensação pecuniária,

cujo lucro constitui forte indicio de sua permanência no mercado”.

A propósito:

“A responsabilidade objetiva sustenta a obrigação de ressarcir o dano se não se detectar qualquer culpa do consumidor ou de terceiro, visto que é causa excludente da responsabilidade do fornecedor, no sentido genérico, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (arts. 12, § 3º, III, e 14, § 3º, II, do Código). Assim se houver a culpa exclusiva do próprio consumidor ou de um terceiro, não há responsabilidade do fornecedor que sustente o efeito ressarcitório” (Tupinambá Miguel Castro do Nascimento in “Comentários ao Código do Consumidor”, 1ª ed., 1991, págs. 78/79).

Constitui preceito cogente o critério do exame da prova pelo magistrado:

“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” (CPC, artigo 131).

Não pode, contudo, “...utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, CPC Comentado, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 439).

À guisa dessa norma, impende reconhecer-se que a análise dos elementos fáticos e jurídicos foi realizada de modo equânime, até porque, assim como qualquer outro consumidor, a apelada não estava obrigada a dirigir-se à sede do laboratório para, só então, aplicar os produtos. Para reforçar o que disse o Togado, pode-se dizer que a relação de causa e efeito, no contexto das provas, transpôs o quadro de mera presunção para a efetiva e real verossimilhança, donde o inconformismo do apelante parece mais uma tentativa, lídima porém infundada, de escusar-se de responsabilidade evidente.

Ademais:

“O Código do Consumidor facilitou consideravelmente a defesa dos seus direitos. Adotou a figura da possibilidade de inversão do ônus probatório. Quando os fatos alegados pelo consumidor forem verossímeis ou quando o consumidor for hipossuficiente, o ônus da prova passa a ser do fornecedor-réu, que terá de provar que a

alegação do consumidor não é verdadeira. Inverte-se o ônus da prova para se igualarem as partes diante do processo” (Tupinambá M. C. Nascimento, ob. cit., págs. 28/29).

O dano moral assim como os demais consectários da condenação foram estabelecidos de modo inconteste, desmerecendo maiores contornos do que aqueles imprimidos pelo Juiz.

Nesse contexto, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

A Câmara, em votação unânime, negou provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 14 de setembro de 1999.

Eder Graf,

Presidente com voto;

Cláudio Barreto Dutra,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.001192-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Alimentos — Embargos à execução — Convenção bilateral em relação ao encargo a ser satisfeito pelo alimentante — Mês de férias — Atendimento das despesas prementes — Mera liberalidade — Isenção do pagamento neste período — Hipótese não prevista expressamente no acordo — Direito, ademais, indisponível — Previsão normativa acerca do procedimento apto à modificação de cláusula livremente pactuada (Lei n. 5.478/68, art. 13) — Sentença parcialmente reformada — Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.001192-2, da comarca da Capital (2ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões), em que é apelante I. B. G. representado por sua mãe, L. de C. B., sendo apelado A. S. G.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, prover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na 2ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões da comarca da Capital, A. S. G. opôs embargos à execução de pensão alimentícia aforada por L. de C. B., representando o menor I. B. G.

Disse ser pretensão da embargada receber R\$ 500,00 a título de pensão em atraso; R\$ 500,00 destinados ao ressarcimento das despesas com empregada doméstica; R\$ 350,00 de diferença dos valores pagos a este título; R\$ 410,00 pelas despesas com material escolar e transporte; R\$ 206,50 pelos gastos com psicólogo; R\$ 90,28 do curso de inglês; R\$ 59,16 dos aluguéis do telefone; bem como transferir a propriedade do imóvel e de um ramal telefônico para o nome do filho menor do casal.

Após discorrer sobre o histórico do processo, levantou a preliminar de ilegitimidade ativa porque o titular da pensão é o menor e não a autora, requerendo, em face disso, o indeferimento da inicial.

No mérito, aduziu que os alimentos não foram pagos porque o filho esteve na sua companhia, tendo cus-

teado todas as despesas naquele mês. Com isto, acrescentou, viu-se desobrigado do encargo tendo em vista que o acordo estabeleceu que aludido percentual destinaria exclusivamente para o sustento de I.

Mais adiante, disse também que deixou de pagar o salário da empregada no mês de fevereiro, pelo fato de esta não ter acompanhado o menino por ordem da exequente, e porque precisou contratar outra profissional para aquele período.

Descreveu alguns dos pagamentos que fez à embargada e contestou o salário da babá, bem como o fato desta não poder acompanhar o menor nos períodos em que está na sua companhia.

Asseverou que as despesas relacionadas nos itens d, e, f e g da inicial não foram pagas porque a embargada recusou-se ao recebimento, e requereu o indeferimento liminar do pedido ou, no mérito, sua improcedência.

Recebidos os embargos, a embargada manifestou-se dizendo que o defeito de representação foi sanado e que, em matéria de mérito, o embargante não tem razão.

A corroborar a tese que sustenta, colacionou ensinamentos jurisprudenciais e fez referência ao acordo firmado por ambos, dizendo que eventual mudança não se submete ao arbítrio de um, somente.

Instadas a dizer sobre as provas, as partes se manifestaram conforme fls. 13 e 18/19.

Com vistas dos autos, o representante do Ministério Público opinou pela improcedência dos embargos.

Decidindo o feito, o juiz acolheu-os parcialmente.

O embargado recorreu, defendendo a reforma da sentença na parte em que foram excluídos os cinco salários mínimos da pensão do mês de fevereiro/96, oportunidade em que acrescentou que algumas despesas prementes estariam em atraso por culpa do inadimplemento do embargante.

Requeru o provimento do recurso, a fim de que fosse reconhecido o direito sobre a pensão alimentícia do mês de fevereiro/96, reformando-se, em parte, a sentença.

Com a prova do preparo e contra-arrazoado o recurso, os autos foram com vistas ao Ministério Público, que se posicionou no sentido de prover o reclamo, no que foi seguido por seu par de Segundo Grau.

É o relatório.

II — Voto

A mãe do apelante e o apelado, após seis anos de convívio, desfizeram a união e convencionaram, em relação ao filho comum, o pagamento de alimentos. O acordo foi homologado em Juízo (fls. 13, autos apensos) e estabeleceu, na cláusula 3, o seguinte:

“Para manutenção do filho, o pai contribuirá da seguinte forma:

“3.1. Com 5 (cinco) salários mínimos mensais, sendo a quantia depositada na conta n. 37.0203-0, Banco do Brasil, Agência Centro n. 0016-7, Florianópolis, em nome da mãe do menor, até o dia 30 de cada mês;

“3.2. Com os pagamentos do colégio, material escolar, bem como cursos extracurriculares;

“3.4. Assistência médica, devendo as consultas serem realizadas com médico indicado pelo pai. Em casos de emergência, a mãe fica autorizada a realizar consulta do menor com médico de livre escolha, apresentando neste caso o recibo para fins de ressarcimento. O pai arcará, também, com o pagamento dos medicamentos, mediante apresentação das notas, propiciando o ressarcimento à mãe;

“3.5. O pagamento de empregada doméstica, incluindo os encargos legais”.

Assim, por expressa disposição da vontade, o apelado assumiu referidos encargos para com seu filho que, até a instauração do procedimento executivo, vinham sendo satisfeitos a contento.

Os alimentos, ensina Cahali, “são devidos na medida das necessidades atuais do alimentando e dos recursos do alimentante; podendo, pois, a obrigação cessar, se o alimentante deixa de possuir recursos ou alimentário deixa de necessitar” (“Dos Alimentos”, 2ª ed., RT, pág. 124), e no contexto da questão em exame, o mês de fevereiro de 1996 constituía, realmente, período em que o credor deles não necessitava, uma vez que, além da companhia do pai, teve todas as despesas pagas por ele, conforme registram a inicial e a impugnação.

A insurgência reside neste ponto.

Valendo-se da tese de que os cinco salários mínimos tinham por des-

tinuação tão-somente as chamadas “despesas de bolso” ou “gastos normais” é que o Togado entendeu pertinentes os argumentos do devedor, já que as outras, provenientes de despesas escolares (curriculares e extracurriculares), médico-odontológicas e com medicamentos, eram satisfeitas isoladamente.

Daí por que, à primeira vista, corretos estavam o apelado e o julgador quando optaram pela isenção do encargo naquele mês.

Porém, tanto a convenção, firmada e homologada em Juízo, quanto o fato da pensão ser destinada ao menor, são situações que não comportavam a solução imprimida em Primeiro Grau que, nesse contexto, transgrediu direito indisponível.

Dois são os motivos da reforma: primeiro porque o ajuste resultou de ato de vontade das partes (principalmente do apelado, maior e capaz), que estabeleceram livremente a forma de seu cumprimento; e, segundo, porque a renúncia aos alimentos, além de defesa em lei (CC, artigo 404), não poderia ser exercida por quem deles não era credor.

Mesmo frente ao argumento de que naquele mês do verão de 1996 bancou todas as despesas do filho, até porque a mãe, no mesmo período, viajou para outro Estado da Federação (fls. 29), tal situação não espelha o ajuste firmado inicialmente, pois ainda que as necessidades prementes como alimentação e vestuário fossem supridas diretamente pelo apelado, sabe-se que tal verba, na acepção que se lhe empresta a doutrina, não se restringe ao “gasto

de dar de comer ao alimentando” (in fls. 30). Aliás, conforme registrou o ilustre representante do Parquet de Primeiro Grau, muitas despesas, mesmo sem o uso, são perenes (taxas mínimas de água, luz, telefone, tributos imobiliários) enquanto outras demandam prazo para quitação, como as de suprimentos destinados à manutenção (fls. 46).

Por fim, registre-se que não obstante fixadas as condições das visitas ao filho, o acordo silenciou em relação ao período das férias e nada disse quanto a eventual isenção do encargo, fazendo crer que se o apelado optou em ter o filho em sua companhia durante aquele interstício, o fez por liberalidade sua, não implicando este fato na dispensa da obrigação, cuja isenção ou modificação reclama a observância do procedimento previsto na Lei n. 5.478/68 (artigo 13).

Nesse sentido:

“Só em revisional pode ser modificado acordo para prestar alimentos já homologados judicialmente” (Theotônio Negrão. “Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor”, 28ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 759).

Ainda a respeito, RT 541/649.

Quanto aos honorários do procurador do embargado, a fixação deve obedecer o preceito do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, pois, na lição de Yussef Said Cahali, “não há, porém, critério rígido quanto à base de incidência; segundo o entendimento dominante, os honorários de advogado incidem sobre o valor da causa, que, na ação de alimentos, é representado pela soma de 12 pres-

tações mensais, pedidas pelo autor (CPC, art. 259, VI), remanejado, naturalmente, este valor, para ajustar-se ao valor da pensão mensal deferida pela sentença; embora se possa admitir, também, a fixação dos honorários em quantia certa desde logo, correspondente ao valor de uma prestação alimentar (RJTJSP 7/165)" ("Honorários Advocáticos", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, pág. 1.005) (grifo).

O provimento do recurso é a medida mais acertada

III — Decisão

Sem divergência de votos, a câmara deu provimento ao recurso, para julgar improcedentes os embargos opostos por A. S. G. e condená-lo a pagar ao apelado I. B. G. a pensão ali-

mentícia do mês de fevereiro de 1996, no importe de 5 (cinco) salários mínimos, que deverá ser acrescida de juros legais a partir da citação (29/5/96, fls. 26 da execução), além dos honorários de seu procurador, que são fixados na forma do artigo 20, § 4º, do CPC, e corresponderão a uma prestação alimentar, ou, 5 (cinco) salários mínimos, mais as custas processuais por inteiro.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 18 de maio de 1999.

Eder Graf,

Presidente com voto;

Cláudio Barreto Dutra,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 48.645, DE SÃO JOSÉ

Relator designado: Des. Newton Trisotto

Hipoteca — Condomínio — Unidade autônoma — Divisibilidade.

A indivisibilidade da hipoteca resulta de lei (CC, art. 758) e não da sua própria natureza. Também por força de lei, no condomínio horizontal cada unidade é considerada propriedade autônoma (Lei n. 4.591/64, art. 1º). Tais condomínios, sem regulamentação no ordenamento positivo quando promulgado o Código Civil, têm características que impõem se considere divisível a hipoteca onerosa do conjunto do empreendimento para assegurar-se aos proprietários das unidades o direito de vê-las liberadas do gravame quando integralmente pago o preço.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 48.645,

da comarca de São José (2ª Vara Cível e Registros Públicos), em que é

apelante Halpha Sul — Incorporações, Construções e Empreendimentos Ltda., sendo apelado Haroldo José Ramos:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Haroldo José Ramos ajuizou “ação ordinária de preceito cominatório” contra Halpha Sul — Incorporações, Construções e Empreendimentos Ltda., visando compeli-la a liberar da hipoteca o apartamento que dela adquirira.

Apresentada a defesa, o Dr. Jaime Luiz Vicari julgou procedente o pedido.

Inconformada, a vencida opôs recurso de apelação. Insiste que não tem condições de cumprir o julgado pois que o gravame incide sobre todo o imóvel, recusando-se o credor a liberar a hipoteca enquanto não liquidada integralmente a dívida. Disse que ajuizou “ação ordinária de quitação de hipoteca” objetivando demonstrar que o agente financeiro não pode continuar prejudicando a apelante e os vários adquirentes de unidades em todo o edifício.

A apelada propugna a confirmação do decismum.

II — Voto

1. A indivisibilidade da hipoteca decorre de lei e não da própria natureza (CC, art. 758). A respeito, ensina Sílvio Rodrigues:

“A hipoteca, como todos os direitos reais de garantia, é indivisível (CC, art. 758; v., ainda, n. 188, supra), no sentido de que o imóvel dado em garantia e cada uma de suas partes ficam sujeitos ao resgate da dívida inteira e de cada uma de suas partes. De sorte que o pagamento parcial do crédito não exonera parcialmente o imóvel onerado.

“Sustenta Lafayette (ob. cit., § 176, pág. 414) que a indivisibilidade da hipoteca decorre de uma dificuldade prática em se reduzir a garantia cada vez que haja um pagamento parcial; é da maior conveniência do credor, que não deseja ver diminuída, antes prefere ver aumentada, a sua garantia.

“Note-se que a indivisibilidade não é da coisa dada em garantia, ou da dívida garantia, as quais, uma e outra, podem ser divisíveis. Mas do vínculo real que, a despeito do resgate parcial da obrigação, continua recair sobre a coisa inteira” (Direito Civil, Saraiva, 1996, 23ª ed., V/373).

No entanto, nada impede que as partes convençam a sua divisibilidade, hipótese expressamente prevista no dispositivo legal inicialmente citado. Sobre a exceção, anotam Maria Helena Diniz e Caio Mário da Silva Pereira:

“Porém esse seu caráter indivisível pode ser afastado se se estipular, por convenção, que o pagamento parcial libera alguns bens gravados, principalmente se forem diversos e autônomos como unidades econômicas” (Curso de Direito Civil brasileiro, 4º volume — Direito das Coisas, Saraiva, 12ª ed., 1996, págs. 443/4).

“Outra questão a merecer as explicações do civilista, e atrair as suas vistas em estudo paralelo à faculdade de alienação, é a referência do art. 4º da lei ao direito de dar em hipoteca a unidade autônoma. O art. 757 do Código Civil brasileiro proibia que o imóvel em comunhão fosse dado em hipoteca sem o consentimento de todos os condôminos, e vedava o seu registro, sem a anuência de todos os co-proprietários, ou divisibilidade manifesta. Permitindo a hipoteca e a anticrese sem a manifestação acorde dos demais, o Dec. n. 5.481 tolera que o proprietário dê livremente em hipoteca ou anticrese o seu apartamento, acompanhado da quota-parte nas coisas comuns. Ora, é mais que velho o conceito, segundo o qual a hipoteca induz um começo de alienação. O bem pode ser hipotecado, pode ser praxeado na excussão hipotecária, pode ser adjudicado ao credor hipotecário, pode ser remido pelo executado ou pelo cônjuge, ou descendentes ou ascendentes do devedor, e, em todos esses casos, o domínio irá livremente para terceiro, estranho ao condomínio. Destarte, no art. 3º, o Decreto n. 5.481 abria outra exceção aos princípios do Código Civil, pois enquanto mantém aquele o caráter indivisível e inalienável do solo em que assentam o edifício e suas instalações, este declara que a parte de cada um na coisa em comunhão somente pode ser objeto de garantia real se for ela divisível. Daí se infere que a lei especial criou um tratamento também especial para a constituição de ônus real, tendo por objeto o apartamento com a quota-parte do respectivo proprietário nas coisas comuns, e assim fez, por entender que a unidade autônoma constitui uma propriedade

independente, como se fosse um prédio, e como tal francamente alienável, sem os tropeços e restrições opostos à disponibilidade da parte do condômino, na coisa comum.

“Não fora a regra geral especificamente instituída quanto à hipoteca e à anticrese do apartamento, e haveria problema de difícil solução, pois que não é possível dissociar a propriedade exclusiva da compropriedade, e esta não seria suscetível de ônus real. Como, porém, os dois direitos dominiais — individual e comum — são indivisíveis, a hipoteca do apartamento arrasta o ônus sobre a quota ideal no solo e partes de uso coletivo, em razão daquela unidade orgânica dos direitos. Nossa lei, ao contrário do que faz a chilena, a belga, a espanhola, é omissa a respeito da hipoteca sobre os edifícios em construção, ou mais exatamente, dos apartamentos a construir. No nosso direito, como no argentino, o problema existe. Neste último, e segundo a opinião de Racciatti, a idéia da hipoteca sobre o apartamento a construir choca com o conceito da acessoriedade por ele sustentado, já que lhe parece que o apartamento é o principal e a quota ideal do solo e das coisas comuns o acessório. No entanto, Frédéric Aéby defende, no direito francês, a faculdade de hipotecar, ainda mesmo tendo por objeto unidades a construir, com possibilidade de abranger as edificações que se levantem em terreno alheio (Aéby, *Propriété d'Appartements*, n. 155).

“Para nós, porém, que enxergamos na propriedade horizontal uma simbiose orgânica da propriedade e da compropriedade, nenhuma dúvida existe em que o condômino do

solo, isoladamente ou em conjunto com os demais consortes, pode dar em hipoteca a sua quota ideal do terreno, ajustando que ao apartamento, quando for construído, se estenda o ônus real, porque, neste instante, fará um complexo jurídico inseparável com a co-propriedade do solo. Por outro lado, se a lei permite a criação do gravame sobre a unidade autônoma, equiparando-se a uma casa, nenhum tropeço haverá em que, a similitude do que se passa com esta, suscetível de hipoteca em fase de construção ou mesmo em projeto, suporte o gravame como bem em estado potencial, com a conseqüente concretização, à medida que sai da fase de mera expectativa e se converte em realidade material. Esta constituição de hipoteca sobre o apartamento não construído com repercussão indireta sobre a fração ideal das partes comuns, é admitida também no direito belga” (Condomínio e Incorporações, Forense, 1ª ed., 1965, págs. 147/8).

Deles não discrepa a jurisprudência:

“O caráter de indivisibilidade da garantia não é absoluto, podendo ocorrer a exoneração da unidade quitada, não só nas hipóteses que o art. 758 do Código Civil prevê, mas também em face da natureza do próprio contrato” (TACRJ, AC n. 8.369/92, Juiz Carlos Ferrari).

Do voto do relator, transcrevo o excerto que segue:

“Invoca-se o art. 758 do Código Civil como suporte da penhora efetivada. Esse dispositivo consagra o princípio da indivisibilidade da ga-

rantia. Por força dele, a hipoteca subsistiria em sua totalidade, exatamente como constituída. Esse caráter, contudo, que não é da essência da hipoteca, mas criação da lei (conf. Caio Mário da Silva Pereira, ‘Instituições de Direito Civil’, vol. IV, n. 356-E), não é absoluto, estabelecendo a lei exceções que conduziram à exoneração da garantia: disposição expressa em contrário no título, ou na quitação. Mas não há o intérprete que limitar-se apenas às duas hipóteses aludidas na lei, incumbindo-lhe ampliá-las para ajustá-las às condições econômicas atuais, tão diversas daquelas vigentes nos albores do século que ora finda. Observou Carlos Maximiliano (in ‘Hermenêutica e Aplicação do Direito’, n. 169) que já os antigos juristas romanos, longe de se aterem à letra dos textos, porfiavam em lhes adaptar o sentido às necessidades da vida e às exigências da época, acrescentando que ‘não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. Se as normas positivas se não alteram à proporção que evolue a coletividade, consciente ou inconscientemente a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes, imprevistas. A jurisprudência constitui, ela própria, um fator do processo de desenvolvimento geral’. As modernas relações econômicas e sociais, muitas vezes de características complexas, motivaram conflitos que não podem ser solucionados à luz de

textos ditados por uma realidade que se modificou muito. Aquilo que se chamou de sistema habitacional financeiro gerou relações complexas entre todas as pessoas que se envolvem na aquisição da casa própria, desde a incorporadora, passando pelo adquirente e pelo agente financeiro, até chegar ao próprio organismo que o governo criou para gerir todo o sistema. Essa multiplicidade de situações mal poderia ser antevista pelo legislador nos primeiros anos do século, até porque ele ainda tinha um pé fincado no século anterior. As transformações sociais e econômicas foram brutais a partir do final da 1ª Guerra e se acentuaram a partir da segunda metade do século. Essas transformações provocaram o êxodo da população rural em direção aos centros urbanos, que de repente se defrontaram com o problema do débito habitacional, que, no Brasil, o governo procurou solucionar com a instituição do sistema aludido e a criação do Banco Nacional de Habitação. Desgraçadamente, não houve a preocupação de cercar o sistema de uma legislação moderna e eficiente, capaz de estabelecer segurança jurídica a todas as partes envolvidas e garantir o próprio êxito do plano. O sistema financeiro foi, sem dúvida, fortalecido e protegido, o mesmo não acontecendo, porém, com relação aos mutuários, que se vêem a cada passo obrigados a recorrer ao Judiciário para defesa dos seus direitos. Estes autos trazem à tona uma situação verdadeiramente absurda, kafkiana: os apelantes cumpriram todas as obrigações que os contratos lhes

impuseram, inclusive as ajustadas com o agente financeiro, e, não obstante, não conseguem alcançar a liberação do imóvel que adquiriram do gravame que sobre ele recai. No entanto, empecilho não há na lei para que lhes seja atendida a pretensão. O artigo 758 não é exaustivo ao estabelecer as exceções à regra que ele instituiu: elas podem — e devem — ser ampliadas de modo a ajustar o dispositivo à realidade econômica atual. É da própria natureza dos contratos que se extrai a exoneração da garantia pelo pagamento de todas as prestações. Se esse efeito ele não tivesse, nenhum sentido faria, como já foi referido, a atribuição a cada adquirente de parcela do total do financiamento concedido pela apelada à executada, como sentido não faria o pagamento que os apelantes fizeram à embargada da aludida parcela, não obstante eles não tivessem utilizado o financiamento que lhes fora prometido. Reporta-se, também, mais uma vez, à cláusula 32 da escritura de ratificação, na qual ficou expresso que as prestações da parte devida à incorporadora deveriam ser pagas à morada, no resguardo do interesse dos próprios adquirentes.

“Enfim, em se tratando de negócio submetido às mesmas regras que regulam o sistema financeiro de habitação, uma vez pagas pelo adquirente todas as prestações pactuadas, a unidade adquirida desvincula-se da hipoteca constituída”.

Há precedente do Tribunal de Alçada de Minas Gerais no mesmo sentido:

“Em se tratando de transação mutuária, não descaracteriza a indivisibilidade da hipoteca a sua liberação, face a liquidação de dívida de unidade autônoma, persistindo a garantia em toda sua plenitude, mesmo que venha dividir-se a coisa gravada” (RJTAMG, 34/37-184).

Nesse acórdão, disse o relator, Juiz Hugo Bengtsson: “Ora, o banco concedeu à Construtec um financiamento dentro do subprograma Recon do BNH. Isto significa que o débito seria repassado, proporcionalmente, ao adquirente de cada unidade autônoma, sem que com isso se descaracterize o elemento indivisibilidade de que se reveste o instituto da hipoteca. Isso é da essência da transação mutuária, liberando-se a hipoteca correspondente a cada uma, à medida em que se liquidarem os respectivos débitos pelos adquirentes”.

Na sempre lembrada e repetida lição de 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 prevêm merecendo ser modelada, conforme o caso, segundo as peculiaridades de casos atípicos” (RJTJESP 102/27).

Destaca o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, “a melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo da exegese dos textos legais pode levar a injustiças” (RSTJ 4/1.555). Em outro voto, consignou Sua Excelência:

“O Direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se mo-

vem, pensam, agem, mudam e se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar, como, ainda, as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil.

“Indo além dos contrafortes dos métodos tradicionais, a hermenêutica dos nossos dias tem buscado novos horizontes, nos quais se descortinam a atualização da lei (Couture) e a interpretação teleológica, que penetra o domínio da valorização, para descobrir os valores que a norma se destina a servir, através de operações da lógica do razoável (Recaséns Siches).

“Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando contra a lei, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum.

“Como afirmou Del Vecchio, a interpretação leva o Juiz quase a uma segunda criação da regra a aplicar. Reclama-se, para o juiz moderno, observou Orosimbo Nonato na mesma linha de raciocínio, com a acuidade sempre presente nos seus pronunciamentos, quase que a função de legislador de cada caso, e isso se reclama exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e

social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ela contém” (RSTJ 26/378).

Sem dúvida, há que se atentar para o fato de que “o Direito preocupa-se com a justiça material” e “o Judiciário não pode contentar-se com o aspecto formal das normas jurídicas” (Min. Vicente Cernicchiaro, JB 163/141). Se ao aplicador da norma legal parecer, no caso concreto, “que o seu conteúdo é injusto e a sua incidência se coloca em choque com a finalidade social que toda lei deve ter, imperiosa é a interpretação de texto, a fim de que se verifiquem as razões que determinaram a sua edição, as circunstâncias específicas em que foi concebida e a finalidade de sua aplicação” (TJPR, Revista Jurídica, 194/61).

Conforme com Carlos Maximiliano, “não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. Se as normas positivas se não alteram à proporção que evolve a coletividade, consciente ou inconscientemente a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes, imprevistas. A jurisprudência constitui, ela própria, um fator do processo de desenvolvimento geral; por isso a Hermenêutica se não pode furtar à influência do meio no sentido estrito e na acepção lata; atende às conseqüências de determinada exegese: quanto possível a evita, se vai causar dano, econômico ou moral, à comunidade. O intuito de imprimir

efetividade jurídica às aspirações, tendências e necessidades da vida de relação constitui um caminho mais seguro para atingir a interpretação correta do que o tradicional apego às palavras, o sistema silogístico de exegese.

“Desapareceu nas trevas do passo o método lógico, rígido, imobilizador do Direito: tratava todas as questões como se foram problemas de Geometria. O julgador hodierno preocupa-se com o bem e o mal resultantes do seu veredictum. Se é certo que o juiz deve buscar o verdadeiro sentido e alcance do texto; todavia, este alcance e aquele sentido não podem estar em desacordo com o fim colimado pela legislação — o bem social. (...) A própria evolução desta ciência realiza-se no sentido de fazer prevalecer o interesse coletivo, embora timbre a magistratura em o conciliar com o do indivíduo. Até mesmo relativamente ao domínio sobre imóveis a doutrina mudou: hoje o considera fundado mais no interesse social do que no individual; o direito de cada homem é assegurado em proveito comum e condicionado pelo bem de todos. Eis porque os fatores sociais passaram a ter grande valor para a Hermenêutica, e atende o intérprete hodierno, com especial cuidado, às conseqüências prováveis de uma ou outra exegese.

‘O Direito constitui apenas um fragmento da nossa cultura geral, que é particular e inseparavelmente ligada às correntes de idéias e necessidades éticas e econômicas’. Não basta conhecer os elementos lógicos tradicionais: opte-se, na dúvida, pelo sentido

mais consentâneo com as exigências da vida em coletividade e o desenvolvimento cultural de um povo; atenda-se também à praticabilidade do Direito” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense, 1988, 10ª ed., págs. 157/8).

Segundo Riper, “quando a lei ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando a lei”.

Na interpretação ao artigo 758 do Código Civil, não há como desprezar essas lições. O Código Civil é do início do século. Conforme anotou o Juiz Carlos Ferrari, os legisladores não previram o crescimento da construção de enormes edifícios compreendendo unidades residenciais e/ou comerciais autônomas. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira (Condomínio e Incorporações, Forense, 1976, 3ª ed., pág. 66), apenas em 1928 a divisão do prédio em andares foi disciplinada em lei (Decreto n. 5.481, de 15/6/28).

Data venia, não me parece razoável inadmitir a divisibilidade da hipoteca se liquidado o débito relativo à unidade autônoma cujo preço foi integralmente pago, mantendo-se o gravame sobre todas elas até que o último devedor liquide a sua dívida. Se o pagamento foi realizado à incorporadora e não repassado ao agente financeiro, deve ser assegurado ao proprietário ação para compeli-la a fazê-lo sob pena de multa.

No caso sub judice, reconhece a apelante que o apelado liquidou sua dívida. Afirma que o agente financeiro se recusa a liberar a hipoteca sobre a unidade por ele adquirida. Também assevera que ajuizou ação contra ele. Nenhuma das alegações restou comprovada, nem mesmo

juntou cópia do contrato para demonstrar que havia previsão da divisibilidade da hipoteca, para liberação das unidades cujo preço fora pago.

Se tivesse repassado o pagamento ao agente financeiro e este efetivamente se recusado a liberar a hipoteca incidente sobre a unidade de propriedade do apelado, deveria ter-lhe denunciado à lide. Se a incorporadora já repassou ao agente financeiro o numerário recebido do apelado, nada mais lhe devendo por conta do apartamento a ele vendido, poderá reclamar dele o ressarcimento da importância despendida a título de multa pelo descumprimento da ordem judicial.

3. Pelas razões expostas, votei pelo desprovimento do recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik, e, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 4 de dezembro de 1997.

Anselmo Cerello,
Presidente;
Newton Trisotto,
Relator.

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

A controvérsia dos autos gira em torno de um único ponto, qual seja a indivisibilidade ou não da hipoteca

ajustada pela Incorporadora com o Agente Financeiro. A maioria vencedora defendeu a tese de que o caráter da indivisibilidade da garantia real não é absoluto, devendo o intérprete do Direito buscar a solução mais justa, que, na espécie, lhe pareceu ser aquela que reconhece a possibilidade de liberação parcial do ônus.

Ouso, no entanto, divergir desse respeitável entendimento, porque na hipótese, e isto é importante salientar, o gravame hipotecário foi instituído pela Incorporadora sobre toda a incorporação, e não pelos adquirentes das respectivas unidades sobre as adquiridas por cada um, o que, se fosse, mereceria evidentemente o tratamento ministrado pela preclara maioria.

A questão, de resto, é disciplinada pelo art. 758 do Código Civil, acerca do qual ensina o acatado Wilson Bussada:

“A doutrina vem encarando essa característica da hipoteca como ato voluntário das partes, para melhor garantia do credor (Tito Fulgêncio, *Direito Real de Hipoteca*, Rio, Forense, 1960, vol. I/55; J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio, Livraria Freitas Bastos, 1944, 3ª ed., vol. X/40), destacando Orlando Gomes seu significado: ‘O ônus real grava a coisa na sua totalidade e em todas as suas partes, pouco importando que seja dividida ou que a dívida seja amortizada’ (*Direitos Reais*, Rio, Forense, 1969, t. 2º/498).

“Daí destacar a lição de Caio Mário da Silva Pereira que: ‘A indivisibilidade é da hipoteca em si. Não depende da indivisibilidade da coisa hipotecada nem tem o poder de gerá-la. Permanece o bem tal qual era,

suscetível ou não de fracionamento. A indivisibilidade reside, desta sorte, no vínculo que liga a coisa à obrigação’ (*Instituições de Direito Civil*, Rio, Forense, 1970, vol. IX/258). E mais adiante: ‘O ônus hipotecado não se levanta sem o pagamento integral do débito garantido, ainda que a obrigação não seja solidária’ (idem, *ibidem*).

“Havendo, pois, pluralidade de devedores, se um deles paga parte da dívida o ônus hipotecário não se extingue parcialmente. O enunciado é de parêmia romana: *Tota in toto et tota in qualinet parte rei*” (*Hipoteca Interpretada pelos Tribunais*, 2ª ed., Editora Liber Juris, 1986, págs. 54/55).

É, outrossim, do magistério de Washington de Barros Monteiro:

“Subsiste assim a garantia, em toda a sua plenitude, mesmo que a obrigação seja solvida em parte, ou venha a ser dividida a coisa gravada. Sendo indivisível a hipoteca, somente por ato voluntário do credor pode a garantia ser desfalcada; do contrário, toda e qualquer parte do imóvel garante a dívida toda” (*Curso de Direito Civil*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1958, pág. 355).

Ora, no caso em apreço, quando da formalização do “Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda com Anuência da Credora Hipotecária”, o autor estava ciente que seu imóvel já se achava gravado com ônus hipotecário instituído pela própria Incorporadora, e que, mesmo sendo considerada a sua propriedade como unidade autônoma, tal gravame persistiria até o pagamento da integralidade do débito hi-

potecário assumido por ocasião da incorporação, especialmente porque não se clausulou especificamente no contrato, o que até seria possível, que solvida a obrigação referente a determinada unidade, seria esta liberada do ônus hipotecário.

Assim, pouco importa, para a solução da lide, o fato de ter o autor quitado integralmente o preço à Incorporadora, pois, volta-se a insistir, quando firmou ele o contrato de compra e venda era sabedor que sua unidade só ficaria liberada com o pagamento integral da dívida contraída por aquela com o agente financeiro.

Há que se reconhecer, portanto, que a hipoteca ajustada não se amolda à regra da exceção prevista na parte final do art. 758 do Código Civil, mas sim à norma geral do mesmo dispositivo, sendo, portanto, diante da ausência de expressa menção em contrário no título, indivisível.

Por tais razões é que votei pelo provimento do apelo.

Florianópolis, 2 de agosto de 1999.

Gaspar Rubik

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.002588-8, DE CAMPOS NOVOS**Relator: Des. Newton Trisotto**

Processual — Ação negatória de paternidade — Prazo para interposição — CC, art. 178, § 3º — Decadência — Autor — Esterilidade.

“As normas jurídicas hão de ser entendidas, tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando valores tidos como válidos em determinado momento histórico. Não há como interpretar-se uma disposição, ignorando as profundas modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos.

“Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do artigo 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação” (REsp. n. 194.866, Min. Eduardo Ribeiro).

Considerando o atual estágio da ciência — que viabiliza a realização de exames genéticos (DNA) que afirmam ou excluem a paternidade com margem de segurança próxima ao absoluto —, é de admitir-se a ação negatória de paternidade ainda que aforada quando já ultrapassado o prazo previsto no § 3º do art. 178 do Código Civil, notadamente quando, como na hipótese, à petição inicial foi acostado documento que comprova a esterilidade do autor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.002588-8, da comarca de Campos Novos (1ª Vara, Infância e Juventude e Registros Públicos), em que é apelante J. V. P. e apelado T. D. P., representado por seu curador J. P. N. da F.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para anular o

processo a partir da sentença, inclusive.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

J. V. P. ajuizou “ação negatória de paternidade c/c anulação de registro civil” contra T. D. P.

Na petição inicial, relata que foi casado com N. S. D. P. e que, durante o casamento, nasceu o requeri-

do (11/7/87). Com o falecimento da mulher, a mãe desta aforou ação visando obter para si a guarda do menor. Acrescentou que, "há poucos meses, no entanto, o requerente foi surpreendido com notícia de que T. não era seu filho, mas sim de outra pessoa, com a qual sua ex-esposa tivera relacionamento". Preocupado com esse comentário, realizou exames que confirmaram a sua impotência generandi. Com a ação aforada pretende que seja declarada a inexistência de sua paternidade e retificado o registro civil do requerido.

Apresentada a defesa pelo curador nomeado e ouvido o representante do Parquet, o Dr. Luiz Cesar Schweitzer julgou extinto o processo. Fê-lo ao argumento de ter o autor decaído do direito à ação negatória de paternidade (CC, art. 178, § 3º).

O vencido interpôs apelação, na qual rebate a tese afirmada na sentença. O apelado propugna a confirmação do decisum.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso.

II — Voto

1. Do parecer do Procurador de Justiça Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, transcrevo o excerto que segue:

"O presente recurso, tem-se a impressão, merece ser conhecido e provido para, afastando-se a decadência, determinar a produção das provas requestadas para aferição da verdade real.

"Sobreleva registrar, desde logo, que ao intérprete do Direito incumbe a tarefa precípua de aplicar as normas em consonância com os fins que norteiam o ordenamento jurídico. Na verdade, a leitura fria de uma norma, sem levar em consideração o contexto cultural na qual está inserida e as consequências dela advindas, afasta o aplicador do Direito do ideal de Justiça que deve permear todas as decisões judiciais.

"É absolutamente inegável que o direito de família sofreu profundas e radicais transformações desde a promulgação do Código Civil nos idos de 1916, e que as relações familiares do século XIX (que inspiraram a sua elaboração) assentavam-se sobre o patriarcalismo, que conferia ao varão a autoridade de autêntico pater familias com o poder de decisão final sobre os rumos a serem tomados pelos demais membros familiares.

"As regras editadas naquele contexto devem ser nele compreendidas, para que, revestindo-se de alguma plasticidade, possam adequar-se à concepção de família instituída pela nova ordem constitucional e informada pelos valores sociais então vigentes, resguardando-se, sobremaneira, o interesse da criança.

"Há de se reconhecer o dissenso jurisprudencial que gravita em torno da questão em debate, tão bem salientado pelo douto Magistrado no momento da prolação da decisão hostilizada.

"Todavia, tem-se a impressão, que diante das peculiaridades que envolvem o caso sub examen, deve

ser afastado o prazo decadencial imposto pelo art. 178, § 3º, do vetusto Diploma Substantivo Civil.

“O legislador pátrio, ao estabelecer prazo tão exíguo à interposição de ação negatória de paternidade, visou, sobretudo, a preservação da estabilidade familiar, em observância da preservação das relações familiares.

“À presunção de paternidade do nascituro havido na constância do casamento de marido presente só poderia ser elidida (consoante o disposto nos arts. 340 e 342 do Código Civil) em face da comprovação fática da impossibilidade de terem os mesmos coabitado no período de provável concepção e em sendo absoluta a ‘impotência’ do marido.

“Nem poderia o legislador nacional, diante dos conhecimentos científicos até então existentes, prever de forma contrária, uma vez que difícil um diagnóstico preciso acerca da esterilidade ou ainda de aferição de paternidade com a certeza hoje possibilitada com os exames de espermograma e DNA.

“Ante o avanço dos tempos, mister se faz que o aplicador, na inércia do legislador, possa adequar o Direito às novas exigências, sob pena de anacronismo e ineficácia da prestação jurisdicional.

“O apelante, com acuidade, defende a tese de que a Ação Negatória de Paternidade, em face dos relevantes interesses que podem resultar postos em cheque — família e filiação, ou, ainda, em razão de sua similitude à Investigatória de Paternidade, reveste-se de caráter de ação

de estado, resultando, portanto, imprescritível.

“Neste sentido, aliás, já se posicionou o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, da seguinte forma:

‘Negatória de paternidade — Prescrição — Inocorrência — Presunção de paternidade — Adultério da mulher — Não elisão.

‘Negatória de paternidade — Imprescritibilidade — Coabitação do casal à época da concepção — Presunção da paternidade do marido — Adultério da mulher — Não elisão — A negativa de paternidade, por se tratar de ação de estado, é imprescritível — O adultério da mulher não elide a presunção da paternidade do marido, se, à época da concepção do filho, o casal vivia sob o mesmo teto’ (TJMG — Apelação Cível n. 37.703/6 — comarca de Tombos — Ac. unân. — 3ª Câm. Cív. — rel. Des. Lúcio Urbano — Fonte: DJMG II, 22/11/95, pág. 1) (destaque nosso).

“Em sentido contrário, o colendo Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a vigência do art. 178, § 3º, do Código Civil. Todavia, como se pode ver da decisão a seguir transcrita, refere-se aquela Corte a elementos circunstanciais que corroboram a manutenção desse posicionamento.

‘Negatória de paternidade — Prescrição bimestral cabível — Marido — Ciência da gravidez da mulher antes do casamento — Configuração de confissão tácita da paternidade — Art. 178/CC, § 3º.

‘Ação negatória de paternidade cumulada com cancelamento de registro civil — Prazo de decadência. I — Prescreve em dois meses, contados

do nascimento, se era presente o marido, a ação para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher (art. 178, § 3º, do Código Civil). Consoante a melhor doutrina, se o marido, antes de se casar, tinha ciência da gravidez da mulher e, apesar disso, contraiu casamento, o seu ato deve ser interpretado como uma tácita confissão de que o filho é seu e, portanto, legítimo para todos os efeitos. II — Recurso não conhecido' (STJ — Recurso Especial n. 89.606 — São Paulo — Ac. 3ª T. — unân. — rel. Min. Waldemar Zveiter — j. em 14/4/97 — Fonte: DJU I, 9/6/97, pág. 25.534).

"No caso em exame, entendo, mesmo sem enfrentar a questão da natureza da ação negatória de paternidade (se ação de estado ou passível de decadência), ser possível a produção de provas a fim de que se busque a verdade real do alegado pelo apelante.

"Trata-se da alegação de desconhecimento de situação de impotência generandi, que se afigura absolutamente plausível ante a documentação apresentada aos autos.

"Aduz o apelante que os avós maternos e membros da família de sua falecida esposa haviam reconhecido a relação adulterina mantida por aquela na constância do casamento.

"Reputar legítima a filiação fundada em fraude da mãe adulterina, por ausência de previsão expressa, ou ainda fundada em dispositivo legal estabelecido no começo do século, afigura-se-me um contra-senso.

"O próprio Superior Tribunal de Justiça, em decisão relatada pelo eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, já reconheceu a necessidade

de que seja levada em consideração, no tocante ao direito de família, a perquirição da verdade material, em detrimento de formalismos que não se coadunam com o caráter instrumental do Direito. O acórdão em apreço encontra-se ementado da seguinte maneira:

'Negatória de paternidade — Presunção legal — Art. 240/CC — Prova — Possibilidade — Direito de família — Evolução — Hermenêutica — Recurso conhecido e provido.

'I — Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor. II — Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça. III — O Superior Tribunal de Justiça, pela relevância da sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana' (STJ — Recurso Especial n. 4.987 — Rio de Janeiro — Reg. n. 90.0008966-2 — Ac. por maioria da 4ª Turma — j. em 4/6/91 — publ. em 28/10/91 — DJU I, pág. 15.259).

"Por oportuno, em face da clareza e percuciência com que aborda a questão, passo a transcrever excerto da decisão acima, da lavra de seu eminente relator:

'In casu, estribando-se na letra de uma legislação que data de 3/4 de século, em julgamento antecipado, sem apreciação do mérito, e sem ensejar ao autor o acesso aos meios de prova hoje cientificamente existentes e admitidos, até demonstração

em contrário, pelo Supremo Tribunal Federal (RE n. 99.915—SP), por este Tribunal Superior (REsp. n. 700—RJ) e pela doutrina de ponta (Caio Mário, 'Instituições', Forense, V vol., 7ª ed., 1990, n. 413, pág. 202), as instâncias locais vedaram ao autor a produção de provas para a demonstração negativa da sua paternidade, mantendo a anátema que há séculos pesa sobre a filiação, que o romano, segundo registro do admirável civilista citado, qualificava de mistério no célebre brocardo *mater semper certa est, pater antem incertus*.

'O fetichismo das normais legais, em atrito com a evolução social e científica, não pode prevalecer a ponto de levar o Judiciário a manifestar-se, mantendo-se impotente em face de uma realidade mais palpitante, à qual o novo direito de família, prestigiado pelo constituinte de 1988, busca adequar-se.

'No caso de que se trata, merecem transcrição as lúcidas considerações do ilustre Subprocurador-Geral da República, Prof. Osmar Brina, homem de rara sensibilidade jurídica e humana, refletida em numerosos pareceres e estudos doutrinários:

'Penso que numa ação dessa natureza, e com essas características, todos os problemas de técnica processual devem ficar adstritos ao seu aspecto meramente instrumental e ceder lugar a alguns valores mais altos reconhecidos pelo direito natural implícitos no ordenamento jurídico. A preocupação com a verdade e a justiça é tamanha que não ocorrem os efeitos da revelia (CPC, art. 320, II) e nem mesmo a

confissão pode ser admitida (CPC, art. 351).

'(...)

'A Constituição Federal Brasileira, invocando princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 1º), assegura à criança o direito à dignidade e ao respeito (art. 227).

'Saber a verdade sobre sua paternidade é um legítimo interesse da criança. Um direito humano que nenhuma lei e nenhuma Corte pode frustrar.

'A menor, nestes autos, tem o legítimo e sagrado direito de obter a verdade sobre a sua paternidade. E será injusto e cruel privá-la de usar todos os recursos possíveis na busca dessa verdade por frio apego a ritos e formas processuais.

'Não é, pois, o interesse do autor recorrente mas, sobretudo, o direito da menor que se acha em jogo nestes autos'.

'Ninguém pode negar as enormes mudanças sociais e de comportamento das pessoas ocorridas desde a promulgação do Código Civil de 1916 até esta data.

'A atividade da mãe da criança, deixando correr à revelia a ação, tanto pode significar silêncio a um tempo recatado e indignado como uma negligência nonchalante. Mas, em qualquer das hipóteses, agride o direito da filha.

'A dignidade de uma criança fundamenta-se no amor, no respeito e no carinho a ela dedicados. E esses fatores não podem sobreviver quando ela é considerada uma farsa, fruto de outra farsa.

‘Certamente, nenhum julgamento conseguirá apagar as marcas psicológicas dos fatos veiculados nestes autos. Certamente, existe uma presunção relativa da paternidade da criança em questão. Certamente, o julgamento do processo definirá, definitivamente, os direitos patrimoniais e sucessórios. Mas é função primordial da Justiça velar para que ela própria não contribua para agravar os traumas que a vida dos pais da criança lhe impuseram’.

“Como destacado, em face da verossimilhança aparente das alegações do recorrente, resta evidente que não se trata de mera alegação de relacionamento adulterino que, por si só, não tem o condão de elidir a presunção de paternidade do marido presente, mas que o interesse do apelante transmigra-se para um flagrante interesse do menor de que seja desnudada a sua real filiação.

“Em situação correlata este egrégio Sodalício já se manifestou no sentido da preponderância da verdade real e da necessidade de produção de provas hábeis a aferir a paternidade, nos seguintes termos:

‘Agravado de instrumento — Direito de família — Ação de investigação de paternidade proposta por terceiro, a título de pai presuntivo — Presunção legal (art. 340) — Prova — Possibilidade — Evolução do direito familiar — Inteligência dos artigos 226, § 1º, e 227 da CF/88 — Recurso conhecido e desprovido parcialmente.

‘Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo

quando em prejuízo de legítimos interesses de menor.

‘Deve-se ensejar a produção de provas sempre que ela se apresentar imprescindível à boa realização da justiça, sem que se coaja a parte à submissão de exame de ordem pessoal que a exponha a certo constrangimento, podendo o julgador tirar da recusa, se houver, as conseqüências cabíveis.

‘Impõe-se a nomeação de curador especial ao menor investigado na ação de investigação de paternidade proposta por seu presuntivo pai biológico, dado que sua genitora e representante pode ter interesse antagônico.

‘O Poder Judiciário pela relevância da sua missão constitucional, não pode deter-se em sutilezas de ordem formal que impeçam a apreciação das grandes teses jurídicas que estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana’ (Agravado de Instrumento n. 96.012406-3, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello, 2ª Cam. Civ., j. em 26/6/97).

“À luz do exposto, opino pelo conhecimento do presente recurso e, no mérito, pelo seu provimento, a fim de que seja afastada a preliminar de decadência constante da decisão obliterada, prosseguindo-se com a produção das provas requestadas e futura decisão de fundo”.

Concordo inteiramente com os fundamentos do parecer reproduzido. Considerando o atual estágio da ciência — que viabiliza a realização de exames genéticos (DNA) que afirmam ou excluem a paternidade com margem de segurança próxima ao absoluto —, é de admitir-se a ação negatória de pa-

ternidade ainda que aforada quando já ultrapassado o prazo previsto no § 3º do art. 178 do Código Civil, notadamente quando, como na hipótese, à petição inicial foi acostado documento que comprova a esterilidade do autor.

Há outros julgados que reforçam a tese.

“Paternidade. Contestação.

“As normas jurídicas não de ser entendidas, tendo em vista o contexto legal em que inseridas e considerando valores tidos como válidos em determinado momento histórico. Não há como interpretar-se uma disposição, ignorando as profundas modificações por que passou a sociedade, desprezando os avanços da ciência e deixando de ter em conta as alterações de outras normas, pertinentes aos mesmos institutos jurídicos.

“Nos tempos atuais, não se justifica que a contestação da paternidade, pelo marido, dos filhos nascidos de sua mulher, se restrinja às hipóteses do artigo 340 do Código Civil, quando a ciência fornece métodos notavelmente seguros para verificar a existência do vínculo de filiação.

“Decadência. Código Civil, artigo 178, § 3º.

“Admitindo-se a contestação da paternidade, ainda quando o marido coabite com a mulher, o prazo de decadência haverá de ter, como termo inicial, a data em que disponha ele de elementos seguros para supor não ser o pai de filho de sua esposa” (REsp. n. 194.866, Min. Eduardo Ribeiro).

“Decadência — Inadmissibilidade — Negatória de paternidade — Ajuizamento pelo próprio pai — Ação sobre o estado das pessoas, objetivando

eliminar falsidade constante do registro civil — Questão de ordem pública — Imprescritibilidade — Recurso provido” (1º TACivSP — AC n. 219.355-1, Juiz José Roberto Bedran).

“Prescrição — Inocorrência — Negatória de paternidade — Ação de estado — Imprescritibilidade — Matéria de ordem pública — Inaplicável o artigo 178, § 3º, do Código Civil — Determinado o prosseguimento da ação — Recurso provido” (TJSP — AC n. 247.936-1, Des. Raphael Salvador).

“Negatória de paternidade — Decadência — Inaplicabilidade do prazo do artigo 178, § 3º, e sim do § 9º, inciso V, letra b, do Código Civil — Recurso provido para afastar a extinção do processo” (TJSP — AC n. 262.509-1, Des. Toledo Silva).

2. Pelas razões expostas, dou provimento ao recurso para anular o processo desde a sentença, inclusive, devendo o feito prosseguir como de direito.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, deram provimento ao recurso para anular o processo a partir da sentença, inclusive.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 22 de junho de 1999.

*Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Newton Trisotto,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.005389-0, DE BLUMENAU

Relator: Des. Newton Trisotto

Ação declaratória — Inexistência de obrigação cambiária — Contrato de prestação de serviço — Multa — Emissão de duplicata — Ilegalidade.

“É inadmissível o saque de duplicata para a cobrança de multa compensatória prevista no contrato” (TAPR, AC n. 0060769200, Juiz Munir Karam).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.005389-0, da comarca de Blumenau (3ª Vara Cível e Feitos da Fazenda Pública), em que é apelante Universal Veículos Ltda. e apelada Equitel S/A Equipamentos e Sistemas de Telecomunicações:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para declarar inexistente a relação cambial, invertidos os ônus da sucumbência.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Universal Veículos Ltda. ajuizou “ação de desconstituição de título cambiário” contra Equitel S/A Equipamentos e Sistemas de Telecomunicações.

O litígio tem origem num “contrato de locação de equipamentos”

(central PABX de telefone). Em razão dele, a demandada sacou contra a autora a duplicata n. FLO 5566101, que corresponde aos aluguéis relativos aos meses de janeiro a março de 1998.

Na versão da demandante, o contrato foi denunciado — por notificação judicial — e portanto não é devida a quantia expressa na cártula.

Na defesa, admite a ré que a notificação foi recebida e, em seguida, informou à notificante que “para a rescisão prematura do contrato, deveria pagar a multa contratual, na época no valor de R\$ 10.005,06, em face da rescisão antecipada do pacto”. Por isso, ficou aguardando uma resposta definitiva, que só veio em 27/3/98.

Pelos argumentos adiante reproduzidos, o Dr. Robson Luz Varella julgou improcedente o pedido:

“Verifico, desde já, que melhor sorte não assiste à requerente.

“É que conforme denota-se do termo de rescisão contratual juntado

pela requerida às fls. 42 (e não impugnado pela parte contrária), regularmente assinado pelos ora litigantes, a rescisão do contrato n. M5934527, anteriormente celebrado entre as partes, com a efetiva devolução do equipamento locado à locatária/ré, operou-se somente em 27/3/98.

“Destá forma, admitir como ilegítima a cobrança dos encargos devidos pela autora referente ao uso dos equipamentos locados ainda durante o trimestre jan./fev./mar./98, através da emissão da duplicata n. FLO 5566101, declarando desconstituída a cambial levada a protesto, seria favorecer o locupletamento ilícito da demandante.

“Ora, se a autora pretendesse rescindir o referido contrato desde a data do envio da ‘carta-notificação’ de fls. 17, deveria ter-se dirigido à empresa ré/locadora, e efetuar a devolução dos equipamentos naquele momento (23/9/97), e não, simplesmente, ficar aguardando a requerida aceitá-los.

“Em verdade, se a rescisão já havia sido concretizada em 23/9/97, conforme aduz a requerente, por que as partes teriam subscrito o documento de fls. 42? Mera liberalidade? Não.

“Por certo, a carta enviada pela demandante à requerida em 23/9/97 (fls. 17), ‘comunicando o cancelamento do contrato de locação’, não passa de declaração unilateral de vontade, não podendo ser admitida como prova da rescisão daquele contrato bilateralmente entabulado.

“Aliás, somente poder-se-ia admitir tal hipótese acaso existisse cláusula resolutória expressa no referido contrato, agasalhando a possibilidade

de rescisão unilateral por iniciativa de qualquer das partes. No entanto, ao que se denota do aludido pacto, não houve qualquer pronunciamento das partes, no momento de sua elaboração, a esse respeito.

“Ademais, conforme preceitua o artigo 1.093 do Código Civil, o distrato deve fazer-se pela mesma forma que o contrato, e, sendo assim, o distrato de contrato escrito não pode ser presumido (RJ 118/192)”.

A vencida interpôs apelação. Insiste que “pagou as prestações referentes ao uso do objeto, ou seja, até a data estipulada na notificação extrajudicial, quando colocou o objeto à disposição da apelada dando-lhe ciência da rescisão contratual, portanto, nada mais deve a apelada relativo a prestações daquela data em diante, ou melhor, prestações vincendas”.

A apelada propugna a confirmação do decisum.

II — Voto

Na petição inicial, requereu a autora a procedência do pedido para “declarar desconstituída a referida duplicata e a inexistência de obrigação cambiária, pelos motivos expostos, bem como a nulidade das mesmas...” Não pede a declaração da inexistência de qualquer débito resultante da relação negocial.

Assim compreendido o pleito, impõe-se a reforma da sentença.

Rescindido o contrato de locação por iniciativa da locatária, só poderia a locadora reclamar a multa prevista na cláusula 5.3, assim redigida: “Caso a locatária der causa à

rescisão total ou parcial deste contrato, a mesma fica obrigada a indenizar a locadora imediatamente com a metade do valor dos encargos mensais que seriam devidos até a data do término do contrato, na base do último encargo mensal faturado. Caso a locadora dê causa a rescisão deste contrato, sem justa causa, ficará sujeita ao pagamento, a título de perdas e danos, de uma indenização limitada ao valor equivalente a 3 encargos mensais”.

No entanto, débito relativo à multa não permite a emissão de duplicata, pois só pode corresponder à compra e venda de mercadorias ou à prestação de serviços (Lei n. 5.474/68, arts. 2º e 20).

Da jurisprudência colaciono julgados que apóiam a tese:

“É inadmissível o saque de duplicata para a cobrança de multa compensatória prevista no contrato” (TAPR, AC n. 0060769200, Juiz Munir Karam).

“Duplicata de prestação de serviço — Não é legal a sua extração para cobrar a multa pela rescisão do contrato, ante a possibilidade de abuso na estimativa do seu valor. Anulação mantida. Apelo improvido” (TARS, AC n. 188007124, Juiz Erico Barone Pires).

“Compra e venda de aparelhos de telefonia. Resilição do negócio. Multa decorrente da desistência. Ação anulatória de duplicata. Caracterizada razoavelmente a compra e venda, sem prova de tentativa de entrega de bem

diverso daquele constante do contrato, e se configurado resilição da avença, pelo adquirente, deve suportar a consequência consistente de multa igualmente pactuada” (TARS, AC n. 189050628).

“Cambial — Duplicata — Prestação de serviços — Emissão do título para cobrança de multa — Inadmissibilidade — Título dependente de causa eficiente e de relação comercial subjacente — Emissão prévia de fatura — Irrelevância — Rescisão contratual legítima — Comprovação de cumprimento insatisfatório das obrigações assumidas pela ré — Declaratória de inexigibilidade de cambial parcialmente procedente” (1º TACívSP, AC n. 00555008-4, Juiz Evaldo Veríssimo).

Pelas razões acima expostas, dou provimento ao recurso para acolher os pedidos da autora, invertendo os ônus da sucumbência.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, deram provimento ao recurso para declarar inexistente a relação cambial, invertidos os ônus da sucumbência.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 11 de maio de 1999.

Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Newton Trisotto,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.005723-2, DE SÃO JOSÉ**Relator: Des. Newton Trisotto**

Responsabilidade civil — Dano moral — Duplicata — Protesto — SPC — Indenização — Valor.

1. A indenização por dano moral tem dupla natureza: reparação da dor causada ao ofendido e punição ao ofensor, para que não torne a reincidir no ilícito.

A lei não fixa critérios para sua quantificação. No expressivo dizer de Décio Erpen, “a indenização a título de dano moral inegavelmente existe, mas deve sofrer os temperos da lei e da vida. Sua incidência há que se dar numa faixa dita tolerável. Se o dano causado, injustamente a outrem, integra uma faixa da ruptura das relações sadias, a reparação do mesmo não pode servir de motivo para se gerar mais uma espécie de desagregação social”.

2. “O abalo moral resultante do ilícito protesto de duplicata ou da indevida inscrição do nome do sacado no cadastro de órgão de proteção ao crédito independente do valor do título, com ele não guarda qualquer relação, não se prestando para mensurá-lo. Por isso, não serve como parâmetro para arbitramento da indenização” (AC n. 98.012727-0).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.005723-2, da comarca de São José (2ª Vara Cível e Registros Públicos), em que é apelante José Luiz Brand, sendo apelado Banco ABN Amro S/A:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

José Luiz Brand ajuizou “ação de indenização” contra ABN Amro Bank S/A (qualificado como Banco ABN Amro S/A — Financiamento Aymoré), com o

qual celebrara financiamento para aquisição de um automóvel.

Na petição inicial, admite o autor que atrasou o pagamento das prestações do financiamento e por isso o seu nome foi inscrito no cadastro do SPC. Acrescenta que, depois de ter liquidado o débito, o credor não providenciou o cancelamento daquele registro, causando-lhe, com a omissão, danos morais. Com a ação aforada pretende que seja o réu condenado a indenizá-los.

Apresentada a defesa (fls. 30/46) e a réplica (fls. 59/67), o Dr. Jaime Luiz Vicari julgou procedente o pedido. Condenou o réu a pagar ao autor

R\$ 12.000,00 (doze mil reais), mais as verbas da sucumbência.

O réu formulou embargos de declaração (fls. 93/95), que foram providos (fls. 100/101).

O autor interpôs recurso de apelação. Pede que: a) seja elevado o quantum da condenação “de R\$ 12.000,00 para R\$ 470.000,00 (cem vezes o valor do débito), aí considerada a situação econômica do ofensor, ou, se assim não entender V. Exas., majorar no mínimo para 50 vezes o valor do débito (R\$ 235.000,00), considerado este valor a título de ressarcimento”; b) seja reformada “a sentença para condenar o apelado ao pagamento de idêntico valor que for condenado no item acima, a título de punição, também considerando as posses do ofensor”.

O apelado propugna a confirmação do decisor.

II — Voto

1. O réu foi condenado a pagar ao autor R\$ 12.000,00 (doze mil reais). Reclama a elevação do quantum da indenização para valor equivalente a 50 (cinquenta) vezes o do débito inscrito no SPC, no mínimo. Também pretende que seja o réu condenado a pagar outro tanto a título de “punição”, pleito que sequer pode ser considerado porque não formulado na petição inicial.

2. A lei não fixa parâmetros objetivos para quantificar a indenização por danos morais. Segundo Carlos Alberto Bittar, “diante da esquematização atual da teoria em debate, são conferidos amplos po-

deres 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). Destaca o jurista que a “indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante” (pág. 220).

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”, acrescenta 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 sócio-econômico 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 Lindberg C. Montenegro (Ressarcimento de Danos, Âmbito Cultural, 1984, págs. 134/135).

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 violado. 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 obbligazione’, 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” (Amilcar 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 ou-

tros bens morais mais valiosos de que os econômicos” (RE n. 97.097, Min. Oscar Correa, RTJ 108/287).

“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” (AC 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, anestesiá-lo 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” (AC n. 49.415, Des. Trindade dos Santos).

“Como se pode observar, a indenização por dano moral tem caráter duplo: a reparação da dor e a educação — punição do lesante para que não torne a praticar o ato. Desse modo, a indenização não deve ser de tal monta que leve o ofensor à ruína, mas não pode ser tão simbólica que sirva para fomentá-lo a voltar a ofender” (TJSP, AC n. 251.536-1, Juiz Benini Cabral).

“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 satisfação” (TARJ, AC n. 5.036/96, Juiz Mauro Fonseca Pinto Nogueira).

O objetivo de gerar “impacto suficiente, desestimulando-o a cometer novos atentados similares contra outras pessoas”, penalizando o infrator com pesadas indenizações, tem gerado exageros. Por oportuno, transcrevo excerto de artigo assinado pelo Desembargador Décio Antônio Erpen, do Rio Grande do Sul, no qual é exposta a preocupação com o tema:

“Há que se definir, pois, o que seja tolerável e o que seja indenizável, para valorizar-se qualitativamente a atividade judicante e não esvaziá-la de seus mais nobres e profundos objetivos através da multiplicação descontrolada de processos ou de soluções inaceitáveis como a instituição do seguro para cobrir indenizações advindas de dano moral.

“Temem importantes segmentos do tecido social que o incremento de condenações possa vir a fomentar uma indevida fonte de riqueza para terceiros que evidentemente se beneficiarão disto, eis que o custo será muito alto, pela inquietude, desassossego e perplexidade do cidadão demandado ou a ser penalizado. Não consigo afastar-me da idéia de que o ser humano é criatura e não criador. Com isto preten-

do realçar a falibilidade do ser, no desempenho de algumas tarefas, onde o risco a integra. Refiro-me mais aos profissionais prestadores de serviço e que têm sido o alvo preferido das reclamações nos chamados ‘erros médicos’, entre outros. Sei que o profissional não tem o direito de errar, mas errará, forçosamente dentro de uma faixa dita tolerável.

“Transitamos, disso tenho certeza, na perigosa faixa do arbitrio, instituto que tanto condenamos nos regimes políticos e na interação social. Isso tudo gera, no mínimo, um estado de perplexidade, quando não lamentáveis equívocos e fomenta suspeitas que desabam sobre nós, aplicadores da norma e virtuais senhores absolutos de suas conseqüências. Esta, exatamente, é a situação que colide com toda lógica de nosso sistema jurídico e que, mais ainda, se continuar em processo de exacerbação, levará, inexoravelmente, ao colapso do próprio princípio da reparação de danos (no sentido mais amplo possível), por óbvia, inelutável, previsível e proporcional reação aos excessos.

“Manifestação da lavra do bel. Sérgio Pinheiro Marçal, advogado de São Paulo e feito publicar na RTD (Revista do 3º Registro de Títulos e Documentos de São Paulo — Registrador José Maria Sivieiro), ao analisar a ‘Teoria do Valor do Desestímulo’ afirma que a falta de previsão legal tem permitido a incorreta aplicação do instituto do dano moral, gerando distorções. Alude à mesma doutrina, adotada no sistema jurídico americano com o nome de punitive damages, porquanto está se tornando ‘um verdadeiro fator de desagrega-

ção da sociedade americana, onde os cidadãos tendem cada vez mais afastar sua própria responsabilidade para imputá-las a terceiros. Cada vez menos as pessoas assumem os próprios erros ou opções, preferindo transferir a responsabilidade de seus atos a terceiros e obter algum dinheiro com isso’ (n. 126, setembro de 1997).

“Oportuna advertência partiu do filósofo italiano Antônio Meneghetti, ao analisar o Decálogo Mosaico, aludindo ao mal provocado pelo homem a seu semelhante, quando vaticina:

‘Ou seja, se ultrapassas a justa medida do teu viver, te prepara (para) a perda, te prepara (para) a exclusão: és tu mesmo que geras a força vingadora dos outros para a tua eliminação’ (Sistema e Personalidade. Coleção Ontopsicologia, pág. 155).

“A indenização a título de dano moral inegavelmente existe, mas deve sofrer os temperos da lei e da vida. Sua incidência há que se dar numa faixa dita tolerável. Se o dano causado, injustamente a outrem, integra uma faixa da ruptura das relações sadias, a reparação do mesmo não pode servir de motivo para se gerar mais uma espécie de desagregação social.

“Minha posição em torno do dano moral é por demais conhecida. Sou dos mais refratários às indenizações pleiteadas, cumulativamente ao dano material pela dor sofrida pela vítima, ou mesmo, ante dissabor causado a outrem, tanto no ilícito propriamente dito, quanto no ilícito relativo.

“Faço as presentes considerações ante o vulto de ações que são ajuizadas, com os inconvenientes que procurei demonstrar, na certeza de que os argumentos em prol da moderação no acolhimento dos danos não foram esgotados. Há que se dar uma sábia reflexão para definirmos, à luz da ciência jurídica, o novel instituto, para que reine uma sociedade fundada na convivência pacífica, sendo elemento de integração social, sem que se preste a estimular demandas. Tudo, é claro, sob a égide da lei” (RT 758-51/52).

Concordo com Sua Excelência: impõe-se moderação na fixação do quantum debeat, o que tem sido recomendado pelos tribunais e nem sempre é seguido. Fatos insignificantes têm gerado pedidos abusivos, inclusive quantitativamente, de indenização por dano moral, o que é preocupante, e disso já se deu conta a sociedade. Os pleitos e as sentenças condenatórias nem sempre guardam correspondência com a gravidade do ato ilícito.

No protesto de título, por exemplo, o valor dele tem servido de parâmetro para determinar a condenação. Já afirmei em voto — vencido, registro — que “o abalo moral resultante do ilí-

cito protesto de duplicata ou da indevida inscrição do nome do sacado no cadastro de órgão de proteção ao crédito independente do valor do título, com ele não guarda qualquer relação, não se prestando para mensurá-lo. Por isso, não serve como parâmetro para arbitramento da indenização” (AC n. 98.012727-0).

3. No caso sub judice, é necessário considerar que o autor admite que cumpriu a obrigação com atraso. O dano moral decorre da inscrição do seu nome no SPC, que é um ato lícito, e não da demora no cancelamento do registro.

4. Pelas razões acima expostas, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

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

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 18 de maio de 1999.

Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
Newton Trisotto,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.008235-0, DE BLUMENAU

Relator: Des. Sérgio Paladino

Embargos à execução. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Extinção do processo à míngua de título executivo. Decisão que encontra eco na Súmula 14 do Tribunal de Justiça de

Santa Catarina. Pretendida conversão da ação de execução em ação de rito ordinário. Inadmissibilidade. Pedido de redução da verba honorária. Fixação razoável. Recurso desprovido.

“O contrato bancário de abertura de crédito rotativo em conta corrente, ainda que acompanhado dos respectivos extratos de movimentação da conta corrente e assinado pelo devedor e duas testemunhas, não é título executivo extrajudicial” (Súmula 14 — TJSC).

A norma de que trata o art. 250 do Código de Processo Civil não se aplica ao processo de execução.

Se os honorários de advogado são fixados moderadamente, não há o que reduzir.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.008235—0, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante Banco Boavista S/A e apelado Carlos Alberto Mendonça:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue nos autos dos embargos do devedor opostos por Carlos Alberto Mendonça à execução contra ele intentada, que extinguiu o processo à consideração de que não aparelhada, o Banco Boavista S/A apelou, pretendendo a sua reforma ou, alternativamente, a conversão da ação de execução em ação de rito ordinário. Postulou, outrossim, a redução da verba honorária.

Com as contra-razões ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

Não procede o inconformismo, no rumo da orientação firmada pela Seção Civil desta Corte por ocasião do julgamento do Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 96.010326-0, de São Miguel do Oeste — que pôs termo à divergência que grassava não só entre as quatro Câmaras Cíveis deste Tribunal, mas também entre seus respectivos integrantes — trazendo a lume a Súmula 14, do teor seguinte:

“O contrato bancário de abertura de crédito rotativo em conta corrente, ainda que acompanhado dos respectivos extratos de movimentação da conta corrente e assinado pelo devedor e duas testemunhas, não é título executivo extrajudicial”.

Diante disso, inquestionável que a execução fundava-se em título a que faltavam os requisitos exigidos pelo art. 586 do Código de Processo Civil, revela-se correta a decisão que extinguiu o processo.

No que tange ao segundo argumento do apelo, assentou a doutrina que no processo de execução “a inci-

dência da regra não parece possível. A ação e o tipo de processo, neste caso, se desdobram, quanto à forma de exercício, por diversos procedimentos como se dá com os processos de conhecimento e cautelar, mas cada qual tem uma individualidade própria e exclusiva, atendendo a distintos pedidos e causas de pedir, de sorte a não ser permitida a conversão franqueada pelo texto. Não há, na execução, procedimentos diversos para o exercício de uma só e mesma pretensão" (Aragão, Egas Dirceu Moniz de, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, 9ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 296).

Por derradeiro, igualmente não há ensejo à redução da verba

honorária, fixada de modo razoável pela Magistrada em 10% sobre o valor da causa exatamente em face do julgamento antecipado.

Ante o exposto, negou-se provimento ao apelo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 15 de junho de 1999.

Eder Graf,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.001818-0, DE SÃO CARLOS

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Apelação cível — Ação de indenização por ato ilícito — Dano moral — Óbito de menor — Aplicação da indenização levando-se em conta a situação econômica de ambos os demandantes — Assistência judiciária gratuita — Fixação em 20% — Impossibilidade — Entendimento do artigo 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50 — Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.001818-0, da comarca de São Carlos, em que são apelantes Dimas Moacir Zolet e Lomar Veículos Ltda., sendo apelados Eliseu Mahl e Selmira Lehnen Mahl:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para fixar o montante indenizatório em R\$

30.000,00 (trinta mil reais), e honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação.

Custas na forma da lei.

Eliseu Mahl e outra aforaram ação de indenização por ato ilícito (danos morais) contra Dimas Moacir Zolet e Lomar Veículos Ltda., alegando que são genitores de Gilnei Mahl que no dia 26/6/96 foi a vítima por atropelamento automobilístico, tendo como ocasiona-

dor do ato o requerido Dimas que dirigia o veículo em alta velocidade, comprovada no seu entender, pelo processo criminal (onde houve suspensão do processo), e também figurando no pólo passivo, como solidário responsável pelos danos, a empresa Lomar Veículos Ltda., por ser proprietária do veículo. Requereram a indenização por danos morais equivalentes a R\$ 50.000,00.

Contestação pela empresa Lomar Veículos Ltda., alegando, em preliminar, a ilegitimidade passiva da empresa, já que não há vínculo empregatício entre arrendatário e a empresa, senão aquele que envolve operação negocial pelo contrato de arrendamento do veículo. No mérito, aduziu que não houve culpa a ser atribuída ao motorista Dimas, uma vez que obedecia as normas de trânsito em zona rural e fez de tudo para evitar o acidente e, posteriormente, para minorar as suas conseqüências, tomando as medidas necessárias de socorro à vítima. Requereu, por fim, a improcedência da ação.

Também contestando, o requerido Dimas aduziu que estava conduzindo o veículo em velocidade compatível ao local, porém a vítima de inopino apareceu na frente do carro e que diante das condições da pista, que estava molhada, associada a lama nos pneus, impediram uma eficiente frenagem. Alegou que tudo fez para minorar a situação, levando a vítima ao hospital e efetuou o pagamento das despesas médicas e hospitalares, bem como as despesas de funeral e de sepultamento. Por outro vértice, impugnou o valor requerido a título de indenização por danos morais, uma vez que é totalmente abusivo e incompatível

com as condições socioeconômicas tanto dos autores, quanto do contestante.

Impugnação à contestação às fls. 47/53.

Designada a audiência foram inquiridas duas testemunhas dos autores e duas dos requeridos.

Memoriais pelas partes às fls. 73/86.

Sentenciando, o Magistrado julgou procedente, em parte, o pedido, condenando os requeridos ao pagamento, solidariamente, de 300 salários mínimos.

Inconformados, os vencidos apelaram, alegando, preliminarmente, nulidade da sentença por ser ela citra petita, uma vez que não foi abtido, como requerido em contestação, o valor de R\$ 5.061,00 referente ao seguro obrigatório. No mérito, firmam o entendimento de que não houve qualquer resquício de culpa do condutor, sendo impossível evitar o acidente, pois a vítima surgiu repentinamente na frente da trajetória do carro. Por fim, requereram a fixação dos honorários em 15%, pois se encontram nas benesses da assistência judiciária gratuita.

Contra-razões pelos apelados, no sentido da manutenção da sentença guerreada.

Após contados e preparados, os autos ascenderam a esta Instância.

É o relatório.

Trata-se de ação de indenização por danos morais, em que os genitores em virtude do falecimento do menor Gilnei Mahl, vítima de

atropelamento, pleiteiam uma indenização por danos morais sofridos.

Os vencidos em apelação suscitam a preliminar de nulidade da sentença, por ser ela *citra petita*.

Esta prefacial deve ser rejeitada de pronto. Os vencidos alegam o pagamento do seguro, contudo não demonstram, documentalmente, a quitação.

A parcela referente ao seguro obrigatório pode ser deduzida do montante indenizatório, porém deve ser comprovado que os familiares da vítima tenham-na efetivamente recebido. In casu, o alegado pagamento foi afirmado na contestação e, na réplica, os autores desmentiram.

Ora, é cediço não bastar alegar, é indispensável provar.

Moacyr Amaral Santos ensina:

“O autor, na inicial, alega o fato, ou fatos, em que se fundamenta o pedido, e o réu, por sua vez, na sua contestação, o fato, ou fatos, em que se fundamenta possíveis e juridicamente relevantes, serão levados em conta pelo juiz ao proferir a sentença, uma vez convencido quanto à verdade dos mesmos. Mas a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato” (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 17ª ed., Saraiva, 1995, vol. 2, págs. 343/344).

E acrescenta:

“1ª) Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os ele-

mentos de prova das alegações que fizer” (op. cit., pág. 347).

Humberto Theodoro Júnior doutrina acerca do ônus da prova:

“De tal sorte, às partes não basta simplesmente alegar os fatos. ‘Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade do fato alegado’, o que se dá através das provas.

“A um só tempo, destarte, deve-se ver na prova a ação e o efeito de provar, quando se sabe, como Couture, que ‘provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação’” (Curso de Direito Processual Civil, 20ª ed., Forense, 1997, vol. 1, págs. 415/416).

É da jurisprudência:

“A simples alegação não é suficiente para formar a convicção do Magistrado, é imprescindível a comprovação da existência do fato alegado (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*)” (Ap. Cív. n. 38.705, de Joinville, Des. Álvaro Wandelli).

No mérito, alega que não agiu com culpa, porém diante das provas colacionadas chega-se a outra conclusão.

Dimas em depoimento disse: “teria avistado o menino batendo com uma vara no chão; buzinou e freou mas não foi possível evitar o impacto” (fls. 66).

Thomas Fausnhiak, única testemunha que presenciou o momento do impacto, assim relatou: “que estava sentado olhando para trás; que a vítima estava atravessando a rua quando

foi atropelada; que não ouviu som da buzina, ou mesmo freada; entre o deponente e o local dos fatos não havia qualquer veículo; ainda havia luz solar, e o tempo era bom; (...) que estava de faróis apagados; que não havia outras crianças no local; que a vítima estava atravessando a pista em passos normais" (fls. 67).

Os outros testemunhos são irrelevantes, uma vez que a testemunha Thomas foi a única que presenciou o momento do acidente, descrevendo com riquezas de detalhes o fato.

Juntou-se croqui de acidente expedido pela autoridade policial (fls. 21), demonstrando que o veículo arrastou-se por 25,80 metros.

Logo, chega-se a conclusão que Dimas vinha em sentido São Carlos—Palmitos, avistou a vítima e, devido à excessiva velocidade, arrastou o veículo, colhendo o menor e levando-o sob o capô, só parando devido à canalleta pluviométrica que forma o acostamento. Logo, não foi tão inesperado o surgimento da vítima a sua frente, como firmado, teve ele tempo de avistar o menor, buzinar e frear.

Em relatório, a autoridade policial que conduziu o inquérito assim esclareceu:

"Dimas Moacir Zolet, residente nesta cidade, conhece a rodovia, e segundo as testemunhas, apesar de não poderem precisar a velocidade por ele desenvolvida, afirmam que este transitava 'bastante rápido'" (fls. 29).

O fato de estar molhada a pista, devido à vegetação que compõe as margens do local, e sendo ele conhecedor daquela rodovia como firmado, localidade esta com residências e escola pública, — a vítima retornava dela

—, tinha plena consciência que deveria redobrar sua atenção.

É o entendimento:

"Homicídio culposo — Acidente de trânsito — Atropelamento em rodovia — Excesso de velocidade — Tráfego noturno — Ofuscamento — Previsibilidade — Condenação mantida.

"É manifesta a imprudência do motorista que imprime ao veículo velocidade incompatível com o local e as circunstâncias, dada a previsibilidade das consequências que tal conduta pode ocasionar.

"A velocidade sempre deve ser a que esteja de acordo com as condições favoráveis da via, observados o limite legal e as cautelas recomendáveis, não esquecendo que o motorista deve sempre ter o veículo sob seu domínio.

"O ofuscamento, consistindo fato comum e previsível, não isenta o agente da culpa" (Ap. Cív. n. 96.007211-0, de Abelardo Luz, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

E ainda:

"O fato de trafegar por via preferencial não confere ao motorista o direito de agir livre e desatentamente, em detrimento daqueles que por ali também transitam. Deve ele estar atento, no mínimo, à pista de rolamento, para poder agir com eficiência caso necessite, e até evitar ou mesmo minimizar as consequências de possíveis acidentes.

"Induz culpa a conduta do agente que não se conforma com a obrigação genérica de prudência e diligência na prática de todos os atos que deva praticar, no exercício de determinada função.

“É a falta de observação de deveres e obrigações exigidos pelas circunstâncias do momento, tratando-se de descuido ou desatenção do agente à segurança do próprio trânsito, que caracterizam a negligência, refletida na inércia de cautela.

“Ainda que revelada a imprudência da vítima, se as circunstâncias de local e momento estão a demonstrar que o acidente poderia ter desfecho diverso, se o condutor do veículo atropelante trafegasse com atenção e cuidados que aquelas circunstâncias estavam a exigir-lhe, concorreu ele, também e decisivamente, para o resultado danoso” (Ap. Cív. n. 47.781, Des. Francisco Borges).

A reparação pelo dano moral jamais tem por parâmetro uma eventual equivalência entre a lesão moral e a quantia em dinheiro. Tal equivalência não pode existir, pois não se pode quantificar materialmente a dor do espírito, nem a tristeza, nem a viuvez, nem a orfandade.

A doutrina e a jurisprudência são unânimes em admitir o caráter meramente compensatório dos danos morais. Como não é possível fixar parâmetros naturais de reparação de danos morais, o melhor critério é o de confiar ao arbítrio do Juiz a fixação do quantum indenizatório.

O valor ressarcitório deve ser aferido pelo Magistrado baseado no conjunto probatório emergente dos autos, e, in casu, o valor fixado encontra-se demasiado, uma vez que não se demonstra grande nível econômico dos apelantes.

Nesse sentido:

“O arbitramento do valor do dano moral deflui do prudente arbítrio do Juiz, ao examinar o nível econômico dos autores, porte da empresa-ré e o dano ocorrido dentro da especificidade do caso concreto” (Ap. Cív. n. 98.010409-2 de Blumenau, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

E mais:

“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).

Tem-se por acertado reduzir a verba indenizatória a título de dano moral a patamar inferior ao fixado, ante a singeleza das condições socioeconômicas dos demandantes.

Dessa forma, reduzo o valor da indenização para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), e, desde já, deixo de aplicar o salário mínimo como fator correcional, pois importaria admiti-lo, até o momento da liquidação da dívida, como índice de correção monetária, o que é vedado pela Carta Magna (art. 7º, IV).

Quanto à verba fixada a título de honorários, razão assiste aos apelantes. Tratando-se de autor em benefício de assistência gratuita, a verba honorária deve ser fixada em 15% sobre o total da condenação. Entendimento do art. 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50.

A respeito:

“A Lei n. 1.060/50, em seu art. 11, § 1º, estipula que: ‘Os honorários do ad-

vogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução de sentença" (Ap. Cív. n. 46.139, de Biguaçu, rel. Des. Francisco Borges).

Pelo exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para reformar e fixar o montante indenizatório em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), e fixar os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 27 de outubro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Solon d'Eça Neves,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.008626-7, DE TIMBÓ

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Apelação cível — Reintegração de posse — Comodato pactuado de forma verbal caracterizado — Interpelação judicial do comodatário para a devolução do imóvel não atendida — Ebulho configurado — Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.008626-7, da comarca de Timbó (2ª Vara/Fazenda Pública), em que são apelantes Anita Spiess e Curt Spiess, sendo apelados Administradora Regyl Ltda., Arquitetura e Participações Lindner Ltda., Carl Heinz Lüeders e Ruth Lüeders:

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

Custas na forma da lei.

Administradora Regyl, Carl Heinz Lüeders e sua mulher, Ruth Lüeders, Arquitetura e Participações Lindner Ltda. ajuizaram ação de reintegração de posse, com pedido liminar, contra Curt Spiess e sua mulher, Anita Spiess, alegan-

do, em suma, serem legítimos proprietários de um terreno localizado no Alto do Rio dos Cedros, município de Rio dos Cedros, com área total de 373.844,96m². Sustentam os requerentes que celebraram comodato verbal com os réus, cedendo-lhes parte do imóvel para a criação de animais, tendo eles, embora regularmente notificados, deixado de desocupar o imóvel.

Na audiência de justificação prévia, foram inquiridas três testemunhas, indeferindo o Magistrado a prestação liminar (fls. 99v.).

Apresentaram os réus a resposta em forma de contestação, sustentando, em preliminar, a carência da ação, pela falta de individualização da área ocupada. No mérito, asseveraram que não houve celebração de contrato de comodato, verbal ou

escrito, e que se encontram no imóvel desde os idos de 1955, com ânimo de dono, mansa, pacífica e ininterruptamente, de maneira a configurar a posse ad usucapionem, com o preenchimento de todos os requisitos apresentados no artigo 550 do Código Civil.

Houve réplica.

Na audiência de instrução e julgamento, foi colhido o depoimento pessoal de um dos réus e inquiridas cinco testemunhas. Por meio de precatória, foram ouvidas outras três testemunhas.

Após as alegações finais das partes (fls. 308/326 e 321/325), o Juiz a quo proferiu sentença, julgando procedente o pedido, condenando os réus no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa.

Irresignados, apelaram os vencidos postulando a reforma da sentença e repisando, para tanto, os argumentos antes expendidos.

Rebatido o feito, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

É o relatório.

No artigo 927 do CPC estão alinhados os requisitos legais ao pedido reintegratório, ou seja: I — a turbação ou esbulho praticado pelo réu; II — as datas da turbação e do esbulho; III — a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

E a comprovação de tais requisitos cumpria exclusivamente aos apelados, como explica o cultuado Ovídio Baptista da Silva:

“Como todo o direito sustenta-se em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes” (Curso de Processo Civil, 3ª ed., Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1996, vol. 1, pág. 289).

Diferente das alegações dos apelantes, a posse dos apelados restou demonstrada.

É que a teor do artigo 492 do Código Civil: “Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida”.

E a prova dos autos é incontestável, no sentido que a posse dos apelados sobre o imóvel foi adquirida por sucessivas transmissões, desde quando Alfredo Lindner e sua esposa Irma a detinham, isto na década de 50 (cinquenta) e início da de 60 (sessenta).

Já naquela época, o casal titular do domínio do imóvel, supramencionado (fls. 14/15), mantinha também a posse sobre este, que passou a ser exercida de forma indireta, já que a posse direta foi transferida para Erich Spiess, pai do apelante Curt Spiess, sob a forma de comodato, pactuado de forma verbal e por tempo indeterminado, conforme se colhe dos depoimentos das testemunhas ouvidas.

Hellmuth Danker narrou que “tomou conhecimento de que o Sr. Alfredo Lindner teria emprestado uma parte do terreno para o Sr. Erich Spiess (ex-serrador) (...)” (fls. 217).

No depoimento de Aldo Hochheim consignou-se que:

“O imóvel sub judice foi emprestado ao Sr Spiess; que o depoente pondera que o terreno está sendo ocupado pelo Sr. Spiess, não precisando se é o pai ou o filho, acreditando, no entanto, que talvez seja este último; que pelo que o depoente sabe, o empréstimo da área do terreno se deu se sucedeu sem maiores motivos; que, o depoente não sabe bem ao certo quem teria emprestado o terreno sub judice, mas que acredita ter sido emprestado pelo Sr. Lindner ou pelo Sr. Lüeders; (...); que, o ocupante do imóvel não pagava ‘nada’ pela ocupação do imóvel;” (fls. 219).

Alcides Leone Longo disse também que:

“que quando passou a usar o imóvel, os pais do requerido tinham a autorização do Sr. Alfredo; que outros empregados do Sr. Alfredo, com a autorização deste, também utilizavam parte de seus imóveis, a título gratuito (...)” (fls. 247).

Nesse mesmo sentido depôs Arnaldo Formigari, a fls. 287.

Portanto, sem dúvida que a posse dos apelados sobre a área, mesmo que de forma indireta, restou devidamente comprovada.

E se tratando de comodato pactuado de forma verbal, a não devolução do imóvel, após a regular notificação, caracteriza o esbulho, ensejador da procedência da possessória.

Nesse sentido:

“Pratica esbulho, e deve suportar o ônus de sua recusa, o comodatário que não devolve a coisa emprestada por tempo indeterminado, quando pedida pelo comodante” (JC 14/195).

“Comodato. Descumprimento do contrato. Interpelação judicial para deixar o imóvel não atendida. Reintegração na posse” (JC 29/314).

Por fim, não há falar em doação, porquanto este instituto se traduz num “contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita” (Maria Helena Diniz, Código Civil Anotado, Saraiva, 1975, pág. 735). É “um contrato solene, devendo observar a forma exigida por lei (RT 512/148) para ter validade” (op. cit., pág 737). Deve ser “por escritura pública, se versar sobre imóvel, que deverá ser registrada na circunscrição imobiliária competente” (Lei n. 6.015/73, art. 167, I, n. 33; JB 25/146; RT 600/212) — (op. cit., pág 737).

Na espécie, inexistiu escritura pública ou mesmo instrumento particular, requisito formal da doação. Logo, não se concretizou o ato de doar. E, por se tratar de bem imóvel, desconsidera-se eventual doação verbal, hipótese esta somente possível quando o objeto for “bens móveis e de pequeno valor”.

É a regra do art. 1.168 do Código Civil:

“A doação far-se-á por escritura pública, ou instrumento particular.

“Parágrafo único: A doação verbal será válida, se, versando sobre

bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição”.

Por tais razões, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques.

Florianópolis, 25 de novembro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Solon d’Eça Neves,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 99.013450-4, DE CANOINHAS

Relator: Des. Solon d’Eça Neves

Apelação cível — Investigação de paternidade — Prova pericial — Exame DNA ou HLA — Diligência.

Aprova no procedimento de investigação de paternidade, por suas conseqüências, deve ser segura e indubitável, não podendo prescindir, ante sua necessidade, da prova pericial, que deve ir além do exame hematológico simples, apenas excludente. Assim, importante para o deslinde do feito a realização de exame pericial pelo sistema DNA ou HLA. Conversão do julgamento em diligência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 99.013450-4, da comarca de Canoinhas (2ª Vara), em que é apelante N. I., sendo apelada D. A., representada por sua mãe, N. A:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, converter o julgamento em diligência.

Custas legais.

Perante o Juízo da 2ª Vara da comarca de Canoinhas, o Ministério Público, representando a menor D. A., aforou ação de investigação de paternidade c/c alimentos em face de N. I., afirmando a existência de relacionamento sexual entre o demandado e a mãe da menor, pretendendo o reconhecimento judicial da paternida-

de, ante a negativa do reconhecimento espontâneo desta, requerendo, de conseguinte, o arbitramento de pensão alimentícia e a regulamentação do regime de visitas, postulando a produção de provas e ofertando ao final o rol de testemunhas.

Contestando o feito, o demandado negou o relacionamento carnal com a mãe da autora, investindo, pois, contra a conduta moral desta, dando conta da sua falta de recursos financeiros para suportar a pensão almejada, requerendo a justiça gratuita e resistindo ao pedido esposado na inicial.

Aberta a audiência de fls. 29, revelou-se a impossibilidade da conciliação porquanto as partes mantiveram as versões contidas no petitório inicial, constatando-se ainda a inviabilidade

do exame do DNA pelo custo da perícia, bem como, a falta de condições da autora para deslocar-se à Capital, afastando também a oportunidade do Exame de Fenotipagem, restando como opção remanescente a realização do exame de Tipagem Sangüínea.

Renovada a proposta conciliatória, por ocasião da audiência de fls. 40, esta também não alcançou melhor sorte, e na mesma oportunidade colheu-se o depoimento pessoal do réu além da oitiva das testemunhas arroladas. Ao depois, completou-se a produção da prova testemunhal.

Em seqüência, o Ministério Público, enquanto representante da autora menor, ofertou suas alegações derradeiras.

Sentenciando, o Magistrado acolheu a pretensão deduzida na peça pòrtica, reconhecendo a paternidade e fixando a pensão alimentícia em um salário mínimo e meio, negando a gratuidade da justiça ao réu e condenando-o ao pagamento das verbas sucumbenciais.

Inconformado, o réu apelou, aduzindo, prefacialmente, a impossibilidade de o Parquet representar a menor em Juízo, além da imprescindibilidade da prova do DNA ou mesmo do exame realizado gratuitamente pela Universidade Federal de Santa Catarina, repisando, no mérito, as razões expendidas na peça contestatória.

O Ministério Público ofereceu as contra-razões, aduzindo com renitente insistência a extemporaneidade do reclamo, aplaudindo no mérito o decisum objurgado.

Os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Parecer ministerial em Segundo Grau pela tempestividade do recurso, bem como pelo seu conhecimento e provimento, para que o julgamento seja convertido em diligência para a realização da prova técnica (DNA).

É o relatório na sua concisão necessária.

A preliminar levantada pelo Ministério Público acerca da tempestividade da apelação em exame, dissente de fundamentação séria, bastando pois para afastá-la a lúcida observação do insigne Procurador de Justiça (fls. 93 a 100).

Quanto ao mérito, de fato, a irrealização merece prosperar.

Denota-se dos autos que o apelante, já de início, na peça de contestação, postulou a prova técnica, "através de exame de tipagem, DNA e outros" (fls. 22), afirmando, quando da primeira audiência (fls. 29), que não possuía condições financeiras para fazê-lo.

Já por ocasião da audiência de fls. 40, disse o apelante que se submeteria ao exame em referência, arcando ele com o ônus da perícia, dès que fosse posteriormente ressarcido se o resultado fosse negativo.

Dessome-se, pois, que o apelante não se negou injustificadamente ao exame, também postulado em sede recursal.

Importante gizar que, no caso dos autos, inexistente prova robusta a suportar o reconhecimento perseguido, inclusive por tratar-se de direito de capital importância com conseqüências e implicações inarredáveis na vida das partes.

Ora, o Julgador monocrático lastreou sua decisão na declaração prestada pela mãe da menor, sem o efetivo respaldo dos demais depoimentos colhidos, até porque estes se mostram por demais conflitantes, de forma a desautorizar a declaração da paternidade apenas por este meio probatório.

O apelante sempre negou o relacionamento sexual, e a prova testemunhal mostra-se por demais frágil, inservível para sustentar por si só o direito proclamado na sentença sob recurso.

Nosso Tribunal, na busca da verdade, por diversas vezes já propiciou a baixa dos autos para a realização do almejado exame técnico, senão vejamos:

“Investigação de paternidade — Prova pericial — DNA — Conversão do julgamento em diligência. ‘A paternidade, como laço de parentesco que une imediatamente a pessoa a um ascendente, constitui, sem sombra de dúvida, núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem ao patrimônio do filho, sejam eles direitos da personalidade ou até mesmo direitos de natureza real. Como direito da personalidade a paternidade não pode deixar de ser investigada da forma mais ampla possível’ (Al n. 8.137, Des. Napoleão Amarante). Por isso, se absolutamente imprescindível ao esclarecimento dos fatos, o julgamento deve ser convertido em diligência para a realização de prova técnica (DNA)” (Ap. Cív. n. 98.006658-1) (Apelação Cível n. 98.017033-8, de São José, rel. Des. Newton Trisotto).

E do sobredito julgado extrai-se a lição que por oportuno se traz a lume:

“Com efeito, em se tratando de ação de investigação de paternidade, o que está em jogo é o direito da personalidade e do nome a que faz jus qualquer cidadão. Dessa forma, tal ação deve ter tratamento excepcional e diferenciado, se comparada às demais ações, no que tange à produção de provas, que deve ser a mais ampla possível, para que seja atingida, indubitavelmente, a verdade.

“(…) Pelas graves consequências que resultam da sentença prolatada em ação de investigação de paternidade — não só campo patrimonial, mas notadamente na firmação da filiação — tenho que é recomendável a realização da prova técnica que tem-se revelado decisiva.

“É a orientação acolhida em diversos julgados desta Corte:

‘Nas ações de investigação de paternidade, em face dos importantes reflexos que advêm do reconhecimento judicial do vínculo de parentesco, com repercussões em praticamente todos os campos jurídicos, a prova deve ser segura, consistente e induvidosa. Assim entendido, se a prova oral evidencia-se bastante frágil e traz alguma contradição, mesmo que o investigado tenha-se mostrado ostensivamente omissivo e recalcitrante em relação à produção da prova pericial, manifestando ele, em sede recursal, o interesse de submeter-se à perícia DNA, exame esse que fornece uma certeza quase absoluta a respeito da paternidade, impõe-se realizada essa prova, para tanto convertendo-se o processo em diligência, a fim de que com maior efetividade possa ser julgada a insurgência apelatória por ele manifestada’ (Ap. Cív. n.

96.012647-3, Des. Trindade dos Santos).

"(...) Em sede de investigação de paternidade, que trata de direito indisponível e personalíssimo do autor, mostrando-se a prova insegura e revelando o réu interesse no descobrimento da verdade, impõe-se a conversão do julgamento em diligência, para realização do exame sangüíneo pelo método do DNA" (Ap. Cív. n. 46.776, Des. Carlos Prudêncio).

E, na mesma esteira:

"Investigação de paternidade. Prova deficiente. Conversão do julgamento em diligência. 'A paternidade, sendo em si, um direito da personalidade, não pode deixar de ser investigada da forma mais ampla possível. Da filiação surgem os direitos-deveres que reciprocamente unem a vida dos filhos e a dos pais, principalmente enquanto aqueles dependem da assistência moral e material destes' (Ap. Cív. n. 96.010320-1, de Taió, rel. Des. Francisco Borges, j. em 13/3/97)" (Apelação Cível n. 98.017547-0, de Chapecó, rel. Des. Francisco Borges).

Extraíndo-se deste julgado:

"Devendo ser segura a prova de filiação, não deve ser desprezado exame pericial, pelo menos o hematológico simples, 'voz do sangue' que deve ser sempre 'chamada a depor' (Afrânio Peixoto, apud Artur Marques da Silva Filho, RT 655/54), capaz de excluir a paternidade, embora o ideal seja a realização de exame pelo sistema HLA (de histocompatibilidade), que se constitui 'numa eficaz prova hematológica' (autor e obra citados), realizável nesta Capital, ou, em última análise, o teste pelo

sistema DNA, 'que fornece 100% de certeza' (idem, idem), mas que é, ainda, de custo muito elevado' (Apelação Cível n. 43.370, de Itajaí, rel. Des. João José Schaefer).

"Diante desse quadro, imprescindível a realização da prova pericial, eis que 'a perícia do DNA (sistema de determinação de seqüência de aminoácidos codificados do DNA) e da tipagem HLA (antígenos leucocitários de histocompatibilidade), reconhecida de confiabilidade absoluta na determinação da paternidade mesmo após a morte do suposto pai, tendo afirmado probabilidade cumulativa de paternidade de 99,9999%' (Ap. Cív. n. 97.014188-0, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 20/10/98).

"Sabe-se que o exame de DNA é, atualmente, o método mais seguro, definitivo e confiável na determinação da paternidade, oferecendo percentual quase absoluto de probabilidade de acerto, por isso indispensável, quando o direito a ser reconhecido não restar evidenciado por outras provas.

"Da análise dos autos, denota-se que as partes não têm condições de arcar com os custos do exame de DNA, no entanto, é consabido que, desde que comprovada a hipoinsuficiência das partes, o juiz poderá determiná-lo, porquanto, segundo informado no parecer de fls. 57 'Termo de Ajustamento de Conduta' firmado com a Secretaria de Estado da Saúde, impulsionado pelo Ministério Público, através do Centro de Promotorias da Infância, estabeleceu que o Laboratório Central — Lacen passou a realizar testes de DNA, nos casos de investigação de paternidade, cabendo ao órgão ministerial requerer, nas ações ajuizadas, 'a condenação

do requerido ao ressarcimento dos custos’.

“Ademais, o colendo Superior Tribunal de Justiça, em julgado recente, afirmou que o juiz pode determinar, quando julgar indispensável o exame de DNA, seja realizado às expensas do Estado, pois a parte que obteve o benefício da assistência judiciária gratuita não pode ser punida por pertencer à classe social menos favorecida e, assim, não ter seu direito reconhecido, porque deve ser cumprido o mandamento constitucional garantidor do acesso à Justiça e do auxílio aos necessitados.

‘Investigação de paternidade. Justiça gratuita. Exame pericial. DNA. Antecipação das despesas pelo Estado.

‘Antes de determinar a realização da prova pericial do DNA, deve o Juiz de Direito promover a coleta de outras provas que permitam a formação de seu convencimento sobre a pretensão deduzida. Ainda assim, julgada indispensável, poderá determiná-la às expensas do Estado, que proverá os meios necessários. Precedente da Segunda Seção’ (REsp. n. 98730/MS, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 16/11/98, pág. 94)”.

E mais:

“Investigação de paternidade — Comprovação do namoro — Prova testemunhal insuficiente — Realização de prova hematológica do DNA ou de exame hematológico — Ação de investigação de paternidade — Mera referência de testemunhas a um provável namoro entre a mãe do autor com o indigitado pai — Prova insuficiente para determinar a paternidade — Conversão do julgamento em diligência

para que se realize a prova hematológica DNA, ou a atinente a análise dos grupos sanguíneos. Para a aferição da paternidade contestada, não basta a comprovação do recatamento da mãe do autor investigante, ou a mera referência oriunda desta última, de que a mesma tivera relacionamento ínfimo com o indigitado pai do autor, resultando, deste relacionamento, a gravidez, que desencadeou no seu nascimento. Imperioso se toma a existência do relacionamento exclusivo dos pais, à época concepcional para se ter como lastrear a paternidade. Sendo o Judiciário, participe da relação jurídica processual, através do juiz, pode o mesmo, e em qualquer grau de jurisdição, determinar a realização de prova, no caso imprescindível e inarredável, à determinação da paternidade, como a investigação através do DNA, ou outros sistemas, mais acessíveis de que conta a ciência médica, mesmo que em comarcas do interior ou em Capital do Estado, não vanguardeiro, neste específico ramo científico’ (Apelação Cível n. 50.107, rel. Des. Anselmo Cello)” (Apelação Cível n. 98.013996-1, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Vanderlei Romer).

E do mencionado decisum:

“Não se desconhece a admissibilidade da prova indireta para o fim de reconhecimento da paternidade. Entretanto, ‘há necessidade de que a mesma seja convincente e segura, exatamente para se ter certeza do relacionamento entre o pai e a mãe’ (TJDF, Ap. Cív. n. 21.581/91, rel. Desa. Nancy Andrighi).

“(…) ‘Ademais, a procedência da ação de investigação, segundo a melhor doutrina e a jurisprudência de

nossas mais altas Cortes justiciárias, exige prova robusta, e não será com meras presunções, prova testemunhal duvidosa e contraditória, que se procederá judicialmente um reconhecimento de paternidade. Os elementos probatórios devem, pois, resultar estremos de dúvida para ter lugar um reconhecimento forçado em vista da repercussão moral e econômica que provém da sentença. E estes elementos fortes poderão ser encontrados nos recursos tecnológicos que a ciência hoje coloca à disposição da Justiça, com as probabilidades de segurança ensejadas pelo exame revolucionário do DNA' (Ap. Cív. n. 42.020/96, rel. Des. Vasquez Cruxên, j. 25/11/96).

"Nesta Corte de Justiça, já se decidiu:

'(...) Investigação de paternidade. Prova inconsistente e exclusivamente testemunhal. Dúvida emergente da paternidade. Exame técnico qualitativamente superior (DNA ou HLA) hábil a fornecer elemento seguro probatório. Conversão do julgamento em diligência (art. 130, COC), para realização da prova' (Ap. Cív. n. 97.000159-2, rel. Des. Pedro Manoel Abreu)".

Por fim, calha bem a transcrição do decidido, no bojo da Apelação Cível n. 47.120, de Itajaí, de minha relatoria:

"Apelação cível — Investigação de paternidade — Prova que deve ser segura e indubitável — Diligência. A prova no procedimento de investigação de paternidade, por suas consequências, deve ser segura e indubitável, não podendo prescindir, ante sua necessidade, da prova pericial, que deve ir além do exame hematológico

simples, apenas excludente. Assim, para a certeza, imprescindível a realização de exame pelo sistema HLA (de histocompatibilidade), ou, em última análise, o teste pelo sistema de DNA, que, inobstante ainda muito oneroso, fornece quase que certeza absoluta. Conversão do processo em diligência, possível em Segunda Instância, para melhor lastrear a sentença declaratória-condenatória de paternidade".

E do corpo deste acórdão:

"No caso, a prova testemunhal produzida pelo demandado debilita a certeza sobre a exclusividade do relacionamento sexual entre a genitora do demandante e o réu, à época da concepção.

"Ainda que não se tenha suficiente certeza de que a mãe do autor tenha mantido relações sexuais com outros homens, na época da concepção, e tal fato não inibe a pretensão ajuizada, necessário que se busque os elementos probatórios disponíveis e capazes de melhor elucidar a questão posta em Juízo.

"A perícia hematológica realizada na instrução do feito não exclui a paternidade atribuída ao apelante, mas também, pelo seu âmbito restrito de pesquisa, não confere solução positiva ao pleito.

"A prova oral, pela insegurança a que está sujeita, em casos desta natureza, onde a experiência profissional constata certo clima passional, em que as pessoas chegadas às partes litigantes inclinam-se, naturalmente, a apoiar as alegações por elas produzidas, mister se faz que se adote providências admitidas pela lei processual a fim de que não se incorra em injustiça.

‘(...) Assinale-se que, a teor do art. 130 do Código de Processo Civil, ao juiz, ou, também ao relator ou à turma julgadora, em Segundo Grau de Jurisdição (RT 605/74) — caberá determinar a realização de prova que entender necessária à instrução do processo, e, conseqüentemente, converter o julgamento em diligência’ (RT 593/109).

“Esta colenda Câmara, em outras oportunidades e em casos semelhantes, já adotou essa orientação, como se viu na Apelação Cível n. 43.370, de Itajaí, relator o eminente Des. João José Schaefer, DJ de 30/11/93, pág. 4 e, recentemente, na Apelação Cível n. 44.232, de Dionísio Cerqueira, relator o não menos eminente Des. Alcides Aguiar, DJ de 13/4/94, pág. 10”.

Diante das razões esposadas, converte-se o julgamento em diligên-

cia, determinando-se a baixa dos autos ao Juízo de origem, a fim de que seja providenciada nova perícia pelo sistema DNA, ou HLA oportunizando-se às partes a garantia do contraditório.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antonio Gercindo Medeiros.

Florianópolis, 27 de outubro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Solon d’Eça Neves,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.008714-1, DE BLUMENAU

Relator: Des. Vanderlei Romer

“Ação de rescisão contratual cumulada com perdas e danos — Incorporação — Atraso na construção do prédio — Culpa da vendedora caracterizada — Pleito procedente — Incidência da cláusula penal.

“O longo e injustificado atraso na entrega da obra, não solucionado após a notificação da incorporadora pelos adquirentes das unidades autônomas, configura inadimplemento a ensejar a rescisão do contrato de compra e venda, gerando para a vendedora a obrigação de indenizar os compradores pelas perdas e danos prefixados na cláusula penal” (Ap. Cív. n. 97.006243-5, de Blumenau, de 4/11/97, rel. Des. Eder Graf).

Cessão de direitos contratuais — Desnecessidade de anuência do promitente vendedor.

Na cessão de crédito procede-se ao transporte, para o cessionário, da titularidade integral da relação jurídica cedida, cujo principal e acessórios foram um todo de caráter patrimonial, um bem que tem valor de troca e que pode ser alienado.

“O compromisso de compra e venda pode ser cedido sem o consentimento do vendedor e, inclusive, contra a sua vontade” (Ap. Cív. n. 43.064, Balneário Camboriú, DJ de 13/4/94, rel. Des. Amaral e Silva).

Honorários advocatícios — Recurso em nome pessoal do advogado, na fase de conhecimento — Impossibilidade — Interpretação do art. 23 do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94).

Embora pertençam ao advogado os honorários, não tem ele legitimação para recorrer, em seu nome pessoal, da fixação da verba na fase de conhecimento, visto que o apelo só pode ser ofertado pela parte. A legitimidade recursal, em nome próprio, começa no processo de execução, inclusive na liquidação de sentença, quando nasce, por disposição legal, o direito autônomo do advogado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.008714-1, da comarca de Blumenau, em que é apelante Pajost Construções Ltda., sendo apelados João Paulo Pasquali e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar a preliminar, desprover o recurso da Pajost Construções Ltda. e não conhecer do apelo interposto pelos advogados.

Custas legais.

I — Relatório

Perante a 2ª Vara Cível da comarca de Blumenau Celso Fehr ajuizou ação de rescisão contratual cumulada com pedido de perdas e danos, contra Pajost Construções Ltda., a

qual, em 26/7/90, firmou com a empresa R. B. Planejamento e Construções Ltda. doze contratos particulares de promessa de compra e venda de seis apartamentos e de seis vagas de estacionamento, com as respectivas frações ideais do solo, descritos na inicial, a ser construídos no Edifício Plaza Dijon, na cidade de Blumenau, cuja incorporação ficou ao encargo da ré, a qual recebeu à vista o pagamento desses imóveis, obrigando-se a entregá-los no prazo de 48 meses, a contar da data da assinatura dos contratos, vencendo-se, assim, em 25/7/94.

Restou pactuado que a promitente compradora, R. B. Planejamento e Construções Ltda., poderia ceder ou transferir, no todo ou em parte, os direitos relativos ao contrato e em 14/3/94 esta empresa cedeu, a título oneroso, a integralidade dos aludidos direitos contratuais ao autor Celso Fehr.

Também ficou convencionado que a não entrega da obra e das unidades autônomas compromissadas, no prazo contratual, ensejaria a rescisão, ressarcindo-se o promitente adquirente pelo valor atualizado de mercado do metro quadrado construído à época da indenização, sem prejuízo do pagamento a título de perdas e danos, dos alugueis, correspondentes a 50% do valor locativo de cada unidade, cujo arbitramento ficaria a cargo de três imobiliárias idôneas da região, a partir do 48º mês, até a final satisfação da indenização (cláusula sexta), sujeitando-se o valor ao reajustamento periódico cabível.

Porque a entrega não se efetivou no prazo ajustado, permanecendo a situação até hoje, o autor, com base nas estimativas elaboradas por três imobiliárias, notificou a ré para que liquidasse o valor das perdas e danos referentes ao primeiro período de mora (26/7/94 a 25/7/95), totalizando a importância de R\$ 7.200,00 e, posteriormente, já com o aluguel reajustado, notificou-a novamente relativamente ao segundo período de mora, este a partir de agosto de 1995, no montante de R\$ 1.425,48, bem como o reembolso, a título de composição amigável, da quantia de R\$ 130.000,00, à vista, pela rescisão dos doze contratos de compra e venda.

Não tendo a ré atendido às notificações, nem concluído a obra do edifício, requereu o autor a procedência do pedido com o objetivo de ver rescindido todos os contratos de compra e venda e a condenação da inadimplente ao pagamento dos seguintes valores: a) indenização no valor atualizado de mercado do metro quadrado construído dos apartamentos e boxes de

estacionamento, no montante de R\$ 216.000,00 (duzentos e dezesseis mil reais), acrescido de juros legais e atualização monetária desde a data dos orçamentos inclusos até a data do efetivo pagamento; b) perdas e danos referentes aos dois períodos de mora, no total de R\$ 8.625,48 (oito mil, seiscentos e vinte e cinco reais e quarenta e oito centavos), acrescidos de juros legais e de atualização monetária mês a mês até o efetivo pagamento; c) perdas e danos relativamente aos alugueis que se venceram a partir do ajuizamento da ação até o trânsito em julgado da sentença que acolher o pedido, cujo valor será apurado oportunamente em liquidação de sentença.

A Pajost Construções Ltda. apresentou contestação, arguindo preliminarmente que fosse extinto o processo sem apreciação do mérito, pela inépcia da petição inicial, por impossibilidade jurídica do pedido e por ilegitimidade passiva, ao fundamento comum de não ter firmado qualquer contrato diretamente com o autor, nem anuído expressamente com a cessão feita por R. B. Planejamento e Construções Ltda. àquele.

Quanto ao mérito, além de insistir no argumento da indispensabilidade da sua anuência na mencionada cessão, argumentou que o retardamento na execução e entrega da obra decorreu de fatores extrínsecos previsíveis, ante as dificuldades verificadas a partir dos planos econômicos do governo federal, desde o segundo semestre de 1990, afetando sobremaneira o setor da construção civil, onde se registrou sensível aumento de inadimplência dos compradores de imóveis residenciais, com reflexos negativos para as incorporadoras e construtoras.

Argumentou ainda que, diante dessa situação, a promitente compradora havia concordado com uma dilação no prazo de entrega das unidades residenciais compromissadas, salientando que, ao efetuar o negócio em 1994, relativo à cessão dos direitos contratuais, o autor tinha condições de prever que a obra não estaria concluída até julho daquele ano, de sorte que, a se considerar o preço pago à cedente, em confronto com o valor reclamado pela rescisão, busca-se a locupletação e o lucro fácil.

Assim, entendendo que não lhe cabe qualquer responsabilidade pelos fatos apontados na inicial, pediu a improcedência da ação.

O autor rebateu as preliminares suscitadas pela ré e sua argumentação no mérito, pedindo fosse ela considerada litigante de má-fé, por alterar a verdade dos fatos ao negar sua anuência com a referida cessão.

Por entender que a matéria em controvérsia comportava julgamento antecipado, na forma do art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil, o Magistrado proferiu sentença julgando procedente a ação, nos termos do pedido inicial, impondo ao vencido, ainda, a condenação ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o montante da condenação.

Celso Fehr opôs embargos de declaração para suprir omissão do julgado em relação ao pedido de condenação da ré por litigância de má-fé, os quais foram conhecidos, mas desprovidos.

Inconformada, Pajost Construções Ltda. interpôs recurso de apelação, reportando-se expressamente às

razões de mérito já articuladas na peça contestatória e à prova dos autos, requerendo a reforma total da sentença, para que seja julgada improcedente a ação, com inversão no ônus de sucumbência.

João Paulo Pasquali, Renato Medina Pasquali, Vânia Petermann e Mara Rúbia Cattoni Wohlke, advogados do autor e em nome próprio, interuseram também recurso de apelação, em razão do valor que lhes foi fixado a título de honorários advocatícios, argumentando sua legitimidade ao recurso, com base no art. 23 da Lei n. 8.906/94 para, no mérito, alcançar a majoração ao percentual de 20% sobre o montante da condenação, ante a complexidade da causa, o trabalho desenvolvido, o grau do zelo profissional e a importância da causa.

Os dois recursos foram contra-arrazoados, merecendo destaque que, em relação ao interposto pelos advogados do vencedor da lide, alegou-se a ilegitimidade destes como recorrentes.

É o relatório.

II — Voto

A controvérsia efetivamente merecia julgamento antecipado, porque nada dependia de dilação probatória em audiência. Os fatos estão exatamente expostos pelos litigantes, com as respectivas comprovações por via documental.

Cabia ao julgador tão-somente aplicar a solução jurídica que a lide exigia.

E isto foi atendido, na sentença de Primeiro Grau, da lavra do Dr. Newton Janke, magistrado culto e

operoso, cujo entendimento, porque não elidido pelas razões do apelo da ré, é adotado como razão de decidir, até em homenagem ao prolator do decism, quando ditou:

“Conquanto a matéria controvertida seja também de fato, o caso comporta o julgamento antecipado frente à prova documental carreada aos autos que, por suficientemente elucidativa, dispensa a produção de outras provas.

“Cuida-se de ação de rescisão de doze promessas de compra e venda, tendo por objeto seis apartamentos e seis vagas de garagem, cumulada com pedido de condenação em perdas e danos em virtude da ré, responsável pela incorporação da obra, não ter efetuado a entrega dessas unidades no prazo contratual.

“As três questões preliminares suscitadas na contestação carecem de qualquer consistência.

“Com efeito, a alegação de não ter a ré contraído obrigação com o autor ou não ter anuído com a cessão dos direitos contratuais não diz respeito, em nada, com as condições da ação, nem com os requisitos da petição inicial.

“Inépcia da inicial não há, porque foram observadas as exigências do art. 282 do CPC; de impossibilidade jurídica do pedido também não se pode cogitar, uma vez que, no ordenamento legal, não há vedação ao pleito formulado pelo autor. Ilegitimidade passiva também se dá porque, indiscutivelmente, foi a ré quem celebrou os contratos que se pretende rescindir.

“Superadas tais questões, impõe-se analisar o mérito, assentando-se, desde logo, como fato absoluta-

mente incontroverso, que as unidades prometidas à venda não foram entregues ao autor no prazo ajustado, nem tampouco até a época da propositura da ação.

“A principal tese de defesa da contestante consiste em que não teria firmado nenhuma obrigação com o autor e que não teria anuído com a cessão dos direitos contratuais feitos pela empresa R. B. Planejamento e Construções Ltda. ao autor, formalizado em 14/3/94.

“É, evidentemente, destituído de fundamento o primeiro desses argumentos. Qualquer pessoa pode ceder o seu crédito ou qualquer direito se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor. Quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos, como sucedeu no caso vertente entre a empresa R.B. Planejamento e Construções, a cessão assume a característica de sub-rogação convencional (arts. 986, I, e 987, do Cód. Civil). Isso significa dizer, em palavras práticas e simples, que o credor originário foi substituído pelo cessionário, incorrendo, entretanto, qualquer novação objetiva de modo a extinguir ou alterar as obrigações contraídas pelo devedor contratante.

“Também não assiste razão à ré quando sustenta insistentemente que o autor somente poderia reclamar-lhe qualquer direito desde que ela tivesse anuído com a cessão.

“Sem necessidade de se perquirir se, a posteriori, houve o consentimento tácito com a cessão, a interpretação que resulta da leitura da cláusula 4ª dos contratos originaria-

mente celebrados com a adquirente-cedente é que a ré, antecipadamente, anuiu com qualquer cessão que fosse feita, pois ali se consignou que a promitente obrigava-se a anuir, sem cobrança de quaisquer taxas de transferência, 'comprometendo-se a outorgar a escritura definitiva de compra e venda da unidade cedida em favor destes possíveis cessionários'.

"Como se vê, a anuência não era uma faculdade, mas sim uma obrigação antecipadamente assumida pela ré. E é plenamente compreensível que assim fosse na medida em que a adquirente, ao celebrar o negócio, desde logo quitou o preço da compra de todas as unidades.

"A anuência somente seria exigível, então, se o cedente ainda tivesse obrigações contratuais a cumprir e que deveriam ser assumidas pelo cessionário. Nesse caso, poderia haver justo motivo em se prestar a anuência porque, por exemplo, o cessionário poderia ser insolvente ou de pouca credibilidade. No caso vertente, cabe indagar: se a ré já tinha recebido integralmente o preço, que motivo poderia ter para se opor à anuência?

"Por outro prisma, as alegações e argumentos expendidos para justificar o retardamento da obra e a não entrega das unidades negociadas não caracterizam motivo de força maior, nem de caso fortuito.

"Nenhum País e nenhuma atividade produtiva estão infensas a dificuldades e sobressaltos decorrentes de fatores econômicos circunstanciais ou conjunturais, notadamente quando se tratar de empreendimentos de longa duração.

"Se o incorporador resolve lançar um edifício e bancar a sua construção com recursos próprios, desde logo comercializando apartamentos para entrega futura, deve antes fazer uma avaliação cautelosa e criteriosa da sua situação financeira presente e futura, prevendo, inclusive, percalços naturais, como, por exemplo, a inadimplência dos adquirentes, a falta de financiamento habitacional etc. Se o comprador do apartamento faz este tipo de avaliação, não se justifica que também o incorporador imobiliário não a faça.

"Incogitável, portanto, de aplicação à espécie da cláusula rebus sic stantibus.

"Não tem relevância o argumento de que, ao adquirir as unidades através da cessão, o autor tinha condições de prever que a sua entrega, diante da situação em que se encontrava a obra, não iria se efetivar até o prazo previsto nos contratos. Quem tinha que se preocupar com essa questão era a ré!

"O fato do autor ter adquirido as unidades da cedente por preço inferior ao custo de mercado não significa, como diz a ré, que seu objetivo era locupletar-se. A cedente, ao realizar o negócio com o requerente, devia ter suas razões particulares para ceder seus direitos contratuais por um preço reduzido e, certamente, uma dessas razões era a perspectiva da obra não vir a ser concluída em futuro próximo. Nenhum ilícito, entretanto, se pode imputar ao autor por ter aceito correr o risco de não receber os apartamentos e respectivas vagas de garagem.

"Destarte, se houve a mora da ré e se ela não foi purgada em face das

notificações que lhe foram endereçadas pelo autor, impõe-se a rescisão das avenças, com as conseqüentes perdas e danos a ser satisfeitas pelo modo previsto nos contratos, sendo dispensável a prova de existência de efetivo prejuízo, isto porque 'para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo' (art. 927 do CC).

"Quanto aos valores reclamados pelo autor, a ré limitou-se a fazer uma impugnação genérica e inespecífica, não apresentando qualquer começo de prova que demonstrasse que os critérios de avaliação utilizados pelas imobiliárias — todas de reconhecida idoneidade na praça de Blumenau — tenham sido desarrazoadas, seja quanto ao valor de mercado do aluguel dos apartamentos, seja quanto ao valor de mercado do metro de área construída.

"Pelo exposto, julgo procedente a presente ação e, em consequência, declaro rescindidos os 12 (doze) contratos particulares de promessa de compra e venda firmados pela ré em 26/7/90 e cessionados ao autor, condenando a suplicada ao pagamento das seguintes verbas: a) R\$ 216.000,00 (duzentos e dezesseis mil reais), relativos ao valor dos apartamentos e respectivas vagas de estacionamento, com correção monetária a partir de outubro de 1995 pela variação do INPC — Índice Nacional de Preços ao Consumidor, e juros moratórios a partir da citação; b) R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais, a título de perdas e danos de aluguéis, no primeiro período de mora (26/7/94 a 25/7/95), atualizados monetariamente mês a mês

a partir da data dos respectivos vencimentos e acrescidos de juros moratórios a partir do mesmo termo; c) R\$ 712,40 (setecentos e doze reais e quarenta centavos) mensais, a título de perdas e danos de aluguéis do segundo período de mora, abrangendo os meses de agosto e setembro de 1995, com atualização monetária e acréscimo de juros moratórios, segundo os critérios estabelecidos no item imediatamente anterior; d) perdas e danos vencidos desde a propositura da ação até o trânsito em julgado da presente sentença, com juros legais e correção monetária a partir do vencimento de cada prestação, considerado, para tal fim, o valor do primeiro mês (outubro de 1995) em R\$ 118,79 (cento e dezoito reais e setenta e nove centavos) por apartamento, sujeito tal valor a reajuste anual, segundo o índice oficial utilizado para a majoração dos aluguéis residenciais".

Já se disse que a apelação da ré simplesmente reeditou as articulações acertadamente repelidas na sentença à vista do claro texto contratual.

A argumentação de enriquecimento indevido, com a pretensão da redução do valor indenizatório, tônica do recurso, não encontra suporte algum porque à ré/apelante resta simplesmente respeitar o contrato por ela firmado, não lhe sendo lícito incursionar, a qualquer título, nas razões de conveniência e preço estabelecidos na cessão dos direitos contratuais entre o contratante comprador original e o sucessor cessionário. Falta-lhe, porque não figurante dessa relação jurídica, legitimidade para qualquer questionamento a respeito daquele negócio que,

ademais, não evidencia nenhum vício de forma ou de conteúdo.

Em socorro aos argumentos da sentença — como se isto fosse necessário, dita Sílvio Rodrigues:

“O principal efeito da cessão de crédito é proceder ao transporte, para o cessionário, da titularidade integral da relação jurídica cedida, isto é, o crédito e seus acessórios foram um todo de caráter patrimonial, um bem que tem valor de troca e pode ser alienado. Na cessão, é esse todo que muda de titularidade, passando para o patrimônio do cessionário” (Direito Civil, Parte Geral das Obrigações, vol. 2, 1995).

No segundo recurso, os advogados do autor, em nome próprio, pretendem a majoração da verba honorária.

Não se desconhece que, com o advento da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, dispondo sobre o Estatuto da Advocacia, os honorários incluídos na condenação pertencem ao advogado, que tem direito autônomo para executar a sentença nesta parte (art. 23).

Esta inovação, salutar, pôs fim à controvérsia até então existente sobre a destinação da verba honorária imposta na condenação, já que frequentemente entendia-se pertencer à parte e a não ao seu advogado.

O dispositivo, estabelecendo a titularidade do crédito, aplica-se à fase subsequente da sentença, mais

precisamente, a sua execução, inclusive a partir da liquidação quando necessária.

Antes disso, segundo iterativa jurisprudência, o advogado não é parte legítima para recorrer, em seu nome pessoal, da fixação judicial dos honorários, no processo de conhecimento (RTJ 85/233, JTJ 170/180, 204/11, Lex-JTA 145/324, RT 627/184, RJTJESP 50/235, 123/207, RJTAMG 24/248 e outras fontes).

Pela linha de raciocínio de que a legitiimação para recorrer, no processo de conhecimento, é da parte, não ainda, dos advogados, voto pelo não conhecimento do recurso.

III — Decisão

Por tais razões, decide a Câmara rejeitar a preliminar, desprover o recurso da Pajost Construções Ltda. e não conhecer do apelo interposto pelos advogados.

Presidiu a sessão, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello, e participou do julgamento, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu.

Florianópolis, 17 de junho de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente para o acórdão;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.006646-8, DE JOINVILLE**Relator: Des. Vanderlei Romer**

Ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança. Procedência de ambos os pedidos. Prova. Partilha realizada sem a presença do autor, reconhecido filho-herdeiro. Nulidade pleno iure. Desnecessidade de proclamação expressa em ação própria. Possibilidade de aproveitamento imediato. Instrumentalidade do processo e aforismo pas de nullité sans grief.

O comprovado relacionamento amoroso entre a mãe do autor e o investigado, à época da concepção, ratificado pelo comportamento ulterior, legitima a procedência da ação investigatória de paternidade. Merece rejeição a exceptio plurium concumbentium escorada em depoimento isolado e despido de credibilidade no conjunto probatório.

Julgados procedentes os pedidos formulados em sede de ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, disso resulta lógica e automática a nulidade da partilha realizada sem a presença e participação do autor vitorioso, afigurando-se dispensável a propositura de ação específica que tenha por objeto apenas vê-la reconhecida expressamente.

A execução da decisão de procedência proferida em autos de petição de herança faz-se, como regra, por meio de simples petição de retificação de partilha, uma vez que a sentença homologatória de partilha não faz coisa julgada em relação ao herdeiro não convocado ao processo de inventário (art. 472, CPC). Precedentes do STJ nesse sentido.

Honorários de advogado fixados em salários mínimos. Inaplicabilidade da regra do art. 20, § 4º, ao caso concreto, em que a sentença importa em reconhecimento de vantagem pecuniária. Fixação em percentual sobre o benefício, na esteira do § 3º.

Tanto pelo disposto na CF/88 (art. 7º, n. IV, fine), quanto pela orientação do STJ (Súmula 201), não se recomenda a fixação dos honorários advocatícios em salários mínimos. Se da procedência da ação resulta inequívoco benefício patrimonial para o vencedor da demanda, há em verdade condenação e, por conseguinte, aplicável se torna a regra do art. 20, § 3º, do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.006646-8, da comarca de Joinville (Vara da Família, Infância e Juventude e Registro Público), em que são apelantes e apelados G. K. e outros:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, prover parcialmente o recurso do autor para fixar a verba honorária em 20% (vinte por cento) sobre seu quinhão hereditário e respectivos frutos se houver, e desprover o apelo dos réus.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Cuida-se de ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, proposta por G. K. contra V. J. S., sua esposa R. A. S., W. C. S. e sua esposa D. I. S., julgada procedente para declarar o autor filho natural do falecido V. S., pai e sogro dos demandados, para todos os efeitos legais, inclusive com direito à sucessão dos bens na forma da lei que regula a matéria, mais ônus de sucumbência, aí incluídos os honorários advocatícios arbitrados em sete salários mínimos, com base no art. 20, § 4º, do CPC.

Houve embargos declaratórios pelo autor, para a expressa declaração de nulidade da partilha dos bens deixados pelo de cujus, na mesma sentença, rejeitados, ao fundamento dos arts. 128 e 465 do CPC.

Irresignados, os réus interpuseram recurso apelatório, querendo a reforma da decisão para a improcedência da ação, forte no depoimento de

uma testemunha, segundo a qual a mãe do autor era freqüentadora de uma casa noturna, mantendo relacionamento sexual com outros homens à época da concepção, circunstância suficiente a afastar a certeza da paternidade atribuída no julgado.

O investigante também apelou.

Primeiramente, embora admitindo que na petição de herança já se contém implicitamente a nulidade da partilha do inventário, quer que no comando sentencial seja determinada expressamente tal anulação, com a condenação dos réus à entrega do quinhão correspondente à quota-parte do herdeiro preterido. Segundo, porque se insurge contra a verba honorária arbitrada em sete salários mínimos, considerada insuficiente para o desempenho profissional na defesa da causa, pretendendo que se adote o critério do art. 20, § 3º, do CPC, com a fixação do percentual de 20% sobre a vantagem patrimonial auferida.

Os recursos foram contra-arrazoados e a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo provimento parcial do recurso do autor, relativamente aos honorários advocatícios.

É o relatório.

II — Voto

O apelo dos réus não merece provimento.

A prova testemunhal é firme, coerente e esclarecedora quanto ao relacionamento amoroso da mãe do autor com V. S. à época da concepção.

Mostra-se ali que o de cujus manteve a mãe do acionante como amante, por seis ou sete anos, inclusive instalando-a numa casa por ele

sustentada. Veja-se, por exemplo, o testemunho da senhora I. M. de M., babá da criança a partir dos dois meses de vida, deixando claro que o investigado freqüentava dita casa diariamente, tratando o autor como filho e provendo-lhe todas as necessidades (fls. 125v.). Todas as demais testemunhas — e não são poucas —, deram depoimentos voltados no mesmo sentido, inclusive quanto à retidão de conduta moral da genetriz, de sorte que uma voz isolada, trazida pelos réus ao final da instrução, não se presta a desfazer esse conjunto probatório que é, repita-se, robusto, harmonioso e convincente a respaldar a decisão recorrida.

No tocante ao recurso do autor, não vejo como provê-lo na parte em que pretende a expressa declaração de nulidade do inventário do falecido V.S., porque a ação não foi cumulada com esse pedido específico, requisito do art. 282, fine, do CPC.

Daí o acerto do Magistrado de Primeiro Grau, posto que, em conhecendo de matéria não alegada especificamente pelas partes, estaria obviamente afrontando a norma contida nos arts. 128 e 465 do CPC, como bem o colocou nos embargos de declaração.

Mas isto não trará prejuízo algum ao vencedor da demanda. Na petição de herança, julgada procedente, já está contida inequivocamente a declaração de invalidade da partilha dos bens de V. S., levada a efeito sem a participação do herdeiro necessário.

A jurisprudência trazida a lume no parecer ministerial bem se amolda ao caso sub judice.

Dentre a orientação, oportuno citar decisão do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Sálvio de Figueiredo, no REsp. n. 16.137-0—SP, publicado na RSTJ, volume 74:

“Processo Civil. Ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança. Procedência de ambos os pedidos. Partilha realizada sem a presença e participação do autor, reconhecido filho-herdeiro. Nulidade pleno iure. Desnecessidade de que seja proclamada expressamente em ação própria. Execução. Lição doutrinária. Ação ajuizada com intuito de haver a respectiva quota-parte. Possibilidade de aproveitá-la. Instrumentalidade do processo e aforismo pas de nullité sans grief. Interesse de agir. Prazos prescricionais. Inaplicabilidade do disposto nos arts. 1805, CC, 178, § 6º, V, CC. Inoponibilidade da exceção de coisa julgada. Recurso desacolhido.

“I — Julgados procedentes os pedidos formulados em sede de ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, disso resulta lógica e automática a nulidade da partilha realizada sem a presença e participação do autor vitorioso, afigurando-se dispensável a propositura de ação específica que tenha por objeto apenas vê-la reconhecida expressamente.

“II — A execução da decisão de procedência proferida em autos de petição de herança faz-se, como regra,

por meio de simples pedido de retificação de partilha, uma vez que a sentença homologatória de partilha não faz coisa julgada em relação ao herdeiro não convocado ao processo de inventário (art. 472, CPC)" (pág. 205).

Do corpo do aresto destaca-se estes excertos, totalmente pertinentes:

"A propósito, a circunstância de, na parte final da decisão lançada naqueles autos, haver sido reconhecido ao autor 'o direito de demandar quanto à herança de seu pai' não conduz ao entendimento, sustentado pela recorrente, de que o pedido de petição de herança não foi acolhido ou o foi apenas em parte. Ao contrário, o 'direito de demandar quanto à herança', ou em outras palavras, de requerer a quota-parte a que faz jus de quem indevidamente a recebeu, é efeito exatamente da integral procedência da hereditatis petitio, encerrando providência que se promove a título de execução do julgado. E, diga-se, tal providência — que pode inclusive ser implementada sob a forma de mero pedido de retificação da partilha — prescinde de prévia declaração explícita de nulidade desta, nulidade que decorre lógica e automaticamente do êxito da petição de herança, com reconhecimento da condição de herdeiro a alguém que não figurou no processo de inventário".

E mais adiante:

"O punctum saliens do problema está em que, de fato, inexistia a autoridade da coisa julgada perante quem não foi parte no processo onde se proferiu a sentença (CPC, art. 472). Por isso, se o herdeiro tinha di-

reito à herança, como veio a reconhecer a nova sentença da ação de petição de herança e não participou do inventário, a sentença de partilha é nenhuma para ele, e até mesmo para os demais contemplados no juízo sucessório, por violação do litisconsórcio necessário, como já se demonstrou. É, assim, direito inconteste do vencedor da ação de petição de herança o de requerer simplesmente que outra partilha se faça, guardando-se respeito a seu direito hereditário" (op. cit., págs. 211/212).

Finalmente:

"Incensurável, no particular, a assertiva constante do aresto impugnado no sentido de que 'o reconhecimento posterior produziu efeitos ex tunc, colocando-o como titular do domínio da herança, na parte que lhe tocava, desde a abertura da sucessão.

"Despropositada, destarte, a alegação de não ostentar o postulante a condição de proprietário e, por isso, não lhe ser possível o uso da via repressutória.

"Não lhe era, isso sim, exigível fazê-lo. Poderia ter-se valido, consoante anotado, de mero pedido de retificação da partilha" (op. cit., pág. 213).

Por conseguinte, a procedência da ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança, resulta lógica e automaticamente na nulidade da partilha do inventário, realizada sem a presença do herdeiro aqui vitorioso e lá excluído, a dispensar ação específica que tenha por objeto vê-la reconhecida expressamente, bastando ao autor o simples pedido de

retificação de partilha nos autos próprios do inventário, porque aquela sentença homologatória não faz coisa julgada para o autor (art. 472, CPC).

Mas na verba honorária o recurso procede.

Trata-se de demanda com dez anos de tramitação e que por certo ainda exigirá atuação do advogado em fases posteriores. A causa é relativamente complexa, com vasta produção de prova, sobretudo testemunhal, a recomendar remuneração mais condizente que aquela estipulada. Além disso, dita verba não pode ser fixada em salários mínimos (STJ, REsp. n. 25.306-1/RS, Min. Dias Trindade, in DJU de 20/9/93 e art. 7º, IV, da CF).

De outra banda, inescandível é que a decisão importa no reconhecimento do direito à percepção da parte dos bens do falecido e isto, não há negar, equivale à condenação, na medida em que representa vantagem patrimonial.

Logo, razoável é a aplicação do disposto no § 3º do art. 20 do CPC para o caso e, por força do que já se

expôs, o percentual adequado é o de 20% sobre o seu valor, entendendo-se como tal aquele equivalente ao respectivo quinhão hereditário, mais os frutos, se os houver, cujo quantum há que ser apurado em liquidação de sentença.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, prover parcialmente o recurso do autor para fixar a verba honorária em 20% (vinte por cento) sobre seu quinhão hereditário e respectivos frutos se houver, e desprover o apelo dos réus.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 12 de junho de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 98.011038-6, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Vanderlei Romer

Compra e venda de imóvel — Inadimplemento dos compromissários adquirentes — Resolução do contrato — Cláusula resolutive expressa — Reintegração de posse após verificada a condição — Perda parcial das prestações pagas a título de ressarcimento pela indevida utilização do bem — Código de Defesa do Consumidor — Prefixação das perdas e danos — Admissibilidade.

Estabelecida entre os participantes de compromisso de compra e venda cláusula resolutiva expressa, fica ele rescindido de pleno direito se o devedor, notificado da mora, mantém-se inerte. Sua posse passa então a ser viciada, podendo ser readquirida por interditos próprios, mais especificamente por meio da reintegração de posse a cujo pedido é lícito ao autor cumular o de condenação em perdas e danos, decorrentes da utilização do bem adquirido.

A cláusula de decaimento, consistente na perda das prestações já pagas, considera-se abusiva (Código de Defesa do Consumidor, art. 53), mas não afasta, por si só, a possibilidade de prefixação das perdas e danos no pacto, por meio de pena compensatória, que pode prevalecer, desde que não se traduza em estipulação geradora de aproveitamento ilícito de um dos contratantes, com sacrifício ou prejuízo do outro.

“O fornecedor tem o direito de compensar a vantagem econômica auferida pelo consumidor, com o seu direito de obter restituição de parte das parcelas pagas” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado, 3ª edição, Ed. RT, pág. 1.384).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.011038-6, da comarca de São José, em que é apelante Nora Ney Terezinha Vieira Souza, sendo apelada J. A. Construções Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso de Nora Ney Terezinha Vieira Souza e o de Ozair Pereira de Souza, e prover parcialmente o recurso adesivo de J. A. Construções Ltda.

Custas legais.

I — Relatório

J. A. Construções Ltda. propôs ação de rescisão de contrato cumulada com reintegração de posse contra

Nora Ney Terezinha Vieira Souza e seu marido, Ozair Pereira de Souza, expondo que, mediante compromisso de compra e venda de imóvel, obrigou-se a vender aos requeridos o apartamento n. 303, do Bloco “A”, e a vaga de garagem n. 4A, do edifício denominado Edifício Residencial Sevilha, no Parque Residencial Floresta, município de São José, SC, cujo preço seria pago mediante um sinal, mais 72 parcelas mensais iguais, a partir de 8/5/94 e 12 reforços semestrais, a partir de 8/6/94, cujos valores constam da inicial, e que sofreriam reajustamentos segundo critérios estabelecidos contratualmente.

Os requeridos foram imitidos na posse do imóvel compromissado, mas deixaram de efetuar o pagamento das parcelas vencidas a partir

de 8/4/95, inclusive, dando azo à rescisão contratual, nos termos da cláusula décima segunda, que prevê:

“Este contrato poderá ser rescindido, independentemente de qualquer aviso, notificação ou interpelação, se houver atraso igual ou superior a 60 (sessenta) dias no pagamento de qualquer quantia devida, ou se houver infração de qualquer cláusula ou disposição ajustada”.

A inicial também reproduz o que foi estabelecido na seqüência do instrumento:

“Cláusula Décima Terceira: Se a rescisão ocorrer por inadimplemento do comprador este perderá, em favor da vendedora, o sinal pago, bem como as demais quantias pagas, a título de cláusula penal pelo uso do imóvel compromissado. Se a vendedora for a culpada pela rescisão, esta deverá restituir o sinal em dobro, e devidamente atualizado, bem como o equivalente a 50% (cinquenta por cento) das demais quantias recebidas, também devidamente atualizadas. Os demais 50% (cinquenta por cento) serão retidos como forma de pagamento do uso dos bens negociados”.

“Cláusula Décima Quarta: Se a rescisão ocorrer judicialmente, caberá ao infrator o pagamento de despesas, custas e honorários, além da aplicação do disposto na cláusula anterior.

“Cláusula Décima Quinta: Ocorrendo a rescisão, em qualquer caso, o comprador deverá restituir de imediato o imóvel, totalmente livre de bens e pessoas, ficando vedada, em qualquer caso, a retenção por benfeitorias, sejam de que natureza forem,

sob pena de não o fazendo caracterizar esbulho possessório. O pedido de rescisão poderá ser cumulado com reintegração de posse, com concessão de liminar, ficando o comprador sujeito ao pagamento da multa diária que for requerida na oportunidade, pela permanência indevida nos imóveis”.

Mesmo notificados judicialmente, os réus não cumpriram com o avençado, razão pela qual pede a autora a procedência da ação, com a rescisão do compromisso de compra e venda firmado entre as partes, a restituição do imóvel compromissado a ela pelo já caracterizado esbulho possessório, a perda do sinal pago e da totalidade das parcelas pagas, a título de cláusula penal como ressarcimento pela ocupação do referido bem desde a data da assinatura do contrato, além dos encargos de sucumbência.

A exordial veio acompanhada de documentos.

Nora Ney Terezinha Vieira Souza contestou o pedido, reconhecendo estar em mora no pagamento das prestações ajustadas na avença, justificando-a em razão de estar desempregada por determinado período e que agora, já trabalhando e com certa economia, pretende satisfazer a obrigação de forma fracionada e com juros compatíveis com a realidade atual.

Insurgiu-se contra a cláusula oitava do contrato por prever encargos excessivos, como a multa de 10% sobre a totalidade do débito e honorários advocatícios de 20% sobre este débito e seus acréscimos.

Da mesma forma posicionou-se contra a disposição da cláusula déci-

ma terceira, prevendo a perda, em favor da vendedora, do sinal pago e demais quantias pagas, à guisa de cláusula penal pelo uso do imóvel comprometido, em caso de rescisão contratual por inadimplemento do comprador, bem como contra a cláusula décima quinta, que prevê a restituição do imóvel sem direito à retenção por benfeitorias, dizendo-as nulas de pleno direito, a teor dos artigos 53 e 51, n. XVI, do Código de Defesa do Consumidor.

Acrescentou que a citada multa de 10% deixou de ser exigível ante a edição da Lei n. 9.298/96, que estabeleceu seu limite máximo em 2%.

Também trouxe documentos.

A Ozair Pereira de Souza, revel, citado por edital, foi nomeado curador especial, que apresentou contestação, com preliminar de irregularidade de representação e pedido genérico de improcedência do pleito inaugural.

Houve réplica.

O juiz conheceu diretamente do pedido (art. 330, I, CPC), dando pela procedência parcial da ação para declarar rescindido o compromisso de compra e venda firmado entre os litigantes, com a perda do sinal pago pelos réus e a reintegração de posse do imóvel após o trânsito em julgado da sentença. Condenou os requeridos em custas e despesas processuais, assim como em honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% do valor da causa, devidamente atualizado. E, ato contínuo, indeferiu o pedido de perda da totalidade das prestações pagas, como forma de ressarcimento pela ocupa-

ção do imóvel sub judice, pelos compradores, desde a data da assinatura do contrato.

Os réus interpuseram, cada um por si, recurso de apelação.

O de Nora Ney repete as articulações já expendidas em contestação, e o de Ozair limita-se a pedir a anulação da decisão a quo porque prolatada sem que o Magistrado tentasse conciliar as partes na forma prevista no art. 447 do Estatuto Processual Civil.

A autora, por seu turno, interpôs recurso adesivo ao recurso de apelação da ré, voltando-se contra a sentença na parte em que determinou a devolução da totalidade das quantias pagas a título de amortização das prestações decorrentes do contrato, devidamente corrigidas, ante dispositivo do Código de Defesa do Consumidor.

Disse que o exato cumprimento da cláusula contratual invalidada não trará vantagem ou enriquecimento ilícito à recorrente, que teve despesas com financiamento, corretagem imobiliária, encargos tributários e outros, superiores ao sinal pago pelos requeridos.

Logo, é perfeitamente válida a cláusula décima sétima do contrato, pois estabelece cláusula penal que predetermina o valor das perdas e danos resultantes da ocupação do imóvel pelos promitentes compradores, sem obrigações abusivas ou iníquas que os colocassem em situação de desvantagem.

Trazendo doutrina e jurisprudência, pede a procedência do adesivo com a reforma da decisão na parte im-

pugnada, com seus consecutórios legais.

Os recursos foram contra-arrazoados, subindo os autos a esta Instância.

II — Voto

Com relação ao apelo interposto por Nora Ney Terezinha Vieira Souza, evidente o acerto da sentença ao declarar rescindido o compromisso de compra e venda com a restituição do imóvel compromissado à requerente, diante do expresse reconhecimento, na contestação, da inadimplência dos promitentes compradores, dizendo que os pagamentos das prestações periódicas em que se divide o preço foram suspensos diante dos encargos elevados e das dificuldades financeiras por que passaram. Seu pleito de renegociação parcelada do débito com a construtora, mediante aplicação de “juros compatíveis com a realidade atual” não pode ser dirigida ao Judiciário, que não é detentor do direito e, sim, à credora.

À promitente vendedora se aplica o disposto no parágrafo único do art. 1.092 do Código Civil:

“A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos”.

Conseqüência natural da rescisão do compromisso de compra e venda é a recuperação da posse do imóvel, cedida por força da avença desfeita, sobretudo no caso, em que além da cláusula resolutive expressa, houve notificação judicial dos inadimplentes para purgação da mora, sob pena de caracterização do esbulho possessório (fls. 9/26).

É da jurisprudência:

“Estabelecida entre promitente comprador e promitente vendedor cláusula resolutive expressa (inadimplência), fica rescindido de pleno direito o compromisso se o devedor, notificado da mora, mantém-se inerte.

“Constituído em mora, a posse torna-se viciada, precária ou eivada de má-fé, podendo ser readquirida através dos interditos possessórios, mais especificamente, através da reintegração de posse” (TJSC, AI n. 97.005852-7, da Capital, Des. Carlos Prudêncio, 9/6/98).

No que toca à validade da multa estipulada em 10% sobre o valor do débito, em casos de mora, juros, atualização monetária e percentual prefixado para honorários advocatícios (cláusula oitava), tem-se questão totalmente alheia à natureza da causa, já que a ação proposta não é de cobrança e, sim, rescisória de contrato, com reintegração de posse e perdas e danos prefixado em cláusula penal compensatória.

Não se busca, na lide, a cobrança de sanções moratórias, de sorte que a discussão criada a esse respeito é de todo impertinente.

Poder-se-ia cogitar, em tese, que a matéria levantada na defesa e repetida em apelação se refira ao pagamento de parcelas já pagas, embora com atraso. Só que isto, além de não ter sido explicitado nas articulações da devedora, só poderia ter sido argüido em sede de reconvenção para repetição de indébito, o que não é o caso dos autos. Mesmo em relação aos honorários advocatícios, estes foram arbitrados em 15% sobre o valor da causa, sem duplicidade e sem vinculação com

a estipulação contratual, o que torna de todo despropositada a impugnação trazida no recurso.

Quanto à perda do sinal pago, inexistente nulidade nessa cláusula de decaimento, mesmo à luz do Código de Defesa do Consumidor, permanecendo a respeito o enunciado do art. 1.097 do Código Civil.

Sobre a quaestio, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

“No contrato de compra e venda de imóvel as arras constituem uma quantia estabelecida para que o contrato se torne obrigatório. Mas se o contratante que pagou o sinal der causa à impuntualidade da prestação, ou à resolução do contrato, perdê-lo-á em benefício do outro” (REsp. n. 13.028—RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter).

O mesmo recurso questiona a validade da cláusula que prevê a perda total das parcelas periódicas pagas, diante da disposição contida no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, sendo evidente a falta de interesse de recorrer já que, nessa parte, a sentença lhe foi favorável. A sucumbência, na questão, foi da postulante, devendo a matéria ser objeto de apreciação no recurso adesivo, interposto para tal fim.

Finalmente, alude a apelação de Nora Ney à nulidade da cláusula contratual que prevê a renúncia ao direito de retenção do imóvel por benfeitorias, a teor do art. 51, n. XVI, do Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que a apelante não efetuou benfeitoria alguma sobre o imóvel compromissado, tanto que a contestação e o recurso são totalmente silentes a respeito. Não basta mera alegação

genérica ao suposto direito se não apontado fato algum que a ele corresponda.

O outro recurso de apelação, este interposto por Ozair Pereira de Souza, representado por seu Curador Especial, quer a anulação do processo a partir da sentença porque proferida sem prévia tentativa de conciliação das partes em audiência.

Ora, o Togado a quo conheceu diretamente do pedido, decidindo a causa, porque a questão de mérito, de direito e de fato, necessitava apenas de prova documental.

É preceito cogente do artigo 331, I, do Código de Processo Civil, e a audiência a que alude o artigo seguinte só se realizará quando não se verificar qualquer das hipóteses autorizadoras do julgamento antecipado.

Se tal não ocorre, desnecessária a audiência de conciliação (v. Código de Processo Civil e Legislação em Vigor, Theotonio Negrão, 30ª ed., pág. 385).

Finalmente, analiso o reclamo adesivo interposto por J. A. Construções Ltda., visando a reforma da sentença na parte em que indeferiu o pedido de perda da totalidade das prestações periódicas pagas, a título de cláusula penal como ressarcimento pelo uso indevido do imóvel compromissado desde a assinatura do contrato.

Com efeito, disciplina a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990:

“Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de ple-

no direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”.

A clareza solar do dispositivo não enseja interpretações divergentes, sendo farta e reiterada a jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser nula, por abusiva, a cláusula de decaimento que prevê a perda da totalidade das prestações pagas de resolução contratual motivada pelo inadimplemento do comprador.

Quando a questão é pura e simplesmente esta não vejo, repito, dificuldade na sua equação.

Mas o conflito de interesses, no caso de contrato, enseja hipótese que extravasa os simples contornos antes expostos.

O sinal pago, perdido em favor da vendedora, além da sua natureza jurídica, sinônimo de forma obrigatória da avença (art. 1.097, CC), reveste-se igualmente de caráter compensatório pelas despesas havidas com o financiamento do empreendimento, comissões de corretagem, encargos tributários devidos pela operação, depreciação normal do imóvel pelo seu uso etc., não se podendo afirmar a existência de locupletamento ilícito da vendedora, até porque o sinal equivale a pouco mais de 10% do preço do bem.

A questão que se coloca aqui é se o pacto poderia prever a indenização por perdas e danos decorrentes da indevida utilização do imóvel, prefixando-a na perda das prestações mensais pagas.

Já se colocou que a permanência dos compradores no imóvel comprometido, sobretudo depois de constituídos em mora, torna-os possuidores de má-fé, a ensejar o manejo dos interditos possessórios. E é lícito ao autor cumular ao pedido possessório o de perdas e danos (art. 921, I, CPC).

E é razoável afirmar que as perdas e danos, in casu, consistem na não utilização econômica do apartamento durante o período em que os compradores o vêm possuindo com posse viciada, sem contraprestação alguma, o que pode levar à inversão de posição relativamente ao locupletamento ilícito.

A imissão de posse deu-se, em caráter precário, na data da assinatura do contrato, em 8 de abril de 1994 (fls. 21/22). Foram pagas as prestações devidas até março de 1995, de sorte que há mais de quatro anos dá-se a ocupação gratuita, período este que certamente se alongará, já que o comando sentencial determinou a expedição de mandado reintegratório somente após o seu trânsito em julgado.

Tal quadro não caracteriza enriquecimento ilícito decorrente da compensação pretendida no adesivo, como se da vendedora fosse exigível permitir tal ocupação, por simples liberalidade ou benemerência.

A possibilidade da compensação dos aluguéis que pudessem ser auferidos contra as prestações a serem devolvidas, mesmo diante dos artigos 51 e 53 do Código de Defesa do Consumidor, encontra precedente no Superior Tribunal de Justiça, valendo a transcrição de parte do voto do Min. Waldemar Zveiter:

“Na hipótese, a solução apontada pela jurisprudência da Corte, firmada no sentido de evitar o locupletamento indevido de uma parte em detrimento da outra, aponta a compensação dos valores a serem ressarcidos por ambas as partes, como critério pertinente.

“Foi assim delineado no REsp. n. 60.816-3, de São Paulo, de minha relatoria, onde o ponto foi apreciado também.

“Se este, a fim de pleitear a resolução do contrato por inadimplemento do consumidor, foi levado a efetuar despesas, inclusive em função da venda do produto, o consumidor sofre-lhe as conseqüências. Do mesmo modo, e tendo em vista que, se de um lado não é lícito ao produtor impor ao adquirente a ‘perda total’ das prestações pagas, lucrando a sua retenção e a recuperação simultânea da coisa alienada — igualmente atenta contra a finalidade social da lei assegurar ao consumidor a plena restituição das quantias pagas, após ter por certo tempo fruído a utilização do bem adquirido.

“O problema não se resolve, pura e simplesmente, com a literalidade da regra legal que tem por nula a cláusula que estabeleça a perda total das prestações. O que veda ela é a estipulação geradora de um aproveitamento obtido por um dos contratantes, com sacrifício ou prejuízo do outro contratante’.

“Tal aspecto vislumbrou também o acórdão recorrido, todavia, não assim dispôs.

“Por tais fundamentos conhecido do apelo pela letra c e lhe dou par-

cial provimento para que no ressarcimento dos danos se adote a compensação dos alugueres aferidos contra as prestações a serem devolvidas, apuráveis em execução, custas em proporção e honorários advocatícios pelos contratantes a seus patronos... (RT 727/127)” (in Código de Defesa do Consumidor na Jurisprudência. Darcy Arruda Miranda Junior, Ed. Jurídica Brasileira, pág. 234).

E mais:

“O fornecedor tem o direito de compensar a vantagem econômica auferida pelo consumidor, com o seu direito de obter a restituição de parte das parcelas pagas” (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, in Código de Processo Civil Comentado, Ed. RT, 3ª edição, pág. 1.384).

Prejuízos como estes podem, a toda evidência, ser prefixados a título de perdas e danos, no pacto, por meio de pena compensatória, evitando-se com isto o transtorno da liquidação.

Restando claro o título pelo qual se atende ao reclamo adesivo, cumpre todavia limitá-lo em seu quantum, à vista da cláusula décima terceira do contrato:

“Cláusula Décima Terceira: Se a rescisão ocorrer por inadimplemento do comprador este perderá, em favor da vendedora, o sinal pago bem como as demais quantias pagas, a título de cláusula penal pelo uso do imóvel compromissado. Se a vendedora for a culpada pela rescisão, esta deverá restituir o sinal em dobro, e devidamente atualizado, bem como o equivalente a 50% (cin-

qüenta por cento) das demais quantias recebidas, também devidamente atualizados. Os demais 50% (cinquenta por cento) serão retidos como forma de pagamento do uso dos bens negociados”.

É que não se justifica a adoção de quantias diferenciadas como forma de pagamento pelo uso do bem negociado, por ser esta ou aquela a parte inadimplente. O valor equivalente à fruição do imóvel só poderia ser um, pouco importando de quem partisse a resolução contratual.

Logo, deve a contradição ser interpretada em favor daquele contra quem foi estipulada, sobretudo porque pela sua redação, tudo leva a crer, partir da vendedora, a se considerar o impresso de fls. 15/22.

Por tais razões, voto pelo desprovimento dos recursos interpostos por Nora Ney Terezinha Vieira Souza e Ozair Pereira de Souza e pelo provimento parcial do recurso adesivo de J.A. Construções Ltda., determinando a perda, pelos autores, de 50% do valor das parcelas periódicas pagas, a título de ressarcimento pela ocupação

do imóvel compromissado, cabendo ao ré a devolução da outra metade, das prestações pagas, atualizadas monetariamente a partir do efetivo desembolso. Quanto aos honorários advocatícios e despesas processuais, permanece o disposto na sentença.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, desprover o recurso de Nora Ney Terezinha Vieira Souza e o de Ozair Pereira de Souza, e prover parcialmente o recurso adesivo de J. A. Construções Ltda.

Presidiu a sessão de julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 27 de maio de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente para o acórdão;
Vanderlei Romer,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 45.415 (88.072202-7), DE JOAÇABA

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Ação declaratória de inexistência parcial de débito. Relação jurídica mercantil cambiária. Natureza constitutiva negativa do pleito. Inteligência dos artigos 4º do CPC e 219 do Código Comercial. Cautelar de sustação de protesto. Pedidos acolhidos. Apelo desprovido.

1 — Restando demonstrado, por convincente prova documental, a realização de regular transação comercial entre os litigantes,

não há falar em declaração de inexistência de débito decorrente do negócio hígido.

2 — Considerando o caráter de acessoriedade e provisoriedade que caracterizam o processo cautelar, segundo o disposto no artigo 796 do CPC, é correto e oportuno o julgamento simultâneo desta ação e da demanda principal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 45.415 (88.072202-7), da comarca de Joaçaba (2ª Vara), em que é apelante Confecções Segretto Ltda. e apelada Becol — Beneficiamento de Couros Ltda.:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, desprover o recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

Confecções Segretto Ltda. ajuizou ação declaratória de inexistência parcial de débito perante o Juízo de Direito da 2ª Vara da comarca de Joaçaba, contra Becol — Beneficiamento de Couros Ltda., colimando seja considerada a importância de Cr\$ 336.888,00 como diferença de faturamento e Cr\$ 748.640,00 pela não devolução de 374,32m² de raspas de couro, bem como declarada a inexistência de uma dívida de apenas Cr\$ 748.640,00, em vez dos valores constantes das duplicatas DM — 24098 A (fls. 6 da Cautelar n. 20.525/91, em apenso), com valor de Cr\$ 381.122,00 e vencimento em 1º/8/91 e DM 24126A (fls. 6 da Medida Cautelar n. 20526/91, em apen-

so), no valor de Cr\$ 1.453.046,00 e vencimento em 3/8/91.

Alega, para tanto, ter contratado com a requerida o beneficiamento de 117 peças de couro salgado. Ao devolvê-las à requerente, juntamente deveria ter sido entregue a raspa do couro, em igual quantidade.

Devido ao negócio celebrado foi lançada a nota fiscal n. 000020 (fls. 7 da cautelar em apenso) e depois as notas de ns. 006585 (fls. 8) e 006659 (fls. 9) e as respectivas duplicatas.

O preço do beneficiamento do couro havia sido anteriormente ajustado em Cr\$ 4.000,00 o metro quadrado, no entanto, foi-lhe cobrado Cr\$ 4.900,00 e a raspa não foi devolvida. Isso implicaria numa redução de Cr\$ 336.888,00 no valor da nota fiscal, pela diferença entre o valor ajustado previamente e o efetivamente cobrado. No referente à raspa do couro não devolvida, a requerida deve à requerente a quantia de Cr\$ 748.640,00.

Regularmente citado, em resposta aduz a requerida, em síntese, que o preço ajustado foi o de Cr\$ 4.900,00 o m² e que não cabe agora, depois de ter recebido toda a mercadoria, a requerente pretender discutir os valores contratados. No que concerne à devolução da raspa do couro, afirma que o valor da raspa do couro é bem menor do que o do couro beneficiado, posto ser um subproduto deste.

A final, pugna pela improcedência do pedido.

O autor manifestou-se sobre a resposta às fls. 32/35.

Nas duas ações cautelares de sustação de protesto anteriormente ajuizadas, a requerente pleiteou e obteve a sustação do protesto das duas duplicatas suso mencionadas.

Entregando antecipadamente a prestação jurisdicional conjunta, o Magistrado julgou improcedentes os pedidos, tanto nas cautelares (tendo sido revogadas as liminares de sustação de protesto) quanto no processo principal, condenando a requerente no pagamento de custas processuais e estípcio advocatício, este fixado em 20% sobre o valor da causa, devidamente corrigido.

Irresignada com o teor do decisório adverso, apela a vencida, repisando, em suma, os argumentos utilizados na inicial.

Contra-arrazoado o recurso, contados e preparados, ascenderam os autos a esta Casa.

É o relatório.

II — Voto

Incorreu cerceamento de produção de prova, como quer fazer crer a apelante.

É que, na verdade, a documentação capeada é suficiente ao convencimento acerca dos meandros que ensejaram o conflito de interesses enfocado.

Assim, dado ser cogente o conteúdo da norma procedimental previsto no artigo 330, I, do CPC, andou bem

o Magistrado em conhecer antecipadamente da lide, como adiante se verá.

Ora, como se sabe, a ação declaratória de inexistência de débito se presta ao reconhecimento da inexistência da relação jurídica cambiária-forme, com a liberação do sacado do pagamento de títulos emitidos abusivamente.

Como é assente na doutrina, a duplicata é título de crédito causal, vale dizer, sua emissão pelo comerciante só é possível em havendo uma compra e venda mercantil a prazo, devendo-se ainda providenciar a expedição da fatura ou nota fiscal-fatura com a relação das mercadorias negociadas, sua qualidade e quantidade.

Todos esses requisitos, que validam a emissão da duplicata, restaram comprovados nos autos.

Assim, os pedidos declaratório e cautelar mereciam denegação, como bem enfatizou, aliás, o douto decisório objurgado, da lavra do eminente Magistrado Dr. Joel Dias Figueira Júnior, cuja jurígena e adequada fundamentação acolho como razão de meu voto.

Ei-la:

“Objetiva a autora com a presente ação a declaração que se declare parcialmente inexistente o seu débito para com a ré, ou seja, o reconhecimento de uma dívida com um quantum inferior ao montante das duplicatas ns. 24098A e 24126A.

“É fato incontroverso nestes autos que as litigantes contrataram o beneficiamento de 117 peças de couro, em 16 de maio de 1991, segundo se infere da nota fiscal n. 000020 (fls. 7 autos em apenso), trabalho este que seria desenvolvido

pela ré e que foi a causa da extração das notas fiscais ns. 006585 (fls. 8), e 006659 (fls. 9), autos principais e das respectivas duplicatas.

“O cerne do enleio reside em dois pontos, quais sejam, o valor da contratação pela prestação dos serviços e a não devolução das raspas de couro.

“Com referência a essa última questão, não pode prosperar o entendimento da autora, ao menos nesta ação, no sentido de que seja abatido do valor das duplicatas o subproduto das 117 peças de couro, mais precisamente as raspas, que teriam ficado em poder da ré, em oposição ao acordo realizado entre elas.

“O que pretende a autora, em outras palavras, é efetuar uma ‘compensação’ entre a sua dívida e o alegado crédito. Porém, a via processual escolhida e o remédio judicial utilizado não se prestam ao fim colimado.

“A ação denominada declaração de inexistência de débito classifica-se como constitutiva negativa ou desconstitutiva de uma determinada relação jurídica, tendo conseqüentemente, como objeto imediato, a desconstituição (total ou parcial) do suposto crédito existente em favor da parte ex adversa.

“No caso sub examine, fundamenta a autora sua pretensão no art. 4º, inc. I, do CPC, onde o seu interesse limita-se a declarar a inexistência de relação jurídica. Por isso, os argumentos apresentados na exordial não se prestam para desconstituir (mesmo parcialmente) a relação jurídica cambiária.

“Apenas ad argumentandum, poderíamos dizer que a existência de um pretense direito em receber a devolução das raspas do couro não é capaz de ilidir ou reduzir o crédito da ré para com a autora. Tal conflito deve ser resolvido em sede própria e autônoma, seja em perdas e danos ou postulando a entrega daqueles bens.

“Convém frisarmos em passant que a ré foi categórica ao afirmar que não tem qualquer interesse nas raspas, por ser de baixa qualidade, estando as mesmas, inclusive, à disposição da autora (fls. 26).

“O outro ponto saliente nesta lide é o valor estipulado para a transação, pois, segundo alega na exordial, teriam estabelecido em Cr\$ 4.000,00 o valor do metro quadrado das peças, não obstante o faturamento feito pela ré em Cr\$ 4.900,00. Neste particular, não assiste também qualquer razão à autora, senão vejamos:

“Em defesa de sua tese, diz a autora que fixaram previamente o valor em Cr\$ 4.000,00 para o beneficiamento do couro porque levaram em conta a ‘...crítica situação econômica em que atravessa o país...’ (fls. 33, autos principais). Curiosamente, na mesma época, realizaram as litigantes outra transação, em 18 de junho de 1991, que concretizou-se de maneira cabal, com a estipulação de um valor de Cr\$ 5.200,00, conforme demonstrado através da nota fiscal n. 006233 (fls. 44, autos em apenso).

“Ora, como seria possível tamanha discrepância nos valores, nos termos em que pretende a autora, num espaço temporal inferior a trinta dias?

Teria-se tornado crítica a situação nacional em menos de um mês? A resposta é evidentemente negativa.

"Aliás, como bem demonstrou a ré em seus articulados de n. 16, da contestação do feito principal, '...ocorre que, conforme se apura na leitura das próprias notas fiscais acostadas pela autora aos autos, o couro quando chega na seção de acabamento é enviado em peças com 3,2m² cada, em média. Assim, tomando por base a nota n. 0233 atacada, conclui-se que sendo o preço da peça de couro de Cr\$ 1.000,00, dividindo-se por 3,2m², teremos o preço por m² de Cr\$ 312,50. Logo, se acrescentarmos aos Cr\$ 312,50 por m² o valor do acabamento de Cr\$ 4.900,00, teremos o preço final por m² de Cr\$ 5.212,50...' (fls. 25).

"Por outro lado, a comparação feita pela autora com outra empresa do mesmo ramo (Galvano, Miola & Cia. Ltda.) demonstra justamente o contrário de sua pretensão, ou seja, que os preços contidos nas notas fiscais ns. 006585 e 006659 estão oscilando na média de mercado e ainda um tanto quanto aquém em relação ao parâmetro apontado.

"Como se não bastasse, milita em desfavor da autora o disposto no art. 219, parte final, do Código Comercial, in verbis: '...As faturas sobrebitas, não sendo reclamadas pelo vendedor ou comprador, dentro de dez dias subseqüentes à entrega e recebimento (art. 135), presumem-se contas liquidadas'. Tal circunstância é admitida como verdadeira pela própria autora (fls. 33 dos autos principais), que procura justificar sua

omissão alegando, com singeleza que, naqueles dias, ficou aguardando uma composição amigável que estava sendo entabulada entre as partes.

"Em caso semelhante, assim já se manifestou o egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

'Bonijuris 4029

'Verbete compra e venda mercantil — Defeitos na mercadoria — Prazo — Justa recusa do credor.

'Relator Ulysses Lopes

'Tribunal TAPR.

'— O comprador tem o prazo de 10 dias para fazer qualquer reclamação quanto a defeitos aparentes na mercadoria comprada. Não o fazendo, toma a 'si todos os riscos, perdendo quaisquer direitos contra o vendedor', em razão de decadência. Justa é a recusa do credor em receber importância inferior ao seu crédito, segundo enuncia o artigo 896, IV, do Código de Processo Civil (TAPR — Ap. Cív. n. 1.985/89 — ac. unân. da 4ª Câm. Cív. — publ. em 4/10/89 — rel. Juiz Ulysses Lopes)'.
'Assim sendo, encontrando-se perfeita e acabada a compra e venda mercantil, inclusive com a devolução da mercadoria contratada, devidamente beneficiadas as 117 peças de couro, não pode a autora pretender que se declare a não existência parcial do débito.

"Assim sendo, encontrando-se perfeita e acabada a compra e venda mercantil, inclusive com a devolução da mercadoria contratada, devidamente beneficiadas as 117 peças de couro, não pode a autora pretender que se declare a não existência parcial do débito.

"Pelos mesmos motivos já assinalados anteriormente, a ação utilizada pela autora objetiva a desconstituição parcial da relação comercial e, estando a mesma concluída dentro das normas que norteiam a espécie, não pode ser declarada inexistente.

“Como bem salienta o Prof. Alfredo Buzaid em sua majestosa obra *A ação declaratória no direito brasileiro*, o objeto dessa ação é ordinariamente uma relação jurídica de conteúdo real ou pessoal, público ou privado (ed. 1986, págs. 151/153). Desta forma, orienta-se segundo os princípios e normas aplicáveis à relação objeto da lide, in casu, a mercantil cambiária. Assim, presentes todos os seus requisitos fundamentais e considerando-se ainda a decadência em que incidiu a autora por não fazer uso do art. 219 do Código Comercial em tempo hábil, o pedido principal merece ser rejeitado, ocorrendo o mesmo com os das ações acessórias conexas”.

Voto, pois, pelo desprovemento do apelo, mantendo integralmente a sentença objurgada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, a Câmara desproveu o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 15 de setembro de 1999.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 46.583 (88.075683-1), DA CAPITAL

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Administrativo. Magistrado aposentado. Licenças-prêmio não gozadas. Indenização devida pelo seu não gozo. Locupletamento indevido da Administração Pública. Recurso parcialmente provido.

1 — É indenizável, pela administração pública, ao servidor que se aposenta ou se exonera, a licença-prêmio não gozada enquanto em exercício do cargo do qual se aposentou ou exonerou.

2 — No período que vai da entrada em vigor da Lei Complementar n. 35, de 14/3/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) à vigência da Constituição Federal de 5/10/88, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal (Ação Ordinária n. 155-2—RS) e do Órgão Especial desta Corte de Justiça Catarinense (Mandado de Segurança n. 96.007354-0, da Capital), tem-se que o magistrado não tem direito à licença-prêmio, incabendo, pois, o pedido indenizatório posto não gozado quando em exercício do cargo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 46.583 (88.075683-1), da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho), em que é apelante Univaldo Corrêa, sendo apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, sem divergência de votos, prover parcialmente o apelo.

Custas de lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca da Capital, Univaldo Corrêa aforou ação ordinária de reconhecimento de direito c/c indenização contra o Estado de Santa Catarina, colimando, em suma, obter o direito à indenização pelos períodos de licença-prêmio não gozadas, sendo o réu condenado ao pagamento desta indenização, acrescida de juros de mora e correção monetária, bem como pagamento de custas e honorários advocatícios.

Após operada a tempestiva resposta, o autor apresentou impugnação, tendo o Parquet se manifestado pela improcedência da ação.

A seguir sobreveio a prestação jurisdicional monocrática, cujo relatório fica adotado, a qual fundamentada nos argumentos de que não restou comprovado nos autos que a licença-prêmio não fora gozada por necessidade de serviço, e tampouco fora negada pela Administração, que julgou o pedido improcedente, sujeitando o autor ao pagamento das custas processuais e de estipêndio advocatício, es-

tes fixados em 15% sobre o valor da causa.

Irresignado com o teor do decisório adverso, a tempo e modo apela o vencido, postulando, em síntese, a reforma da sentença, sob o argumento de que a Jurisprudência é pacífica no entendimento de que a indenização de licença-prêmio não gozada pelo servidor é uma reparação, e não conversão em pecúnia, eis que o Estado foi beneficiado em detrimento do servidor.

Requer, ainda, caso não seja reformada a sentença, que esta seja anulada, sob o argumento de que houve julgamento extra petita, eis que foi julgada improcedente a conversão da licença-prêmio em pecúnia, e este pedido não fora feito na exordial.

O apelado, embora devidamente intimado, não apresentou contra-razões.

Contados e preparados, ascenderam os autos a esta Corte.

O Ministério Público, em ambos os Graus de Jurisdição, opinou pelo provimento do recurso.

É o sucinto relatório.

II — Voto

Segundo o elenco probatório amealhado, o apelante aposentou-se na condição de magistrado em 8/6/92, pois exercia o cargo de auditor da Justiça Militar do Estado em Florianópolis.

Assim é que, pelo principal documento acostado (fls. 7), emanado da Secretaria deste Tribunal, concluiu-se haver-lhe sido concedido, enquanto magistrado catarinense, seis meses

de licença-prêmio, todos eles não gozados.

Ainda examinada a aludida certidão, vê-se que os períodos foram constituídos considerando-se os quinquênios 1972/1977, 1977/82, 1982/87 e 1987/1992.

O apelante postula, dessarte, o reconhecimento do direito, de caráter indenizatório, em ver transformado em pecúnia o labor realizado no período em que deixou de usufruir da mencionada licença, que lhe era garantida por lei.

A sentença lhe foi a final desfavorável ao argumento segundo o qual a conversão desse direito em pecúnia só seria possível na hipótese de as licenças não haverem sido gozadas por interesse da Administração, ou seja, segundo aquilo que se costumou denominar "por imperiosa necessidade do serviço".

O decisório hostilizado, todavia, não fez justiça ao apelante.

De efeito, o que o apelante pretende é obter, em síntese, como acima mencionei, uma reparação pelo não gozo da licença especial no tempo oportuno, pedido este de todo acolhível, como se verá.

É que, segundo consta do voto do eminente Des. Sérgio Paladino, relator da Apelação Cível n. 97.004795-9, da Capital, "...mesmo que se entenda revogada a norma inscrita no art. 189 da Lei n. 6.745, de 28/12/85 pelo disposto no art. 2º da Lei Complementar n. 36, de 18 de abril de 1991, mister que se frise que a autora pediu indenização pelo fato de não lhe ter permitido o Estado desfrutar dos dias de descanso a que fazia jus. Em

momento algum postulou conversão dos aludidos períodos em pecúnia.

"Ora, a 'indenizabilidade das férias e licenças-prêmios não gozadas em razão de interesse da Administração não implica conversão em pecúnia, mas reparação ao servidor, que, deixando de usufruir os dias de descanso a que fazia jus, permaneceu trabalhando em benefício do Estado' (RT 598/69). E a reparabilidade, sob pena de locupletamento indevido do Poder Público, é assegurada no ordenamento jurídico, motivo pelo qual rejeita-se a prefacial suscitada".

Assim, em suma, o pedido indenizatório é, nos períodos que mencionarei, inteiramente viável, como tem sido reiteradamente decidido nesta Corte (Apelações Cíveis ns. 97.004027-0, 96.007354-0, 48.192, 48.057, entre outras).

Examinando-se o documento embaixador do pedido (certidão de fls. 7), conclui-se que a pretensão vestibular é cabível no que pertine ao quinquênio 1972/1977, dado que o apelante era servidor público e teve, nesta condição, reconhecido o mesmo direito.

Ora, como se sabe, anteriormente à vigência da Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar n. 35, de 14/3/79), consoante os termos do decisório do Supremo Tribunal Federal promanado da Ação Ordinária n. 155-2, do Estado do Rio Grande do Sul, relatada pelo Ministro Octávio Gallotti, tem-se entendido que o magistrado era passível da mercê.

É que, segundo este precedente, a licença-prêmio não encontra, como se sabe, a partir da vigência da Loman, respaldo em lei, dado que o disposto no seu artigo 65 deve

ser implementada leitura restrita dos direitos ali concedidos aos juízes, sobretudo em face do regramento contido no § 2º deste mesmo dispositivo legal.

No entanto, considerando que o recorrente ingressou na magistratura deste Estado em 14/9/81 (fls. 7), afora o quinquênio 1972/1977, os períodos aquisitivos pretendidos e que se iniciam a partir de sua posse como Juiz Auditor da Justiça Militar da Capital e encerram quando de sua aposentação sucedida, como visto, em 8/6/92 estão situados, assim, após a vigência da sobredita Loman, sendo-lhe indevida, pois, a licença enfocada.

Há, entretanto, a propósito do tema, precedente originário do Órgão Especial desta Corte no Mandado de Segurança n. 96.007354-0, da Capital, em cujo aresto, da lavra do eminente Des. Anselmo Cerello, foi esposado entendimento ao qual adiro e tomo como fundamento de meu voto, transcrevendo, abaixo, a tal desiderato, excerto desses fundamentos, e que diz respeito ao tempo de serviço pós-Constituição de 1988.

Ei-lo:

“Derradeiramente, no que concerne da incompatibilidade da Loman com a concessão da licença-prêmio aos Magistrados, faço minha as judiciosas razões, do preclaro Ministro Marco Aurélio, constantes de seu luminoso voto referente a Ação Ordinária n. 155-2—RS:

‘Sr. Presidente, concordo com o nobre Ministro-Relator, quando S. Exa. assevera que a Carta de 1969 realmente remetia à disciplina da Lei Complementar direitos e deveres do Magistrado.

‘Fazia-o mediante o parágrafo único do art. 112: ‘Lei Complementar denominada Lei Orgânica da Magistratura Nacional, estabelecerá normas relativas à organização, ao funcionamento, à disciplina, às vantagens, aos direitos, e aos deveres da Magistratura, respeitadas as garantias e proibições previstas nesta Constituição ou dela decorrentes’.

‘Como salientou S. Exa., a edição da Lei Complementar n. 35 trouxe ao cenário jurídico um rol exaustivo dos direitos dos Magistrados, isto mediante o preceito do art. 65: ‘Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas, aos Magistrados nos termos da lei, as seguintes vantagens’.

‘A norma, portanto, é numerus clausus, e não simplesmente exemplificativa.

‘Por sua vez, o art. 69, ao cogitar especificamente das licenças, fê-lo com especificidade, com limitação:

‘Conceder-se-á licença:

‘I — para tratamento de saúde;

‘II — por motivo de doença em pessoa da família;

‘III — para repouso à gestante’.

‘Dir-se-á que o § 1º do art. 71 acabou por estender à Magistratura as licenças previstas relativamente aos servidores públicos. Penso que há um equívoco nesta assertiva, porque o § 1º do art. 71 não cuida desta extensão quanto às licenças em si. Remete, isto sim, ao art. 69, ao dispor que os períodos de licença concedidos aos magistrados, ou seja, aquelas licenças do art. 69, não terão limites — dado temporal, balizamento temporal — inferiores aos reconhecidos por lei ao funcionalismo da mesma pessoa de direito

público. Até aqui, comungo em gênero, número e grau com o nobre Relator Ministro Octávio Gallotti.

‘Surge a problemática veiculada no voto de S. Exa. que é o tratamento da matéria considerada a Carta de 1988: repetiu-se o teor do parágrafo único do art. 112? A Carta de 1988 deixou à Lei Complementar a disciplina de direitos em relação à magistratura? A meu ver, data venia, não, Senhor Presidente, porquanto há uma distinção nítida entre o texto do parágrafo único do art. 112 da Carta de 1969 e a letra expressa do art. 93 da Carta de 1988. Nos incisos e alíneas deste art. 93 só há uma referência a vencimentos e, mesmo assim, no sentido de que serão fixados com diferença não superior a dez por cento de uma para outra das categorias da carreira, não podendo, a título nenhum, exceder os dos Ministros do STF.

‘Se me perguntarem, sob o ângulo político, qual o melhor enfoque, direi que é o da Carta Pretérita; direi que, pedagogicamente, até mesmo em homenagem ao princípio isonômico, tudo recomenda que a questão alusiva a direitos da magistratura tenha disciplina nacional, abrangente, linear, para aplicação em todo Território. Todavia, não foi essa opção política dos Constituintes de 1988. Creio que, em face do disposto no art. 93, não podemos entender que no inciso V deste artigo tenha-se o que consignado na Carta Pretérita’.

‘E prossigue ainda o eminente Ministro: ‘seria o parágrafo único do art. 112 um preceito inócuo, no que se teria previsto, de forma minuciosa, de

maneira explícita, a disciplina das matérias que ficariam a cargo da lei complementar.

‘Senhor Presidente, peço vênia àqueles que entendem de modo diverso, e pela primeira vez estou defrontando-me com um caso envolvendo o tema, para concluir pela legitimidade da disciplina do tema pelo Estado-Membro. Faça-o, até mesmo preso à noção de federalismo, procurando atribuir aos Estados-Membros, aos Estados componentes da Federação, uma certa autonomia no campo normativo. Faça a ressalva, considerado o voto do Ministro-Relator sem chegar à concessão da segurança, porque o pedido formulado engloba período pretérito à Carta atual e, sem ele, não se tem o implemento do fator tempo para aquisição da licença. Registro, apenas, a óptica de que, no particular, a Carta de 1988 não recepcionou a Lei Orgânica da Magistratura Nacional e, portanto, não chego à interpretação conforme, da Carta Estadual, preconizada pelo nobre Ministro relator.

‘Apenas considero a Constituição do Estado, presente visão mais abrangente da referência a servidores — e aí incluo os agentes do Poder Judiciário — harmônica com a Federal’.

‘Face todo o disposto entendo que sob a égide da Lei Complementar n. 35/79 (Loman), no período anterior à promulgação da Constituição de 1988, não é devida a licença-prêmio aos Magistrados durante aquele período.

‘Tendo em vista porém que a Constituição de 1988, neste particular não recepcionou a Loman, face o disposto no art. 93 como também por ter estendido aos agentes do Poder Judiciário os direitos e vantagens

dos funcionários públicos em geral, inclusive a licença-prêmio, que não encontra, a respeito de sua incidência, incompatibilidade, e, por derradeiro, por entender que a Loman, ao excluir a licença-prêmio, afronta o princípio do federalismo, bem como o da irredutibilidade de vencimentos, entendendo devida a licença-prêmio aos juízes, a partir da promulgação da Constituição Federal em vigor”.

Em face dos argumentos suso expostos dou parcial provimento ao apelo para o fim de, reformada a sentença hostilizada, acolher-se parcialmente o pedido vestibular, reconhecendo o direito do apelante à indenização pleiteada, consistente no pagamento, a cargo do apelado, das licenças-prêmio não gozadas nos períodos aquisitivos (proveitáveis para fins de obtenção do quinquênio legal) que se situam nos seguintes lapsos temporais: a) 1972/1977; b) 1º/1/78 a 14/2/81 (esta última pertinente à assunção no cargo de magistrado catarinense, quando já em vigor a Loman); e, c) 5/10/88 (data da entrada em vigor da Carta Federal) a

8/6/92 (quando de sua aposentação), acrescida de juros de mora e correção monetária, tudo isto apurado em liquidação de sentença.

Em face de haver sucedido sucumbência de parte a parte, os litigantes arcarão recíproca e proporcionalmente com o pagamento das custas processuais e verba honorária, esta arbitrada no percentual de dez por cento, na conformidade do disposto no cabeço do artigo 21 do CPC.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, deu parcial provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 30 de junho de 1999.

Solon d'Eça Neves,
Presidente com voto;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 47.489 (88.078474-3), DA CAPITAL

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Ação ordinária de reconhecimento de direito cumulada com perdas e danos. Agregação. Constitucionalidade reconhecida do instituto. Cargos comissionados. Padrões DASU transformados em DGS. Lei n. 8.240 de 12/4/91. Correlação indemonstrada. Lei Complementar n. 43/92. Inexistência de direito a equiparação vencimental. Gratificação instituída pelo Decreto Estadual n. 658/91. Servidores públicos que não estavam no efetivo exercício do cargo em comissão quando da vigência. Ausência de direito à sua percep-

ção. *Remessa e apelo providos.*

1 — “*Servidor público: ‘estabilidade financeira’: a constitucionalidade das leis que a instituem que tem sido afirmada pelo STF (ADIn. n. 1.264, de 27/5/95, Pertence, LEX 203/39; ADIn. n. 1.279, 27/9/95, M. Corrêa)* — não ilide a plausibilidade do entendimento de ser legítimo que, mediante lei, o cálculo da vantagem seja desvinculado, para o futuro, dos vencimentos do cargo em comissão outorá ocupado pelo servidor, passando a quantia a ela correspondente a ser reajustada segundo os critérios das revisões gerais de remuneração do funcionalismo” (ARSS n. 844-7, Min. Sepúlveda Pertence).

2 — *A gratificação de 50%, instituída pelo Decreto n. 658, de 19 de setembro de 1991, deverá ser percebida por quem, efetivamente, exerceu o cargo, a partir da vigência do referido decreto, e não pelos que o exerceram no passado, nem para aqueles já definitivamente inativados, e que incorporaram aos vencimentos do cargo efetivo as gratificações então vigentes.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 47.489 (88.078474-3), da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 2º Cartório), em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelados José Eduardo Nunes de Souza e outros:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, por votação unânime, prover o apelo e a remessa.

Custas de lei.

I — Relatório

Ana Alice Maciel Ferreira, José Heriberto de Oliveira, José Eduardo Nunes de Souza e Armando Pelegrini Manfredini, todos professores estaduais em atividade, com exceção da primeira, já aposentada, propuseram

ação ordinária de reconhecimento de direito cumulada com perdas e danos contra o Estado de Santa Catarina, na pessoa de seu representante legal.

Em síntese, disseram ter agregado aos seus vencimentos as vantagens inerentes aos cargos comissionados que exerceram durante suas vidas funcionais, sendo que, em decorrência da Lei n. 8.240/91 — que veio a alterar a estrutura organizacional da Secretaria de Educação — foram estes extintos e substituídos por outros, com nova nomenclatura. Como consequência, acabou por estabelecer-se um tratamento diferenciado no que concerne ao padrão remuneratório existente entre os novos cargos — aos quais foi atribuído o código AD-DGS, níveis 1, 2 e 3 — e aqueles que desempenharam — códigos PE-DASU, níveis 1, 2 e 3 e PE-DASI, níveis 1 a 6 — não obstante serem idênticas suas atribuições.

Aduziram que, a partir da concessão do abono de Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros), em setembro de 1991, os cálculos não mais foram realizados corretamente, pois referido abono incidiu somente sobre o vencimento do cargo efetivo, quando deveria ser sobre a totalidade da remuneração percebida, o que resultou na redução salarial, violando, desta forma, preceitos constitucionais da irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos (art. 37, XV) e do direito adquirido (art. 5º, XXXVI)

Propugnaram, então, calcados no princípio da isonomia, a condenação do réu ao pagamento da remuneração inerente aos códigos AD-DGS 1, 2 e 3, ao nível assegurado por lei, mais gratificação de 50%, instituída pelo Decreto n. 658/91.

Citado, o Estado de Santa Catarina contestou o feito alegando, em suma: 1) que a Lei n. 8.240/91 extinguiu vários cargos de provimento em comissão, o que demonstra a total inconsistência da tese de correlação sustentada; 2) que não houve simples mudança de nomenclatura, pois foi extinto um número maior de cargos do que os criados; 3) que a LC n. 43/92 foi instituída com o objetivo de ensejar um efetivo controle sobre a folha de pagamento, proibindo vinculações ou equiparações de vencimentos, passando a denominar "vantagem nominalmente identificável" as agregações, assegurando, contudo, o seu reajuste sempre que atualizada a remuneração do cargo efetivo; 4) a revogação do art. 90 da Lei n. 6.745/85, do art. 80 da Lei n. 6.844/86 e do art. 24 da Lei n. 7.373/88, por serem incompatíveis

com os arts. 98, parágrafo único, da CF/69 e 37, XIII, da CF/88, pois vincula o benefício a todas as alterações remuneratórias, usurpando, assim, a competência do Chefe do Poder Executivo, prevista nos arts. 61, § 1º, II, a, da CF, e 50, § 2º, da CE; 5) que sendo a agregação inconstitucional, não há falar em direito adquirido, devendo ser reduzidas, de imediato, as vantagens dela decorrentes, por força do art. 17 do ADCT; 6) que a pretensão esbarra ainda no enunciado da Súmula 339 do STF, pois, não tendo o Judiciário função legislativa, não pode aumentar vencimentos, sob pena de ferir o princípio da tripartição dos Poderes.

No tocante ao mérito, pleiteou a improcedência da demanda.

Após regular tramitação do feito, sobreveio o ato compositivo da lide, acolhendo a Togada monocrática o pedido para o fim de declarar o direito dos autores ao recebimento das quantias pagas a menor, em razão do abono concedido em setembro de 1991 e reconhecer-lhes o direito à percepção de sua remuneração ou proventos, em consonância com os níveis fixados por cargos cujos direitos e vantagens incorporaram, reclassificados de acordo com a estrutura da Lei Estadual n. 8.240/91, e condenar o requerido, por conseguinte, ao pagamento dos respectivos valores vencidos, e seus reflexos, devidamente corrigidos, bem como da gratificação de 50% prevista pelo Decreto n. 658/91.

Em decorrência, condenou o Estado ao pagamento das custas processuais e estipêndio advocatício fixa-

do em 10% sobre o valor da condenação, na forma do art. 20, § 4º, do CPC.

Inconformado com o teor do decisório adverso, a tempo e modo apela o Estado de Santa Catarina, por seu representante legal, buscando a reforma do decisum, reeditando basicamente os argumentos espostos na contestação. Suscitou, porém, a declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 90 da Lei n. 6.745/85.

Colhidas as contra-razões e a manifestação ministerial, alçaram os autos a esta Corte de Justiça. Aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça pronunciou-se pelo desprovimento do apelo e da remessa.

É este, em síntese, o relatório.

II — Voto

A par do reexame necessário, enfrento o recurso voluntário.

As preliminares argüidas devem ser afastadas.

No tocante à alegada inconstitucionalidade do instituto da agregação, reiteradamente vem-se decidindo que “estando a vantagem da agregação regularmente apostilada, passa a integrar o patrimônio jurídico do servidor, não podendo ser suprimida, mesmo porque em inúmeros precedentes o STF reconheceu-lhe a constitucionalidade” (LEX — JSTF — 142/241; 146/259; 151/172; 152/174 e 155/193).

É fora de dúvida que o art. 90 da Lei n. 6.745/85 e o art. 80 da Lei n. 6.844/86 — os quais dispunham que o funcionário, após exercer cargo comissionado por prazo não inferior a um

ano, incorporava à sua remuneração a diferença entre o vencimento de seu cargo efetivo e do cargo comissionado — foram, de fato, revogados pela Lei Complementar n. 43/92.

Contudo, esta última é ineficaz em relação àqueles servidores que adquiriram o direito à incorporação antes de seu advento.

Demais disso, a alegada inconstitucionalidade da agregação, por infração ao art. 37, XIII, da CF/88, e ao art. 98, parágrafo único, da Constituição de 1967/69, não tem igualmente consistência, pois ao reconhecer-se a agregação não se está, concomitantemente, estabelecendo vinculação alguma para efeito de remuneração, apenas resguardando direito adquirido do funcionário, na forma do inciso XXXVI do art. 5º da atual Constituição Federal.

Logo, não se cuida de vinculação de vencimentos, mas de estabilidade financeira, da preservação, em tese, de vantagem anteriormente conquistada. É, como deflui de palmar lição colhida de aresto do Excelso Pretório:

“A ‘estabilidade financeira’ não se confunde com o instituto da agregação, tanto que pode existir independentemente deste, como sucede no caso do inativo e na hipótese prevista em leis estaduais, em que o funcionário continua a ser titular de cargo efetivo, exercendo-o normalmente, mas com a vantagem de perceber (pela ‘figura da estabilidade financeira’) os vencimentos de cargo em comissão anteriormente por ele ocupado.

“Não há, pois, incompatibilidade entre norma que assegura apenas a ‘estabilidade financeira’ e norma federal que revogue legislação concernente à agregação em cargo de vencimentos superiores aos do cargo efetivo, desvinculando-se o funcionário deste, para feito de ser considerado vago, possibilitando novo provimento.

“Não é, portanto, inconstitucional, em face da conjugação do artigo 1º do Ato Institucional n. 8/69 com o artigo 109 do Decreto-Lei Federal n. 200/67, o artigo 22 da Lei n. 5.495/72, do Estado de Minas Gerais.

“Recurso extraordinário não conhecido” (RTJ 98/758).

É, portanto, a estabilidade financeira instituto jurídico que atribui vantagem pessoal ao servidor público efetivo, que após haver exercido, por dado período previsto em lei, cargo em comissão ou assemelhado, garante-lhe a percepção da diferença estipendial entre este e aqueles relativo ao seu posto originário.

Estabelecidos tais parâmetros, há que se examinar se procede a aventada correlação entre os novos cargos e aqueles pertencentes à primitiva estrutura da Secretaria de Educação.

A Lei n. 8.240/91 alterou, como cediço, de forma significativa, a estrutura funcional da Administração Pública Estadual, instituindo o Grupo de Direção e Gerenciamento Superior — DGS, e os Grupos de Funções de Confiança — FEC. Os grupos anteriormente existentes ou foram extintos ou receberam nova nomenclatura.

E o que buscam os autores com a presente ação é o reconhecimento de correlação entre os cargos comissionados que comprovadamente exer-

ceram (de Códigos PE-DASU, níveis 1, 2, 3 e 4, e PE-DASI, níveis 1 a 6), e cujas vantagens agregaram, com os novos cargos comissionados, identificados pela sigla AD-DGS, níveis 1, 2 e 3.

Ao contestar o pedido, o Estado aduziu que a diferença entre os primitivos e os atuais cargos é substancial, não havendo falar em tratamento igual, sob pena de afronta ao princípio da isonomia.

É relevante salientar que a Lei n. 8.240/91 não estabelece correlação entre os cargos ocupados temporariamente pelos apelados e os apontados como a eles correspondentes. Não se há, entretentes, de deixar de admitir, em tese, a possibilidade de ocorrer mesmo essa suposta correlação, mas a identidade de atribuições entre os cargos extintos e os criados não foram, de nenhum modo, demonstrados no curso desta lide.

E essa comprovação é mesmo necessária e por isso mesmo inarredável.

De fato, ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança n. 6.393, de Santa Catarina, enfatizou o Ministro Vicente Cernicchiaro ao examinar a matéria enfocada:

“O v. acórdão, Relator o ilustre Desembargador Francisco Oliveira Filho, encerra, na fundamentação, que a mudança de estrutura administrativa do Estado não enseja, sem análise dos fatos, estabelecer a correspondência das atribuições de cargos antes e agora existentes. Escreve:

‘Ora, necessário é salientar que o art. 97, inciso I, letra b e inciso II do mesmo dispositivo da Lei n. 8.245, de 18 de abril de 1991, por ato

do Chefe do Poder Executivo, foram declarados extintos o Departamento Autônomo de Saúde Pública e a Fundação Hospitalar de Santa Catarina, fato público e notório, referido em diversas Apostilas mencionadas, como exemplo a de fls. 308, que alude a extinção aludida. Assim, em face da nova estrutura organizacional do Estado, difícil fica no mandamus estabelecer o enquadramento por correlação entre Funções Gratificadas (FG) e entre DAI ou DASI. O cotejo para isso é de ser realizado entre atribuições e eventualmente levando-se em conta a própria denominação do novo cargo' (fls. 397/7)."

Há, nesta Corte de Justiça, de outra parte, um volume enorme de recursos e de mandados de segurança originários tendo como partes funcionários públicos da administração direta e indireta estadual, de um lado, e, de outro, o Estado de Santa Catarina, suas autarquias e departamentos, todos tendo origem no instituto da "estabilidade financeira" ou "agregação", disciplinado, como visto, nos artigos 90 da Lei n. 6.745, de 28/12/85 (Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado) e 80 da Lei n. 6.844/86 (Estatuto do Magistério Público do Estado de Santa Catarina), que, com a redação da Lei n. 7.373/88, dispõe:

"O funcionário que contar 12 (doze) meses consecutivos, de exercício de cargo em comissão ou função de confiança, terá adicionada ao vencimento do seu cargo efetivo, passando a integrá-lo, para todos os efeitos legais, a importância equivalente a

20% (vinte por cento) até o limite de 100% (cem por cento) do valor:

"(...)

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

"(...)

"§ 1º — O benefício deste artigo compreenderá o conjunto dos cargos e/ou funções exercidas no período acompanhado de suas alterações remuneratórias".

Posteriormente, como se sabe, a aludida disposição acabou por ser revogada pela Lei Complementar n. 36/91. A Lei Complementar n. 43/92, por sua vez, entendeu de disciplinar a matéria de forma diversa, implementando-a do seguinte modo:

"Art. 3º — É vedada a vinculação ou equiparação de vencimentos para efeito de remuneração do pessoal ativo e inativo, de qualquer dos Poderes do Estado, da Administração Direta, Autárquica ou de Fundação instituída e mantida pelo Estado, não podendo em hipótese nenhuma manter-se quaisquer vinculações ou equiparações com a remuneração de Secretário de Estado, com o limite máximo de remuneração ou com vencimentos ou gratificações atribuídos respectivamente a cargos em comissão ou função de confiança.

"§ 1º — O servidor com vencimentos ou proventos vinculados ou equiparados na forma do caput deste artigo, passará a receber o valor decorrente da adição prevista pelo artigo 90 e respectivos incisos e parágrafos da Lei n. 6.745, de 28 de dezembro de 1985 e pelo artigo 80 e respectivos incisos e parágrafos da

Lei n. 6.844, de 29 de julho de 1986 e pelo artigo 96 e respectivos incisos e parágrafos da Lei n. 6.843, de 28 de julho de 1986, percebido no mês de dezembro de 1991, a título de vantagem pessoal nominalmente identificável.

“§ 2º — A gratificação nominalmente identificável, instituída pelo artigo 16, da Lei n. 1.114, de 27 de setembro de 1988, é fixada e será paga nos mesmos valores recebidos pelos servidores beneficiários no mês de dezembro de 1991.

“§ 3º — Ficam vedados quaisquer aumentos ou reajustes da vantagem pessoal nominalmente identificável e da gratificação nominalmente identificável, de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo, em decorrência do aumento ou reajuste do valor dos vencimentos dos cargos, das funções de confiança ou do limite máximo de remuneração, nos quais se deu a vinculação ou equiparação.

“§ 4º — O valor da vantagem nominalmente identificável e da gratificação nominalmente identificável, de que tratam os §§ 1º e 2º deste artigo, será aumentado nas mesmas datas e proporções em que ocorrer o aumento de vencimento dos servidores delas beneficiários, incidindo sobre elas o adicional por tempo de serviço.”

Nada obstante, porém, a vedação contida no § 3º, há neste Tribunal respeitável entendimento segundo o qual “inativados ou não, todos os funcionários públicos estaduais que agregaram percentuais referentes a cargos comissionados outrora exercidos, possuem assegurado constitucionalmente o direito de verem irradiados sobre os seus vencimentos qualquer benefi-

cio que vier a contemplar servidores no efetivo exercício de funções em comissão, já que a agregação solidificou, em favor deles, a garantia à estabilidade financeira” (MS n. 98.014526-0, Des. Trindade dos Santos).

Esta tese, todavia, não tem encontrado receptividade no colendo Supremo Tribunal Federal, dado entendimento de que não há direito adquirido a regime jurídico, como se vê do precedente que cito:

“Servidor público: ‘estabilidade financeira’: a constitucionalidade das leis que a instituem que tem sido afirmada pelo STF (ADIn. n. 1.264, de 27/5/95, Pertence, LEX 203/39; ADIn. n. 1.279, 27/9/95, M. Corrêa) — não ilide a plausibilidade do entendimento de ser legítimo que, mediante lei, o cálculo da vantagem seja desvinculado, para o futuro, dos vencimentos do cargo em comissão outrora ocupado pelo servidor, passando a quantia a ela correspondente a ser reajustada segundo os critérios das revisões gerais de remuneração do funcionalismo” (ARSS n. 844-7, Min. Sepúlveda Pertence).

Ou, ainda:

“I. Recurso extraordinário: a aplicação de norma ou princípio à situação por eles não alcançada vale por contrariá-los.

“II. ‘Estabilidade financeira’: inexistência de direito adquirido de servidores ativos e inativos à permanência do regime legal de reajuste de vantagem correspondente.

“1. Pacífico no STF a inexistência de conflito entre a chamada ‘estabilidade financeira’ e o art. 37, XIII, CF, que proíbe vinculação entre vencimentos (cf. precedentes citados), daí não se segue, contudo, o direito adquirido

do servidor beneficiário da vantagem à preservação do regime legal de atrelamento do valor dela ao vencimento do respectivo cargo em comissão: donde a legitimidade e a aplicabilidade imediata da lei que desvincule o reajuste futuro da vantagem àqueles vencimentos do cargo em comissão, submetendo-a aos critérios das revisões gerais dos vencimentos do funcionalismo.

“2. Nessa hipótese, o paradigma do inativo aposentado com a ‘estabilidade financeira’, para os efeitos do art. 40, § 4º, CF, não é o ocupante atual do respectivo cargo em comissão, mas sim o servidor efetivo igualmente beneficiário na ativa, da vantagem decorrente do exercício anterior dele.

“3. Dada a garantia de irredutibilidade, da alteração do regime legal de cálculo ou reajuste de vencimentos ou vantagens funcionais jamais poderá ocorrer a diminuição do quanto já percebido conforme o regime anterior, não obstante a ausência de direito adquirido à sua preservação.

“III. Recurso extraordinário: inconstitucionalidade reflexa ou mediata e direito local.

“Como é da jurisprudência iterativa, não cabe o RE, a, por alegação de ofensa mediata ou reflexa à Constituição, decorrente da violação da norma infraconstitucional interposta; mas o bordão não tem pertinência aos casos em que o julgamento do RE pressupõe a interpretação da lei ordinária, seja ela federal ou local: são as hipóteses do controle da constitucionalidade das leis e da solução do conflito de leis no tempo, que pressupõem o entendimento e a determina-

ção do alcance das normas legais cuja validade ou aplicabilidade se cuide de determinar” (RE n. 226.462-5, Min. Sepúlveda Pertence).

Assim é que, com arrimo nesta fundamentação, o mesmo Excelso Pretório tem agasalhado os reclamos interpostos pelo ora apelante dos decisórios que sustentam a existência de direito adquirido à refalada “estabilidade financeira”, como dimana do seguinte julgado:

“Vencimentos. Agregação. Lei Complementar n. 43/92 do Estado de Santa Catarina.

“Não há falar em direito adquirido, pois a Lei Complementar n. 43/92, assegurando o quantum da vantagem, limitou-se a alterar o seu regime jurídico, ao qual, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, não há direito adquirido” (RE n. 193.810-2 Min. Octávio Gallotti).

Ou deste:

“Tem razão, no entanto, o recorrente com relação a dois pontos: o de que não há, no caso, direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da Carta Magna) e o de que, na espécie, não foi observada a Súmula 339, que é de origem constitucional (princípio da separação de Poderes e o de legalidade), com referência à fixação de vencimentos.

“Com efeito, a Lei Complementar Estadual n. 43/92 assegurou o quantum da vantagem até então percebida (o que afasta a ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos), limitando-se a alterar o regime jurídico do reajuste dessa vantagem. Ora, esta Corte tem orientação firme no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. Inexiste,

pois, o direito adquirido invocado pelo acórdão recorrido.

“De outra parte, o aresto recorrido, ao estender ao impetrante os vencimentos do novo cargo tido como correspondente ao que deixou de existir, o fez com base no princípio da isonomia (art. 39, § 1º, da Carta Magna), não observando a Súmula 339 desta Corte, e ofendendo, assim, os princípios constitucionais, invocados no recurso extraordinário, da separação dos Poderes e da legalidade na fixação de vencimentos. Note-se, ademais, que embora o impetrante seja aposentado não há, no caso, sequer que se pretender aplicar à hipótese o § 4º do artigo 40 da Constituição — que é auto-aplicável, independentemente, portanto, de lei para a sua concretização —, porque também os servidores em atividade com essa estabilidade financeira tiveram a mesma alteração no sistema de reajuste de sua vantagem, não ocorrendo, portanto, a hipótese de extensão ao inativo de benefício outorgado aos em atividade” (RE n. 191.490-4, Min. Ilmar Galvão).

Ou, ainda, este:

“Vencimentos. Agregação. Lei Complementar n. 43/92 do Estado de Santa Catarina.

“Não há falar em direito adquirido, pois a Lei Complementar n. 43/92, assegurando o quantum da vantagem, limitou-se a alterar o seu regime jurídico, ao qual, segundo entendimento do Supremo Tribunal, não há direito adquirido.

“Estender os vencimentos dos novos cargos, tidos como correspondentes aos que deixaram de existir, com base no princípio da isonomia,

contrária, além da Súmula 339, os princípios da separação dos Poderes e da legalidade na fixação dos vencimentos.

“Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE n. 193.807-2, Min. Octávio Gallotti).

No Superior Tribunal de Justiça há, por igual, precedente ratificando a tese a respeito da inexistência de direito adquirido em hipótese como a dos autos:

“Se a lei nova, ao disciplinar o regime de remuneração dos servidores públicos, ou dos proventos da aposentadoria, não implica decesso, vale dizer, não provoca redução dos mesmos, inexistente violação ao princípio do direito adquirido, posto a garantia constitucional não alcança o regime jurídico” (RT 739/206).

Sendo assim, quer porque indemonstrada a alegada correlação em face da Lei n. 8.240/91, quer em decorrência da vedação legal prevista no § 3 da LC n. 43/92, a pretensão principal dos apelados não pode prosperar.

Há, pois, que ser provido o recurso voluntário.

Examino, por fim, a remessa obrigatória, dado que no apelo o Estado de Santa Catarina não enfrentou a matéria que ora deslindo.

O decisório monocrático concedeu, ainda, aos apelados, o direito à percepção da gratificação de 50% estabelecida pelo art. 1º do Decreto n. 658/91.

Estatui este dispositivo:

“Fica concedida aos titulares de cargos de provimento em comis-

são a gratificação, pelo efetivo exercício, prevista no art. 25 da Lei n. 8.240, de 12 de abril de 1991, calculada sobre o respectivo vencimento” (o destaque não é do original).

Como se denota claramente pelo teor da norma em comento, somente o servidor que estivesse efetivamente exercendo cargo em comissão estaria apto à recepção da referida gratificação, o que, entretantes, ino correu na hipótese.

Na peça exordial, quando da qualificação dos apelados, ficou consignado que Ana Alice Maciel Ferreira é inativa (fls.12). Os demais, segundo se infere de suas respectivas apostilas (fls. 16, 17 e 18), exerceram cargos comissionados e incorporaram a respectiva vantagem aos vencimentos do cargo efetivo antes da vigência do Decreto n. 658, de 19 de setembro de 1991, pelo que, via de consequência, não foram abrangidos pelo favor legal enfocado.

A respeito, vale citar o seguinte precedente deste Tribunal:

“Reconhecimento do direito à percepção da gratificação instituída pelo Decreto n. 658/91. Impossibilitada.

“A gratificação de 50%, instituída pelo Decreto n. 658, de 19 de setembro de 1991, deverá ser percebida por quem efetivamente exercer o cargo, a partir da vigência deste decreto, e não pelos que o exerceram no passado, e que incorporaram aos vencimentos do cargo efetivo as gratificações então vigentes” (Apelação Cível n. 41.091, da Capital, rel. Des. Álvaro Wandelli).

Ou, ainda, este:

“Pretensão dos AA. de ver reconhecido o direito à percepção da gratificação prevista no Decreto n. 658/91.

Omissis.

“Não reconhecimento do direito de perceber a gratificação prevista no Decreto n. 658/91, por não estarem os requerentes no efetivo exercício de cargo em comissão” (Apelação Cível n. 41.806, da Capital, rel. Des. Genésio Nollí).

No mesmo sentido recente aresto proferido da colenda Primeira Câmara Civil, deste egrégio Tribunal, da lavra do eminente Des. Francisco Oliveira Filho:

“Reconhecimento de direito e cobrança — Servidor público — Agregação — Constitucionalidade irrecusável — Pressupostos demonstrados através de Apostilas e Atos Aposentatórios — Decreto n. 658/91 regulamentando a gratificação instituída no art. 25 da Lei n. 8.240/91 — Inaplicabilidade na espécie — Reexame necessário e apelos — Desprovisamento” (Apelação Cível n. 51.198, da Capital).

Em razão desses fundamentos, eu, pelo meu voto, dou provimento ao apelo voluntário e à remessa obrigatória para o fim de julgar improcedentes os pedidos formulados pelos apelados, sujeitando-os ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes que, em face do disposto no § 4 do artigo 20 do CPC, ficam arbitrados em mil e seiscentos reais, custos estes, por evidente, a ser repartidos de modo igualitário entre os sucumbentes.

É o meu voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara deu provimento ao apelo voluntário e à remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, lavrando parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o

Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 6 de outubro de 1999.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 96.010638-3, DE JOINVILLE

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Processo de execução. Embargos do devedor. Escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária. Higidez do título. Demonstrativo da dívida que atende à preceituação legal (art. 614, II, do CPC). Penhora. Incidência sobre o bem hipotecado. Regularidade da constrição. Hipótese do artigo 3º, V, da Lei n. 8.009/90. Multa moratória. Adequação aos parâmetros da Lei n. 9.298, de 1º/8/96. Juros legais. Auto-aplicabilidade do § 3º do artigo 192 da CF. Apelo parcialmente provido.

1 — *Desde que o demonstrativo de débito forneça todas as informações de tal forma que o devedor, de seu exame, possa ter ciência das parcelas da dívida e do modo como o seu cálculo foi realizado, estará cumprida a disposição procedimental prevista no inciso II do artigo 614 do CPC.*

2 — *Mostra-se inteiramente regular a constrição realizada sobre o imóvel objeto da escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária, nada havendo de objetar-se à vista do permissivo legal contido no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/98.*

3 — *“A jurisprudência mais recente, inclusive do STJ, vem consagrando o entendimento de que mesmo os bancos devem pautar-se pelas diretrizes do Código de Defesa do Consumidor. O produto, nesse caso, é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo o banco fornecedor; e consumidor o mutuário ou creditado” (Ap. Cív. n. 98.005176-2, de Jaguaruna, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.010638-3, da comarca de Joinville (4ª Vara), em que são apelantes Cerpec — Centro de Prevenção e Recuperação de Cárie Dentária Ltda. e outros e apelado Banco do Brasil S/A:

ACORDAM, em Primeira Câmara Cível Especial, por maioria de votos, dar provimento parcial ao apelo.

Custas de lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de Joinville, Cerpec — Centro de Prevenção e Recuperação de Cárie Dentária Ltda., Wilson Damas da Silva e Wilma Lacerda da Silva opuseram embargos do devedor ao processo de execução movido pelo Banco do Brasil S/A, pelo inadimplemento de uma escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária, emitida em 22/5/95, no valor nominal de R\$ 88.900,00 (oitenta e oito mil e novecentos reais).

Sustentaram, preliminarmente, irregularidade do demonstrativo de cálculo (fls. 8), que insere parcelas indevidas.

No mérito, aduziram que nos lançamentos foram inseridos índices de correção monetária elevados, e que estes constituem, no dizer do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, crime de usura. Mencionaram, ainda, a impossibilidade de ser a penhora incidente sobre o imóvel residencial dos co-embargantes Wilson Damas da Silva e Wilma Lacerda da Silva.

Colacionaram documentos.

Intimado, o embargado apresentou impugnação (fls.14/17), alegando, em suma, serem improcedentes as assertivas dos embargantes, porquanto a dívida foi reconhecida na escritura pública que fundamenta o pedido executivo.

Sobreveio, então, a prestação jurisdicional monocrática, cujo relatório adoto e faço remissão, que, em suma, julgou improcedentes os embargos, sujeitando os embargantes, de conseguinte, ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor corrigido da dívida.

Irresignados, a tempo e modo apelam os vencidos, requerendo a reforma do decisório monocrático, para julgar procedentes os embargos à execução, repetindo, basicamente, os fundamentos anteriormente expostos.

Contra-arrazoados, contados e preparados, ascenderam os autos a esta Corte.

É o sucinto relatório.

II — Voto

Pretendem os apelantes, preferencialmente, a nulidade do título por ausência de liquidez ou a cassação da sentença pela ocorrência de cerceamento de defesa. No tocante ao mérito, querem-na reformada, em face: a) de não serem fiadores ou avalistas, mas apenas garantes na relação jurídica; b) da inviabilidade da capitalização de juros; c) da auto-aplicabilidade do § 3º do art. 192 da Constituição Federal e d) da impossibilidade da cobrança de juros moratórios e comissão de permanência.

Vê-se, pela análise dos autos da execução, que à inicial ajuizada foram juntados o título executivo (escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária — fls. 9/12), bem como o demonstrativo do débito atualizado até 15/1/96 (fls. 8), restando, portanto, satisfeitos os requisitos essenciais previstos no artigo 614 do CPC, posto que tais documentos contêm, o primeiro, o valor do débito originário e, o segundo, o valor atualizado até a data do ajuizamento da execução. Os executados não tiveram dificuldade em saber o que o credor lhes exigia. Daí a improcedência da alegação de falta de liquidez do título objeto da demanda.

Inocorrente, também, o cerceamento de defesa.

A hipótese era do parágrafo único do art. 740 do CPC, de sorte que a realização da prova pericial, tal qual pretendem os apelantes, em nada lhes seria benéfica, ante os claros contornos da dívida objeto da execucional enfocada. Teria, a sua produção, isto sim, o condão de atrasar ainda mais o deslinde do processo.

Nesse sentido, aliás, já se pronunciou este Tribunal:

“Em tema de embargos do devedor, afasta-se preliminar de cerceamento de prova, quando a matéria é exclusivamente de direito e o processo encontra-se suficientemente instruído. Ademais disto, a regra do art. 740, parágrafo único, do estatuto processual é cogente, não se admitindo a produção de provas inúteis ou meramente protelatórias” (Ap. Cív. n. 96.012224-9, de Joinville, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

Ainda:

“A realização de prova pericial em sede de embargos do devedor, para aferir a correção dos cálculos apresentados pelo credor, em processo de execução, subordina-se ao princípio da persuasão racional, sendo razoável poder o magistrado indeferir a prova à vista da nenhuma ou pouca utilidade dela para o deslinde da causa” (Ap. Cív. n. 34.262, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Cumprе ressaltar, quanto à matéria de fundo, que a execucional foi proposta contra a empresa e seus garantantes, tal qual prevê a obrigação contraída pela sobredita escritura pública de confissão de dívida. Não há, assim, como querem, agora, os apelantes, eximirem-se do seu adimplemento.

O eminente Des. Nelson Schaefer Martins, ao ensejo de exame de circunstância similar, anotou, com propriedade, acerca da co-participação dos garantantes na execucional fulcrada em título como o tratado na hipótese focalizada:

“O consagrado processualista Humberto Theodoro Júnior em seu Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, pág. 122, esclarece:

‘Normalmente, o contrato com garantia hipotecária ou pignoratícia gera para o credor duas ações:

‘a) uma pessoal, para exigir do devedor a prestação a que se obrigou, isto é, o pagamento da dívida;

‘b) outra real, para realizar a garantia real, ou seja, para levar à expropriação, com preferência e seqüela, o

imóvel gravado de hipoteca, pagando-se com o produto apurado.

‘Enquanto a pessoal recai sobre todo o patrimônio do devedor, a real atinge apenas o bem gravado, que tanto pode ser do devedor como de terceiro, alcançando-o na posse e propriedade de quem quer que o detenha, pois sua eficácia é erga omnes.

‘Discute-se se, sendo a hipoteca dada por terceiro, teria o credor, ou não, de cumular as duas ações, criando um litisconsórcio necessário entre o devedor e o seu garante.

‘A meu ver o litisconsórcio in casu é apenas facultativo, como o é na execução da fiança.

‘Na realidade, a outorga de garantia real à dívida alheia é equivalente jurídico de uma fiança (uma fiança real, como ensina Planiol y Ripert). Em lugar de colocar genericamente o patrimônio próprio para responder pela dívida alheia, o terceiro hipotecante põe um imóvel determinado de seu patrimônio sujeito à realização da mesma dívida.

‘Assim, o terceiro que presta hipoteca ou outra garantia real, em prol de dívida de outrem, é responsável pela satisfação da dívida, dentro das forças da garantia dada.

‘Como a lei considera o contrato de garantia real, por si só, como um título executivo (art. 585, n. III), o terceiro garante pode ser executado, individualmente, como ‘devedor’ do aludido contrato que é distinto do contrato de dívida do devedor principal, mesmo quando convencioneados ambos num só instrumento.

‘O que há, na espécie, é uma responsabilidade patrimonial limitada. Esgotada a garantia real não subsiste nenhuma responsabilidade pessoal do terceiro garante. Mas, enquanto existir a garantia, será o terceiro responsável executivamente pela realização da dívida’ (grifado)” (Ap. Cív. n. 97.000034-0, de Rio Negrinho).

É o que sucedeu na hipótese focalizada, daí o inacolhimento, a respeito, da tese recursal dos apelantes.

No que tange aos encargos, a comissão de permanência e a correção monetária são, como se sabe, incumuláveis, a teor da Súmula 30 do STJ.

Na hipótese, é bem de notar, o apelado fez aplicar a comissão de permanência até o ajuizamento da ação executiva, utilizando-se, a tal desiderato, da alínea a da cláusula quarta do contrato enfocado. Só que, valendo-se dos termos da avença, tomou, para o cálculo da dívida, índice de mercado cujo parâmetro, aliás, não declinou nem mesmo no sobre-dito demonstrativo.

Ora, consoante precedentes desta colenda Câmara, tem-se entendido da inviabilidade de tal prática, visto que a cláusula, como a suso referida, tem conteúdo nitidamente potestativo, dado que o manuseio do índice, cabível a título de comissão de permanência, fica ao exclusivo alvedrio da instituição financeira, o que representa manifesta violação à segunda parte do artigo 115 do Código Civil (Ap. Cív. n. 38.815, de Itapiranga, rel. Des. Francisco Oliveira Filho; Ap. Cív. n. 42.062, de São Miguel do Oeste, rel.

Des. Eder Graf; Ap. Cív. n. 98.005176-2, de Jaguaruna, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Sendo assim, a correção monetária aplicável é, segundo tem entendido a Câmara, a defluente do INPC, consoante, inclusive, os termos do Provimento n. 13/95, da Doutra Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina (Ap. Cív. n. 97.000034-0, de Rio Negrinho).

A possibilidade da capitalização de juros, de outro lado, estende-se somente às hipóteses em que há previsão legal para tanto, como nas cédulas de crédito rural (Dec.-Lei n. 167/67, art. 5º), de crédito industrial (Dec.-Lei n. 413/69, art. 5º) e de crédito comercial (Lei n. 6.480/80, art. 5º).

Ora, tratando o débito avençado de natureza diversa dos que são objeto dos aludidos diplomas legais, é inteiramente inaplicável o anatocismo, como já expôs o colendo Superior Tribunal de Justiça no REsp. n. 16.864—SP, publicado no DJU de 29/3/93, pág. 5.258.

No tocante aos juros reais, sua aplicabilidade, defluentemente do disposto no § 3 do artigo 192 da CF, tem sido admitida, ainda que por maioria de votos, neste Órgão Fracionário do Tribunal de Justiça, valendo anotar a fundamentação vencedora no sentido de que “o disposto na primeira cláusula do § 3º do art. 192 da Constituição é auto-aplicável, pois não necessita de nenhum suplemento legal para dizer tudo o que quer e a lei complementar que vier a ser editada há de ser-lhe fiel ou será inconstitucional. Mas quando não fosse, ela não poderia ser tomada como cláusula

não escrita; embora fosse, supostamente, de eficácia limitada, nem por isso deixaria de produzir efeitos, que tanto seriam revogatórios da legislação que o contrariasse, como seriam condicionantes da atividade legislativa, administrativa e jurisdicional” (ADIn. n. 004-7).

Batem-se os apelantes, de outra parte, pela não exigibilidade de parcela no montante de R\$ 1.059,00, posta, no demonstrativo de fls. 8, como despesas de cartório. Primeiro que o valor é inegavelmente significativo para a sua rubrica. Depois, porque não há nos autos prova de haver sido realizada essa pretensa despesa, não se lhe socorrendo, por si só, a cláusula X do contrato focalizado.

A penhora, de outro lado, é regular, dado que presente a hipótese prevista no artigo 3º, V, da Lei n. 8.009, e os índices relativos aos juros moratórios e compensatórios foram expressamente pactuados, daí a exigibilidade de ambos, como decidiu esta colenda Câmara na Apelação Cível n. 97.002642-0, de São Miguel do Oeste.

De se adequar, ainda, a multa moratória às disposições do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicabilidade aos contratos bancários decorre do preceptivo contido no § 2º do art. 3º da Lei n. 8.078, de 11/9/90.

Sendo assim, a contar da vigência da Lei n. 9.298/96, de 1º/8/96, a multa deverá ser mantida no percentual de 2% (dois por cento) como vem entendendo esta colenda Câmara já há algum tempo.

No mesmo sentido:

“A jurisprudência mais recente, inclusive do STJ, vem consagran-

do o entendimento de que mesmo os bancos devem pautar-se pelas diretrizes do Código de Defesa do Consumidor. O produto, nesse caso, é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo o banco fornecedor; e consumidor o mutuário ou creditado.

“Cuidando-se de matéria de ordem pública, a multa moratória é de ser minorada, ex officio, de 10 para 2% do saldo devedor, de sorte a amoldar-se ao § 1º do art. 52 do Estatuto do Consumidor” (Ap. Cív. n. 98.005176-2, de Jaguaruna, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Sendo assim, provejo parcialmente o recurso, a fim de: a) afastar do cálculo da dívida o anatocismo; b) dar como inaplicável a comissão de permanência para proceder-se, em seu lugar, a correção da dívida, a partir de seu vencimento, segundo os índices correccionais do INPC do IBGE; c) dar pela aplicabilidade, na hipótese, dos juros reais segundo o parâmetro constitucionalmente estipulado; d) expungir da dívida o valor exigido a título de “despesas de cartório”; e, por fim, e) ajustar a multa contratual para o percentual de dois por cento consoante a

preceituação legal suso referida, distribuindo-se proporcionalmente entre os litigantes, na medida da respectiva sucumbência, a satisfação das custas processuais e honorários advocatícios (estes últimos segundo o percentual da sentença), na forma do cabeço do artigo 21 do CPC.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por maioria de votos, proveu parcialmente o recurso. Votou vencido o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer, apenas no que se refere à auto-aplicabilidade do § 3º do art. 192 da Constituição Federal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 15 de setembro de 1999.

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

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.000398-6, DE SÃO MIGUEL DO OESTE

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Embargos do devedor. Contrato de financiamento direto ao consumidor ou usuário final. Ausência da assinatura do contratante. Nulidade do contrato. Inocorrência. Multa. Redução, de ofício, para 2%. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Sentença reformada em parte. Voto vencido.

“A jurisprudência mais recente, inclusive do STJ, vem consagrando o entendimento de que mesmo os bancos devem pautar-se pelas diretrizes do Código de Defesa do Consumidor. O produto, nesse caso, é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo o banco fornecedor; e consumidor o mutuário ou creditado.

“Cuidando-se de matéria de ordem pública, a multa moratória é de ser minorada, ex officio, de 10 para 2% do saldo devedor, de sorte a amoldar-se ao § 1º do art. 52 do Estatuto do Consumidor” (Ap. Cív. n. 98.005176-2, de Jaguaruna, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.000398-6, da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara), em que são apelantes Valdir Valentim Minosso e outro, e apelado o Banco Meridional do Brasil S/A:

ACORDAM, em Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, desprover o recurso, e, por maioria, de ofício, reduzir a multa moratória para 2% (dois por cento).

Custas de lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara), Valdir Valentim Minosso e José Minosso opuseram embargos do devedor à execução que lhes move Banco Meridional do Brasil S/A para a cobrança de uma nota promissória, vinculada a um contrato de financiamento, no valor de R\$ 14.790,36 (quatorze mil, setecentos e noventa reais e trinta e seis centavos).

Os embargantes alegaram carência de ação, excesso de execução, impossibilidade da cobrança de multa

e dos juros no limite imposto pela Constituição.

Após operada a tempestiva resposta sobreveio a prestação jurisdicional monocrática, cujo relatório fica adotado, a qual julgou improcedentes os embargos, condenando os embargantes a pagar custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da execução.

Irresignados, a tempo e modo, recorrem os embargantes, repisando a argumentação de que o contrato não é válido por ausência da assinatura de um representante do apelado.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta Instância.

É este, em síntese, o relatório.

II — Voto

Dispõe o art. 585 do Código de Processo Civil:

“Art. 585: são títulos executivos extrajudiciais:

“I — omissis...

“II — a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público,

pela Defensoria Pública ou pelos advogados transatores” (grifei).

Assim, como o título dá arrimo à execução preenche esses requisitos, constituindo, portanto, um título executivo em favor do qual milita presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, não há, assim, falar em nulidade.

Nesse sentido a jurisprudência desta Corte:

“O documento particular assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, do qual conste a obrigação de pagar quantia determinada ou de entregar coisa fungível, tem força executiva (Ap. Cív. n. 26.818, rel. Des. May Filho, in JC, vol. 56, pág. 63).

De outra parte, deve-se adequar, de ofício, a multa moratória, às disposições do Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicabilidade aos contratos bancários decorre do preceptivo contido no § 2º do art. 3º da Lei n. 8.078, de 11/9/90.

Sendo assim, a contar da vigência da Lei n. 9.298/96, de 1º/8/96, a multa deverá ser mantida no percentual de 2% (dois por cento), como vem entendendo esta colenda Câmara já há algum tempo.

No mesmo sentido transcrevo precedente da colenda Quarta Câmara Civil deste Tribunal:

“A jurisprudência mais recente, inclusive do STJ, vem consagrando o entendimento de que mesmo os bancos devem pautar-se pelas diretrizes do Código de Defesa do Con-

sumidor. O produto, nesse caso, é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo o banco fornecedor e consumidor o mutuário ou creditado.

“Cuidando-se de matéria de ordem pública, a multa moratória é de ser minorada, ex officio, de 10 para 2% do saldo devedor, de sorte a amoldar-se ao § 1º do art. 52 do Estatuto do Consumidor” (Ap. Cív. n. 98.005176-2, de Jaguaruna, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Provejo o apelo, pois, pelo meu voto, a fim de que se proceda a redução da multa contratual, conforme suso explicitado, mantido, no mais, o douto decisório monocrático, inclusive no respeitante à sucumbência.

III — Decisão

Nos termos do voto do relator, a Câmara, sem discrepância de votos, desproveu o recurso, e, por maioria, de ofício, reduziu a multa moratória, vencido, nesse aspecto, o Des. Vanderlei Romer.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 18 de agosto de 1999.

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

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.006532-1, DE BLUMENAU

Relator designado: Des. João José Schaefer

— *Tributário. Recurso administrativo. Desobrigatoriedade de depósito prévio para interpô-lo.*

— *Nos termos do inciso IV do artigo 151 do Código Tributário Nacional “as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo” suspendem a exigibilidade do crédito tributário. A doutrina (Carlos Valder do Nascimento, in “Comentários ao Código Tributário Nacional”, pág. 408; Alberto Xavier, em sua “Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário”, págs. 344/5 e Djalma de Campos, “Direito Processual Tributário”, pág. 31) e a jurisprudência (STJ, REsp. n. 111.463-0, rel. o Sr. Ministro José Delgado, ESTJ 19/36) têm a exigência do depósito prévio como ofensiva à regra do art. 151, IV, do CTN e ao direito de ampla defesa (STJ, REsp. n. 111.463-0), pelo que o recurso administrativo deve ser recebido e processado independentemente de depósito prévio.*

— *Agravo provido (por maioria de votos).*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.006532—1, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que são agravantes Madeireira Voss Ltda. e outro, sendo agravado Gerente Regional da Secretaria Estadual da Fazenda em Blumenau:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por maioria de votos, dar provimento ao agravo.

Custas de lei.

Adoto, com a devida vênia, o relatório da lavra do eminente relator sorteado, Des. Pedro Manoel Abreu:

“Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Blumenau que, em sede de mandado de segurança, indeferiu a liminar, entendendo ser legal a exigência do depósito prévio para a admissão da reclamação em processo tributário administrativo, tendo em vista o disposto no art. 194, inc. I, da Lei Estadual n. 3.938/66, com a nova redação dada pela Lei Estadual n. 5.644, de 30/11/79 e art. 141 do Decreto n. 22.586, de 27/6/84.

“Não foi conferido o efeito suspensivo almejado.

“Contramnutando, o Estado de Santa Catarina asseverou que o condicionamento da reclamação fiscal ao prévio depósito do crédito tributário lançado encontra amparo na legislação estadual, não afrontando o direito de petição, insculpido no art. 5º, inc. XXXIV, a, da Constituição Federal”.

É o relatório.

Dá-se provimento ao agravo, não obstante as brilhantes razões em contrário do nobre relator sorteado.

O art. 151 do Código Tributário Nacional dispõe:

“Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

“I — moratória;

“II — o depósito do seu montante integral;

“III — as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

“IV — a concessão de medida liminar em mandado de segurança;

“(…)”.

A hipótese vertente está compreendida no inciso III do artigo em causa.

Carlos Valder do Nascimento, em seus “Comentários ao Código Tributário Nacional”, pág. 408, diz que as leis reguladoras do processo tributário administrativo a que se refere o art. 151 (III) “são as leis próprias das pessoas competentes para legislar, a saber, a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios”.

E adverte:

“Enquanto a União e os Estados, em regra, contêm legislação

própria, que, em linhas gerais, atende às exigências do CTN, a maioria dos Municípios brasileiros aplica o princípio solve et repete, incompatível com a ordem jurídica nacional, somente atribuindo efeito suspensivo à impugnação acompanhada de prévio depósito. Tal praxis é ofensiva à regra do CTN, que concede, independentemente do depósito, efeito suspensivo às impugnações e estabelece limitada faculdade ao ente estatal para regular prazo e condições em que ele se dá. As leis federais, estaduais ou municipais não podem negar efeito suspensivo às impugnações e recursos administrativos. Aliás, o CTN só faz consagrar norma de raiz constitucional, portanto inafastável mesmo por meio de lei complementar”.

Alberto Xavier, in “Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário”, Rio, Forense, págs. 344/345, refere, a seu turno, que a regra que condiciona a impugnação administrativa ou jurisdicional de um determinado ato ao pagamento prévio da quantia por ele exigida (ou garantia de instância) regra essa “reputada inconstitucional pela generalidade dos sistemas jurídicos modernos, por o cerceamento do direito de defesa que inegavelmente comporta ser incompatível com o direito de ampla defesa previsto na Constituição, e que é da essência do Estado de Direito”.

Djalma de Campos (“Direito Processual Tributário”, Ed. Atlas, pág. 31) sustenta, também, que “as reclamações e os recursos podem ser formulados independentemente de depó-

sito do montante do crédito ou mesmo de prestação de fiança”.

Embora não haja, pelo menos não localizamos, precedente específico do colendo Superior Tribunal de Justiça, decidiu aquela Corte:

“Em princípio, o juiz não pode condicionar a concessão da liminar em mandado de segurança à prestação da quantia discutida. Tal exigência se traduz em abuso e ilegalidade. O impetrante tem sempre direito de ver apreciado seu pedido de liminar, independente de caução (LMS art. 7º, II, c/c art. 151, IV, do CTN). Precedentes” (REsp. n. 87.928-0, rel. o Sr. Ministro Adhemar Maciel, ESTJ 21/100).

E ainda:

“A ação anulatória de débito fiscal não está condicionada ao depósito preparatório de que cuida o art. 38 da Lei n. 6.830/90” (REsp. n. 2.772-0, rel. o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, ESTJ 12/196).

Essas decisões não condicionam a discussão judicial dos débitos a depósito prévio.

Com muito mais razão em caso de recurso administrativo, especialmente se o art. 151 do CTN torna suspensa a exigibilidade do crédito tributário em face de reclamações e recursos administrativos.

Ante o exposto, dá-se provimento ao agravo para reformar o despacho de Primeiro Grau e deferir a liminar no mandado de segurança impetrado pela agravante, a fim de que sejam recebidos e processados como de direito os recursos que interpôs na órbita administrativa, independentemente de depósito prévio.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. César Abreu e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 18 de março de 1999.

João José Schaefer,
Presidente e Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu:

Dissenti do voto da douta maioria e fiquei vencido por entender que a Lei Estadual tem o poder de regular o processo tributário administrativo, estabelecendo requisito de admissibilidade de recurso, o que não contraria o exercício da ampla defesa.

Consoante reiterado entendimento desta egrégia Corte, o condicionamento da reclamação fiscal ao prévio depósito do valor devido ou à comprovação do recolhimento do tributo exigido não afronta os preceitos constitucionais apontados pelo agravante na petição de recurso.

Da lavra do eminente Des. Francisco Borges:

“Tributário. ICMS registrado nos livros do contribuinte e não recolhido no prazo regulamentar. Notificação. Reclamação fiscal. Condições de admissibilidade. Exigência de prova do pagamento ou depósito prévio do tributo. Cabimento.

“Exigindo o art. 141, incs. I e II, do Decreto n. 22.586/84, o depósito prévio em dinheiro, de seu montante integral ou comprovação do seu recolhimento anterior a qualquer procedimento administrativo relacionado com a infração, a admissibilidade

da reclamação fiscal está subordinada ao atendimento desse ante-suposto, que não afronta o princípio constitucional ínsito no art. 5º, item XXXIV, letra a, da Carta Magna” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 4.556, de Tubarão).

Aliás, idêntico é o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, tanto que editou a Súmula 112:

“O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro”.

Portanto, entendo que a pretensão dos agravantes não está munida do indispensável *fumus boni juris*, o que torna inviável o deferimento da liminar pleiteada.

Ante o exposto e com a devida vênia, deixo de acompanhar os nobres colegas.

Pedro Manoel Abreu

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 96.009451-2, DE BRUSQUE**Relator: Des. Anselmo Cerello**

Exceção de incompetência argüida em ação de indenização por representação comercial autônoma — Prevalência do foro do representante comercial — Aplicação do artigo 39 da Lei n. 8.420/92 — Agravo desprovido.

O foro de eleição não pode sobrepor-se ao foro definido na lei especial.

O foro competente para processar e julgar as demandas oriundas de relação de representação comercial é o domicílio do representante, ex vi do art. 39 da Lei n. 4.886/65, com a redação da Lei n. 8.420/92.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 96.009451-2, da comarca de Brusque, em que é agravante Indústria e Comércio de Bebidas e Conexos Boituva Ltda., sendo agravados Odair Pereira e outros:

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

Custas legais.

Na forma autorizada pelo artigo 524 do CPC, Indústria e Comércio de Bebidas e Conexos Boituva Ltda., irressignada com o r. despacho exarado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Brusque que, nos autos da exceção de incompetência ajuizada pela agravante contra Odair Pereira, relativa ao processo da ação sumária de indenização aforada por Representação Comercial Autônoma c/c danos morais por abalo de crédito promovida pelo agravado contra a agravante, acolheu o pedido, detonou agravo de instrumento.

Assevera a agravante que a decisão agravada não merece prosperar, posto que, como elemento fático, há que ser aduzido e é fato inconteste que o documento de fls. 16 dos autos 733/95 — Carta de Nomeação — foi efetivamente confeccionado e assinado em Boituva/SP.

Alega que houve pactuação expressa da competência do local onde está a sede da pessoa jurídica requerida, ora agravante, não havendo dúvida quanto a incompetência do foro.

Aduz que o art. 39 da Lei n. 8.420/92 é inconstitucional por ofender o artigo 5º, I, da CF/88, não se justificando o privilégio, contrariando a norma do artigo 110, IV, do CPC.

Em face do exposto, requereu o provimento do recurso, com a reforma total da decisão agravada.

Fundamenta seu pedido de reforma nos arts. 94, 110, IV, a, ambos do CPC.

A inicial está instruída com as peças necessárias apontadas no art. 523 do CPC, bem como as facultativas.

Denegado efeito suspensivo ao recurso e prestadas as informações pelo MM. Juiz prolator (fls. 47), a agravada não ofereceu contra-razões (fls. 50).

É a síntese do necessário.

O inconformismo manifestado pela agravante, resta ver, não está a merecer guarida nesta Instância, posto que, inegavelmente, o insigne Magistrado a quo se houve com inquestionável acerto.

Desmerece, pois, provimento o agravo de instrumento.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que nos autos da exceção de incompetência aforada pela agravante, relativa ao processo da ação sumária de indenização ajuizada por Representação Comercial Autônoma c/c danos morais por abalo de crédito promovida pelo agravado, inacolheu o pedido.

No que pertine à questão de fundo, ao julgar a exceção de incompetência o MM. Juiz de Direito entendeu prevalecer o foro do representante sobre o de eleição, sob o argumento de que, quando da celebração do contrato de representação comercial, já se encontrava em vigor a Lei n. 8.420/92.

Preceitua o art. 39 da Lei n. 8.420/92:

“Para julgamento das controvérsias que surgirem entre representante e representado é competente a Justiça Comum e o foro do domicílio do representante, aplicando-se o procedimento sumaríssimo previsto no art. 275 do Código de Processo Civil, ressalvada a competência do Juizado de Pequenas Causas”.

Assim, inexistente qualquer controvérsia a ser apreciada relativamente à “Carta de Nomeação” de representação, podendo-se falar na aplicação da citada lei extravagante, devendo ser a competência determinada com base nas regras estabelecidas na referida Lei.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

“Competência — Contrato — Exceção de incompetência — Representação comercial — Foro de eleição — Legislação aplicável — Lei n. 8.420/1992, que revoga a anterior e estabelece que o foro do domicílio do Representante é competente para dirimir controvérsias advindas do contrato. Embora o contrato tenha sido pactuado anteriormente à nova lei, as regras de competência são de ordem pública e, ademais, pertencem ao Direito Processual, razões pelas quais não pode invocar-se ato jurídico perfeito, instituto de direito substantivo (TACRJ — AI n. 816/95 — Reg. 562-2 — Cód. 95.002.00816 — 3ª C. — rel. Juiz Júlio César Paraguassu — j. 27/11/1995) (Ementário TACRJ 38/96 — Ementa 41.618).

O contrato de representação autônoma apresenta uma certa dose de subordinação, como a necessidade de observância de regras e critérios de vendas, especificados no contrato e resultantes da própria Lei n. 4.886/65 com os acréscimos introduzidos pela Lei n. 8.420/92.

Neste norte, não merece acolhida o argumento levantado pelo agravante quando assevera ser a aplicação do art. 39 da Lei n. 8.420/92 inconstitucional, posto que o representante autônomo age nos limites do contrato, deci-

de a forma de execução e se autodirige na disciplina de seu tempo.

À luz de tais considerações, inexistindo discussão acerca da representação comercial, não se há de cogitar da não aplicação do art. 39 da Lei n. 8.420/92, impondo-se a manutenção da decisão objurgada.

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

Participaram da sessão, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 31 de março de 1999.

Xavier Vieira,

Presidente;

Anselmo Cerello,

Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.009190-0, DE XANXERÊ

Relator: Des. Anselmo Cerello

Seguro habitacional — Existência de danos físicos no imóvel — Ação do segurado contra a seguradora — Lapso prescricional incorrente — Inteligência do artigo 170, inciso I, do Código Civil — Agravo desprovido.

Nos casos de ação movida pelo segurado contra a seguradora, a prescrição prevista no artigo 178, § 6º, inciso II, do Código Civil, tem seu termo inicial a contar da data da ciência expressa e não tácita ao segurado pela seguradora da negativa da cobertura, pois, nesta, incorre condição suspensiva da prescrição, em conformidade com o disposto no artigo 170, inciso I, do Código Civil. Conseqüentemente, o interesse de ação somente exsurge a partir da ciência inequívoca pelo segurado da negativa de cobertura pela seguradora. É a contar desta data que se interpreta o fato (ciência) como termo inicial do prazo previsto no artigo 178, § 6º, inciso II, do Código Civil.

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

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.009190-0, da comarca de Xanxerê, em que é agravante Sul América Companhia Nacional de Seguros, sendo agravados Valcir Santo Casagranda e outros:

Custas legais.

Na forma autorizada pelo art. 524 do Digesto Processual Civil, Sul América Companhia Nacional de Seguros investe contra decisão que, em autos de ação ordinária de responsabi-

lidade obrigacional proposta por Valcir Santo Casagrande e outros, rejeitou sua alegação de que teria ocorrido a prescrição.

A agravante, após consignar que a ação em tela (ajuizada em 9/4/97) rege-se pelo disposto no art. 178, § 6º, II, do CC, afirma que seus autores a aforaram após o término do prazo ali estipulado, posto que já em 1993 tinham conhecimento da existência do Termo de Negativa de Cobertura. Tanto que os instrumentos de mandato anexados à inicial datam de 1993.

Negado pelo Exmo. Sr. Des. Presidente deste Tribunal de Justiça efeito suspensivo à r. decisão impugnada, conforme fls. 45/46.

Os agravados apresentaram suas contra-razões, às fls. 59/63, asseverando estar evidenciado nos autos que inexistiu a cientificação deles das negativas de cobertura, requerendo a decretação do improvimento do recurso.

É a síntese do necessário.

Trata-se de ação movida pelo segurado contra a seguradora, sendo alegado por esta a prescrição prevista no artigo 178, § 6º, inciso II, do Código Civil, ou seja, prazo prescricional anual.

Contudo o referido prazo, conforme sedimentada jurisprudência, tem seu termo inicial a contar da data da ciência expressa e não da ciência tácita ao segurado pela seguradora da negativa da cobertura, pois, no que se refere à ciência tácita, incorre a condição suspensiva da prescrição, prevista no artigo 170, inciso I, do Código Civil, e não a prescrição anual prevista no artigo 178, § 6º, inciso II, do Código Civil.

Conseqüentemente, o interesse de ação somente surge com a ciência expressa da decisão e não da tácita.

Assim, é a contar da data da ciência expressa que se interpreta o fato — toma conhecimento o segurado da negativa pela seguradora em realizar a cobertura segurada — como termo inicial do prazo previsto no artigo 178, § 6º, inciso II, do Código Civil.

Nesse norte, corretamente consignou o MM. Juiz, ao refutar a aventada prescrição, senão vejamos, in verbis:

"...os autores, ao verificarem os fatos danosos nos imóveis, notificaram a requerida Sul América, a fim de que esta procedesse à cobertura, realizou, através de seus peritos, ainda em 1993, vistoria e levantamento das causas e repercussões alegadas.

"Entretanto, não encaminhou aos segurados, diretamente, a negativa da cobertura até esta data, tendo eles obtido conhecimento recentemente através da Cohab/SC, a quem foi encaminhada a suso mencionada negativa.

E complementa o Magistrado:

"A ré Sul América não demonstrou nos autos, em momento qualquer, a ciência, pelos autores, da sua resposta pela não cobertura".

Portanto, sem prova da cientificação dos segurados, não há falar em curso do prazo prescricional previsto no artigo 178, § 6º, inciso II, do Código Civil, mas sim em condição suspensiva da prescrição, conforme preceitua o artigo 170, inciso I, do Código Civil, pois aquele somente passa a fluir com a presença das condições da ação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Participaram do julgamento com votos vencedores os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 31 de março de 1999.

Xavier Vieira,

Presidente;

Anselmo Cerello,

Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.016725-6, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Anselmo Cerello

Execucional — Penhora — Nomeação — Gradação do art. 655 do CPC — Bens penhorados fora do Juízo da execução — Inteligência do art. 656, III — Penhora sobre bens agravados — Inteligência do art. 656, IV, do CPC — Execução levada a efeito pelo meio menos gravoso ao devedor — Embargos do devedor recebidos — Prejudicada a questão da designação dos bens à penhora — Agravo desprovido.

Não é ineficaz a nomeação de bens que obedecem a gradação do art. 655 do CPC, não sendo absoluto o direito de recusa do credor que rejeita a nomeação de bens que se apresentam suficientes para garantir a execução. Deve-se entender por “foro da execução” o Juízo por onde esta tramita para efeito do art. 656, III, do CPC. Os bens onerados por financiamento bancário não devem ser tidos como desembarraçados para efeito do art. 656, IV, do CPC. Uma vez recebidos os embargos do devedor por ter sido admitido seguro o Juízo pela penhora de bens suficientes e que obedeceram a gradação legal, não mais se discute a respeito da ampliação dos bens penhorados, até que se proceda à avaliação destes. A execução sempre deverá ser efetuada se possível pelo modo menos gravoso ao devedor, que não deve ter sua atividade inviabilizada ou obstada havendo possibilidade de execução, por existir bens que comportem a realização do crédito exequendo, sem os aludidos inconvenientes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.016725-6, da comarca de Itajaí, em que é apelante Walderez Burmeister

Deeke, sendo apelada Transportes Dalçoquio S/A:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, desprover o recurso.

Custas legais.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Walderez Burmeister Deeke, irresignada com o r. despacho exarado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Itajaí, objetivando a penhora de bens pertencentes à empresa de transportes Dalçoquio S/A, por força de execução judicial promovida pela agravante e decorrente de uma ação de ressarcimento e indenização por ato ilícito c/c reparação de dano moral que tem curso pelo Juízo da comarca de Blumenau, restando condenada a empresa ora agravada, definitivamente, a ressarcir a agravante dos danos emergentes materiais e morais e lucros cessantes.

Sustenta a agravante que instada a agravada ofertou à penhora, para garantia daquela execucional, bens móveis seus consistentes de veículos componentes de sua frota de caminhões, tratores etc., tudo conforme discriminação de fls. 134 que instrui petição de fls. 136, discriminação esta que veio acompanhada de certificado de propriedade em favor da empresa executada ora agravada, e estimativa de seu valor por concessionária credenciada.

Sucede que não concordou a agravante com a nomeação de bens aludidos, manifestando sua discordância, na forma da petição de fls. 211/213, indicando, em substituição àqueles bens, imóveis de propriedade da empresa executada, conforme certidões imobiliárias de fls. 214/219, imó-

veis estes todos situados no município e comarca de Itajaí, ou deprecado.

A impugnação da agravante restou acolhida pelo MM. Juiz da 1ª Vara Cível da comarca de Itajaí, que em despacho de fls. 220/221, publicado em cartório aos 7/8/98, ordenou que a penhora incidisse sobre os bens indicados pela credora exequente e agravante, tendo sido para tanto lavrado o respectivo auto de penhora e avaliação a fls. 223/224, aos 12/8/98.

Tomando ciência dessa última decisão, a devedora executada aos 17/8/98 (fls. 228/229) formulou pedido de reconsideração, ponderando da inviabilidade da penhora incidir sobre os aludidos imóveis indicados uma vez que estes servem de suporte a financiamento bancário destinado à implementação de empreendimento comercial que restaria inviabilizado por força do levantamento da garantia daquele empréstimo com incontáveis danos materiais para a empresa, afetando o mercado de trabalho em face da não-abertura de novos postos, retirando a perspectiva de elevação da receita pública, pelo implemento de novos tributos.

O MM. Juiz a quo em decisão de fls. 290/297 acolheu as ponderações da agravada e fez incidir a penhora sobre os bens por ela indicados e reforçados com a penhora de outro bem situado na comarca paraense de Araucária.

Irresignada com esta deliberação, agravou a credora e exequente de instrumento sufragando o argumento de que os bens ofertados em reforço aos já indicados — frota de veículos — localizam-se em outro município que não o do foro da execução, numa fron-

tal e flagrante violação ao disposto no art. 656, III, do CPC, haja vista a irrefutável existência de bens da devedora situados no foro da comarca da execução, não tendo sido aceita pela credora a nomeação de bens pela devedora.

Diante de tais elementos, requer a reforma da decisão agravada para que possa incidir a penhora sobre os bens indicados pela agravante.

Após a concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, instado o MM. Juiz a quo prestou as suas informações que se encontram acostadas às fls. 366/368 dos autos dos quais se destaca que “no prazo legal, houve oferecimento de embargos por parte da executada, bem como a exequente interpôs o presente agravo de instrumento” (fls. 367).

Atendendo a pedido de reconsideração da agravada, recebido com A. R., às fls. 357/360, suspendi a primitiva concessão de efeito suspensivo do agravo de instrumento, pelas razões já constantes.

Instada a empresa agravada apresentou suas contra-razões, nas quais realçou a manutenção da r. decisão recorrida, sob pena de grave e irreparável lesão para ela e para a sociedade, pela inviabilidade do empreendimento, caso persista a incidência de penhora, nos bens indicados pela agravante, por garantirem financiamento destinado à implementação do empreendimento.

A executada ofertou todas as garantias à exequente com o oferecimento da referida frota, acobertada com apólice de seguro e ampliada com a indicação de outro imóvel de fácil co-

mercialização, situado em privilegiada localização em Araucária (PR).

Ademais, a execucional em apreço, devidamente garantida, já se encontra embargada.

É o relatório.

Inicialmente cumpre salientar que a decisão de fls. 220 que deferiu a incidência da penhora pretendida pela agravante publicada em 7/8/98, e tendo sido o respectivo termo lavrado aos 12/8/98, somente fora dado ao conhecimento da agravada aos 17/8/98 (fls. 284v.) e já no mesmo dia a empresa agravada a impugnou, com pedido de reconsideração a fls. 225 a 229, que foi acolhida pela decisão recorrida, segundo se vê às fls. 284/287.

Portanto, não há falar em preclusão da primitiva decisão que acolheu o pedido da agravante.

A decisão agravada merece prevalecer, por três ponderáveis razões de direito:

Em primeiro lugar, devemos entender como “foro de execução” para efeito do disposto no art. 656, III, do CPC, o Juízo por onde tramita a execução que, no caso, é o da comarca de Blumenau e não o de Itajaí, que é o Juízo deprecado, não obstante ser o domicílio da devedora, onde tem sua sede e bens. Contudo, para efeito de restrição de direito ao devedor, segundo o princípio de que a execução há de ser a menos gravosa, deve ser entendida como foro da execução o da comarca de Blumenau, segundo uma interpretação literal.

Tecendo seus comentários a respeito, assinala o emérito Humberto Theodoro Júnior:

“Todas essas restrições do art. 656 atuam somente no pressuposto da existência de outros bens do devedor que possam escapar do seu alcance. Assim, se, por exemplo, o devedor só possuir bens fora da comarca ou só onerados, a nomeação que incidir sobre eles será plenamente eficaz e, naturalmente, não poderá ser rejeitada pelo credor” (Processo de Execução, São Paulo, 1975, Leud, 2ª ed., pág. 206).

Reportando-se ao magistério do festejado Amilcar de Castro, o doutor Orlando de Souza observa:

“Protegendo os interesses de ambas as partes, define a lei os limites dentro dos quais pode o executado exercer o direito de nomeação, e ao mesmo tempo permite ao executado fiscalizar o exercício desse direito, examinando a nomeação projetada e dizendo se a mesma lhe convém, ou não. Assim é que a nomeação pretendida pelo devedor não vale, exceto convido o credor, nos casos mencionados no art. 656” (Processo de Execução, São Paulo, Saraiva, 1976, pág. 131).

Da mesma forma, inscreve-se na jurisprudência pátria:

“Nomeação de bens à penhora — Bens lotados fora da comarca. Existência de outros bens situados no foro da situação. Ineficácia da nomeação. Recurso de agravo de instrumento provido sem discrepância de votos. É muito cômodo para o devedor indicar bens situados fora da comarca para sua penhora e dificultoso, se não gravoso, para o credor sentir seguro o Juízo com base em ato realizado fora da sua circunscrição, criando figura estranha

ao seu círculo de via comercial” (RT 654/156).

“Existindo bens penhoráveis no foro da execução, se outros forem nomeados e o credor discordar, far-se-á a penhora de bens no foro da situação” (2º TARJ, AI n. 6.634, j. em 15/9/77, rel. Juiz Milton de Carvalho Braga).

Em hipótese análoga, disse este Tribunal de Justiça, por acórdão da lavra do eminente Des. Eder Graf:

“Indicando o devedor bem gravado com ônus de usufruto e localização em outra comarca, quando possui no Juízo da execução outros bens livres e desembaraçados, torna-se ineficaz a nomeação realizada, devolvendo-se ao credor o direito de indicá-los à constrição.

“Nessa situação fica preclusa a possibilidade do devedor reverter a situação consolidada por sua culpa” (AI n. 7.704, de Laguna).

E ainda:

“Penhora — Nomeação de bens — Ineficácia — Oferecimento de bem localizado em comarca diversa da do foro da execução, embora existentes outros no foro da situação — Aplicação do art. 656, III, do CPC” (TJMT).

“O foro competente para a cobrança de título de crédito é o da praça do pagamento (discriminada na cártula) que tem prevalência sobre o do domicílio do devedor e do contrato — Agravo de instrumento conhecido, mas não provido — Decisum guerreado mantido” (AI n. 5.997, de Santa Cecília, Des. Anselmo Cerello, DJE n. 8.198, 24/2/91, pág. 11).

“Penhora — Nomeação de bens — Ineficácia — Oferecimento de bem localizado em comarca diversa da do

foro da execução, embora existentes outros no foro da situação — Aplicação do artigo 656, III, do CPC” (AI n. 7.704, de Laguna).

“A conveniência de não se dispersar a atividade juris-satisfativa, torna recomendável a concentração de toda a execução no foro de tramitação da mesma. Assim, a penhora incide, de preferência, sobre bens localizados no foro de domicílio da devedora, não sendo dado a esta pretender impor à parte credora, exclusivamente em defesa de seus interesses, a penhora em bens situados em outra unidade da federação, mormente quando tal bem sequer encontra-se transcrito em seu nome” (Agravo de Instrumento n. 97.009871-5, de Pomerode, rel. Des. Trindade dos Santos).

Em segundo lugar, os bens situados em Itajaí não são livres e desembaraçados para efeito do disposto no inciso IV do art. 656 do CPC, uma vez que sobre estes pesam financiamentos bancários, logo, não socorre aos interesses da agravante enfrentar um concurso de credores com um agente financeiro, envolvendo, provavelmente, crédito privilegiado.

A norma em apreço não se enlupa na hipótese presente pois se deve entender como sendo “bens livres e desembaraçados”.

Bens livres — A expressão bens livres pode ser entendida em vários sentidos, que se mostram perfeitamente diferentes.

a) Os bens dizem-se livres, em sentido estrito, quando o seu proprietário tem sobre eles todos os domínios, o direto e o útil. Possui, assim, o domínio pleno. Tecnicamente os bens livres, de domínio pleno, dizem-se bens

alodiais, que se distinguem dos bens aforados, em que o domínio se mostra fracionado, o direito em mãos de um e o útil em mãos de outro.

Nesse sentido, os bens, embora tidos, tecnicamente, como livres, podem estar onerados por outras espécies de encargos que não os da enfiteuse. E, apesar deles, os dois domínios continuam em mãos de seu senhor e possuidor. São livres no sentido da atribuição dos domínios, mas não são livres em frente dos ônus que pesam sobre eles.

b) Noutro sentido, então, os bens dizem-se livres quando não estão sobrecarregados de qualquer ônus, compromisso ou obrigação. São livres sob qualquer aspecto, não pesando sobre eles quaisquer ônus reais ou qualquer direito alheio, que possa restringir a ação de seu titular. E assim se usa da expressão? Bens livres e desembargados.

Se há encargos sobre os bens, qualquer que seja a sua espécie, já não se pode, juridicamente, apresentar como bens livres.

c) Em terceiro sentido, embora terreno efetivamente onerado pelo encargo da enfiteuse, ele se considera livre para efeito de encargos de outra espécie, como hipoteca. Para tal caso, ele se entende desembargado. E nesse sentido o livre é aplicado.

Em terceiro lugar, é questionável o interesse da agravante em pretender que a penhora incida em novos bens, quando amplamente seguro o Juízo, encontrando-se em pleno andamento a execução com a proposição de embargos do devedor, o que impor-

taria em sustação daquele processo, ensejando nova proposição de embargos pela devedora o que retardaria sobremaneira a marcha processual.

Estamos, portanto, diante de uma situação já consolidada, uma vez que a prestação jurisdicional está sendo entregue regularmente e com a devida segurança.

Pode-se, ainda, acrescentar que os bens nomeados — frota de veículos — obedecem a gradação legal estabelecida pelo artigo 655, VI, do CPC e cobre perfeitamente o valor da execução, segundo estimativa nos autos, estando ainda acobertados por apólices securitárias, impondo-se, ainda, a sua renovação por exigência de normas tutelares do tráfego; bem como assegurada esta sua conservação.

O argumento de que o outro imóvel situa-se em outro Estado não impressiona se admitirmos que este atua como garantia dos veículos penhorados. Este sim, os bens principais e com inegável legal preferência aos pretendidos pela agravante.

Ademais, o disposto no art. 656, IV, deve ser interpretado como o princípio de que a execução se efetuará pelo meio menos gravoso ao devedor.

Entendendo-se como tal:

“Processo de execução. Discordância do credor a que o devedor seja nomeado depositário do bem constritado. Irrelevância. A execução há de se fazer pelo meio menos gravoso ao devedor. Inteligência do art. 666 do CPC” (Agravado de Instrumento n. 97.000611-0, de Piçarras, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“A execução, processando-se no interesse do credor e do menos

gravoso ao devedor, deve também ser eficaz; assim não é recomendável a penhora de bem de elevado valor para garantir pequena dívida, quando há possibilidade de recair sobre outro de mais fácil comercialização” (AI n. 98.008810-0, de Curitiba, da lavra deste relator, j. 20/10/98).

“Execução Fiscal. Penhora. Nomeação de bem pelo executado que satisfaz plenamente a dívida. Rejeição pelo Magistrado. Constrição de 32 imóveis do agravante. Penhora excessiva. Princípio da menor onerosidade ao devedor. Art. 620 do CPC. Recurso provido.

“É da lei: ‘Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor’ (CPC, art. 620) (...)” (AI n. 96.009094-0, de Barra Velha, rel. Des. Francisco Borges).

E ainda preceitua Amilcar de Castro:

“Todos os meios executivos são onerosos para o executado, mas não seria justo e seria inútil que se preferisse um meio mais custoso, quando por outro menos pesado pudesse o exequente conseguir o mesmo resultado prático. É um elevado princípio de justiça e equidade, informativo do processo das execuções, este que o Estado deve, quando possível, reintegrar o direito do exequente com o mínimo de despesa, de incômodo e de sacrifício do executado. Jus est ars boni et aequi, isto é a sistematização do que é conveniente e útil”.

Assim é de indagar-se é admissível, diante deste fundamento, sub-

meter a empresa executada aos prejuízos decorrentes da incidência da penhora pretendida pela agravante, quando de outra forma é perfeitamente possível assegurar o cumprimento da execução em epígrafe quando garantido por outros bens?

Por derradeiro, é de frisar-se que o disposto no art. 668 do CPC não se aplica no caso presente, eis que a penhora dos bens pretendidos pela agravante não se aperfeiçoou porque do termo não ficou ciente a agravada, como também não houve nomeação regular de depositário, que tão-somente firmou a termo.

Diante desse contexto não se aperfeiçoou esta penhora. “A penhora se torna perfeita com o efetivo depósito e subsequente compromisso, não podendo cogitar sequer de sua existência quando faltantes ditos requisitos. O termo lavrado pelo escrivão tem forma livre, admitindo-se seja firmado pelo patrono do devedor quando tiver poderes especiais para assumir a responsabilidade de depositário pelo mandante” (AI n. 192251395 — JUTARS — ADV Jur. 95, pág. 334, 4/6/1988).

Logo, se a dita penhora fora desfeita antes de sua perfectuação, não há falar em substituição de bens preconizada pelo art. 668 do CPC.

Diante desses fundamentos, nega-se provimento ao presente agravo, cassando-se de vez a decisão que lhe emprestou efeito suspensivo, mantendo-se hígida a penhora determinada pela r. Decisão agravada de fls. 284/286.

É o voto.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello, e dele parti-

ciparam, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik, e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 6 de maio de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente para o acórdão;
Anselmo Cerello,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino:

Ousei dissentir da doutra maioria por entender, ciente de que a execução se faz no interesse do credor, que a garantia dada — constante de uma frota de caminhões, garantida, por sua vez, por um imóvel localizado em outro Estado, os veículos, na maioria, bastante rodados, em uso, ainda, e com natural depreciação a cada ano — por isso mesmo, e com o decorrer do tempo, não serviria mais ao objetivo da constrição.

Certo, também, é verdade, que deve ser observado na penhora o menor gravame possível ao devedor.

No caso concreto, contudo, já havendo sido reconhecida a indenização no processo de conhecimento, ciente o devedor, pois, da obrigação, e não a paga, obrigando o credor à execução, e estando esta ainda em curso, não parece razoável, embora não haja restrição legal, que dê em garantia de financiamento bancário, antes, pois, do pagamento, o bem com melhores possibilidades de garanti-lo.

Se o fez, e a primeira penhora foi ineficaz, tanto que o Magistrado acolheu, em substituição, o bem ga-

rantidor do financiamento bancário, indicado pelo credor, embora a reconsiderasse depois, parece-me legítimo o direito postulado.

Por isso, votei vencido, entendendo que tendo o devedor uma obri-

gação a cumprir, não deve, espontaneamente, assumir outra, onerando bem de melhor aceitação e venda mais fácil, antes do pagamento a que está obrigado.

Sérgio Paladino

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.009520-7, DE TUBARÃO

Relator: Des. Anselmo Cerello

Reintegração de posse — Arrendamento mercantil — Indeferimento da liminar — Notificação irregular — Ausência do valor do débito — Mora não caracterizada — Ação revisional c/c repetição de indébito — Manutenção do decismum.

“Leasing. Notificação. Valor do débito. Constitui requisito para a propositura da ação reintegratória a notificação prévia de arrendatária, mencionando-se o montante do débito atualizado até a data do ajuizamento e fornecendo-se desde logo os elementos necessários para a sua determinação final. Recurso especial não conhecido” (REsp. n. 149.301/RS, Ministro Barros Monteiro, DJU de 21/9/98, pág. 184).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.009520-7, da comarca de Tubarão, em que é agravante Besc — Banco do Estado de Santa Catarina S/A, sendo agravada Ferroplast Indústria e Comércio Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso para indeferir a liminar, prejudicados os embargos declaratórios.

Custas legais.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Besc contra decisão do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Tubarão, que re-

vogou liminar concedida pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível daquela Comarca, referente a uma ação de reintegração de posse promovida pela agravante contra a empresa Ferroplast Ind. e Com. Ltda.

Sustenta a agravante que aos 18/12/96 as partes firmaram contrato de Leasing Arrendamento Mercantil, tendo por objeto cinco imóveis que eram de propriedade da agravada, transferindo ao agravante, sendo o valor financiado de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) com vencimento em agosto de 1998.

Em face do inadimplemento pela agravada (empresa arrendatária) no pagamento das prestações, o agra-

vante aforou ação de reintegração de posse, fundada em contrato de arrendamento mercantil e no seu descumprimento, uma vez que, notificada a arrendatária extrajudicialmente, esta não pagou as prestações vencidas.

Distribuído o feito para a 3ª Vara Cível, onde o seu titular concedeu a medida liminar posteriormente revogada pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da comarca de Tubarão, para onde foram redistribuídos os autos, requereu a concessão do efeito suspensivo.

Foi concedido o efeito suspensivo.

Contraminutando, a agravada alegou irregularidade da notificação por não consagrar o valor devido, não se verificando a regular constituição em mora; ademais a agravada propôs ação revisional que se encontra em andamento pelo Juízo da 2ª Vara Cível (que, por isso, tornou-se preventivo) na qual discute as cláusulas contratuais que consagram cobrança extorsiva de juros, o que inviabilizaria aquela ação caso prevaleça a liminar reintegratória. Ademais a agravada efetuou o pagamento de 80% do valor financiado pretendendo o agravante a cobrança antecipada do valor residual o que descaracteriza o leasing.

Sustentou ainda a agravada que os bens são imprescindíveis ao funcionamento da empresa, sendo em número de cinco, todos eles de posse longa da agravada que era sua proprietária, sendo dois utilizados como residência de pessoas físicas, dois outros como galpão e um como loja.

A agravante rebateu, sustentando que os bens não são essenciais

à empresa agravante que tem o seu parque industrial implantado em outros imóveis localizados no município de Capivari, mantendo a empresa em Tubarão galpões para depósito e escritório.

Quanto à constituição em mora da agravada, alega que a omissão do valor devido restou suprida pois a agravada encaminhou missiva ao agravante propondo-se a saldar o débito que declara ser de R\$ 767.000,00.

Não foi instado o MM. Juiz a quo e portanto não houve informações.

A agravada interpôs embargos declaratórios nos quais apontou contradições no despacho que concedeu o efeito suspensivo, uma vez que houve imprecisão no despacho ao abordar a respeito das ações em andamento e criticou o despacho por ter concedido o efeito ativo à decisão recorrida de teor negativo, não ocorrendo os requisitos do art. 558 pela concessão do almejado efeito.

Pedi dia para julgamento.

É o relatório.

Cumpra salientar que as partes firmaram contrato de leasing (arrendamento mercantil) no valor de R\$ 800.000,00, aos 18/12/96 com vencimento em agosto de 1998, tendo por objeto cinco imóveis de propriedade da empresa agravada e arrendatária. Nos referidos imóveis, a arrendatária, como proprietária, instalou galpões e num instalou loja.

A empresa agravada e arrendatária vinha pagando normalmente as prestações dos imóveis, cobrindo 80% do preço originário, o que não é contestado pela agravante, contendo em

lançamento do agravante o pagamento de R\$ 523.508,97 (quinhentos e vinte e três mil, quinhentos e oito reais e noventa e sete centavos), até 19/5/99, registrando um saldo devedor de R\$ 983.269,44, computando-se o saldo do valor originário mais o ágio, juros e encargos do pacto.

Não concordando com as exigências do agravante, por considerá-los ilegais, aforou ação de rescisão contratual perante a 2ª Vara Cível, daí decorrendo sua prevenção. A agravante propõe ação de integração de posse que foi distribuída para a 3ª Vara Cível, que deferiu a então postulada medida liminar, posteriormente revogada pelo MM. Juiz da 2ª Vara, que se tornou competente por força de prevenção e que é a decisão ora agravada.

Derradeiramente a agravada ainda aforou ação de interdito proibitório que foi distribuída à 2ª Vara Cível, merecendo a concessão de medida liminar que torne o seu efeito suspenso por força de agravo de instrumento interposto pela agravante.

Estes pois são os esclarecimentos devidos em razão dos embargos declaratórios que atacam a decisão que concedeu efeito suspensivo ao presente recurso.

Quanto à constituição em mora da agravada, esta consistiu em notificação extrajudicial sem discriminação do saldo devido e das prestações embargadas em atraso.

Tal omissão inviabiliza o exercício da purgação da mora pela agravada. A respeito manifestou-se a jurisprudência:

"Leasing. Notificação. Valor do débito. Constitui requisito para a propositura da ação reintegratória a notificação prévia da arrendatária, mencionando-se o montante do débito atualizado até a data do ajuizamento e fornecendo-se desde logo os elementos necessários para a sua determinação final. Recurso especial não conhecido" (REsp. n. 149.301/RS, Ministro Barros Monteiro, DJU de 21/9/98, pág. 184).

Com estrita ligação ao tema, adverte o Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

"Como a ação reintegratória permite o deferimento de liminar independentemente da ouvida da parte contrária, não terá esta a oportunidade de exercer o seu direito se antes disso não tiver sido notificada do valor do débito, especialmente quando sujeito a reajustes e acréscimos contratados. Por isso, tenho que no leasing, a arrendatária tem o direito de ser previamente notificada para exercer o direito de purgar a mora ou de se defender ou de exercer defesa preventivamente contra a pretensão recuperatória prometida pela arrendadora. Se não for assim, a arrendatária ficará submetida a graves consequências pela simples demora, sem que se lhe oportunize demonstrar a inexistência da mora (art. 963 do Código Civil) ou o oferecimento da prestação devida (art. 959, Código Civil)" (STJ 4ª Turma, REsp. n. 139.305—RS, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, com a seguinte ementa: Leasing. Mora. Interpelação. Ação de reintegração de posse. A notificação prévia da arrendatária é requisito para a ação de reintegra-

ção de posse promovida pela arrendadora).

Nesse mesmo sentido manifestou-se recentemente a Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Reintegração de posse. Arrendamento mercantil. Indeferimento da liminar. Notificação irregular. Ausência do valor do débito. Mora não caracterizada. Ação de revisional c/c repetição de indébito. Manutenção do decismum.

‘Leasing. Notificação. Valor do débito. Constitui requisito para a propositura da ação reintegratória a notificação prévia da arrendatária, mencionando-se o montante do débito atualizado até a data do ajuizamento e fornecendo-se desde logo os elementos necessários para a sua determinação final. Recurso especial não conhecido’ (REsp. n. 149.301/RS, Ministro Barros Monteiro, DJU de 21/9/98, pág. 184)” — Agravo de Instrumento n. 98.017464-3 de Tubarão, relator o Des. Silveira Lenzi, Terceira Câmara Civil, j. 20 de abril de 1999.

Sobre as questões prejudiciais é de citar-se o determinante art. 265 do CPC, verbis:

“Art. 265 — Suspende-se o processo:

“... ”

“IV — quando a sentença de mérito:

“a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração de existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto da relação principal de outro processo pendente”.

São os precedentes dos tribunais sobre a descaracterização do leasing em face do adiantamento do VRG:

“Leasing. Financeiro. Valor residual. Pagamento antecipado. TR. Juros. Limite.

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

“Aplicação da Súmula 596/STF para limitação da taxa de juros em operações das instituições financeiras” (REsp. n. 181.095/RS, DJ 9/8/1999, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma do STJ).

“Leasing. Financeiro. Valor residual. Pagamento antecipado. TR. Juros. Limite.

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

“Aplicabilidade da Súmula 121/STF para excluir a capitalização dos juros” (REsp. n. 188.145/RS, DJ 2/8/1999, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T. do STJ).

“Direitos comercial e econômico. Contrato de arrendamento mercantil. Leasing. VRG. Descaracterização. Fundamentação deficiente. Enunciado n. 284 da Súmula/STF. Empréstimo. Instituição financeira. Teto de 12% em razão da lei de usura. Inexistência. Lei n. 4.595/64. Enunciado n. 596 da Súmula/STF. Recurso parcialmente acolhido.

“I — Se da argumentação expendida pelo recorrente não se extrai qual o ponto da insurgência posta nas razões de recurso, inviável se torna o exame do especial, nos termos do verbete n. 284 da Súmula/STF.

“II — O art. 5º da Lei n. 6.099/74, com as alterações da Lei n. 7.132/83, que estabelece os elementos caracterizadores do contrato de arrendamento mercantil, não cuida do denominado valor residual garantido, o qual foi instituído em norma regulamentar, a Resolução n. 2.309/96 do Banco Central.

“III — A Lei n. 4.595/64, que rege o Sistema Financeiro Nacional e o Mercado de Capitais, ao dispor no seu art. 4º, IX, que cabe ao Conselho Monetário Nacional limitar taxas de juros, revogou, nas operações realizadas por instituições financeiras, salvo exceções legais, como nos mútuos rurais, quaisquer outras restrições a limitar o teto máximo daqueles.

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e

das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausente, ocasionalmente, o Ministro Barros Monteiro” (STJ — 4ª Turma, REsp. n. 192.990/RS, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13/4/1999, DJU 17/5/1999, pág. 214).

Bem indicam o art. 5º, c, c/c art. 11, § 1º, da Lei n. 6.099/74 alterado pela Lei n. 7.132/83, todos em consonância com a Resolução n. 2.309 de 28 de agosto de 1996 do Banco Central do Brasil, que no caso dos autos não se trata de leasing, verbis:

“Art. 5º. Os contratos de arrendamento mercantil conterão as seguintes disposições:

“c) opção de compra ou renovação de contrato, como faculdade do arrendatário.

“Art. 11. Serão considerados 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 a prestação”.

Com relação à reintegração de posse nos contratos de leasing onde houve pagamento antecipado do VRG, têm decidido os tribunais:

“Leasing — VRG pago juntamente com o valor da locação — Compra e venda — Lei n. 6.099/74 —

Res. n. 980/84 (art. 11). Não é cabível ação de reintegração de posse. Em contrato de arrendamento mercantil, onde o valor residual garantido é pago mensalmente, juntamente com as prestações da locação, a operação transforma-se em compra e venda, não sendo cabível reintegração de posse" (Apelação Cível n. 196196778, 2ª Câmara Cível da TARGS, rel. Juiz de Alcada Rubem Duarte, j. 5/12/96).

Em v. aresto referente ao AI n. 98.017464-3 de Tubarão, relatado pelo ínclito Des. Silveira Lenzi, da Terceira Câmara Civil:

"Reintegração de posse. Arrendamento mercantil. Indeferimento da liminar. Notificação irregular. Ausência do valor do débito. Mora não caracterizada. Ação revisional c/c repetição de indébito. Manutenção do decism.

'Leasing. Notificação. Valor do débito. Constitui requisito para a propositura da ação reintegratória a notificação prévia da arrendatária, mencionando-se o montante do débito atualizado até a data do ajuizamento e fornecendo-se desde logo os elementos necessários para a sua determinação final. Recurso especial não conhecido' (REsp. n. 149.301/RS, Ministro Barros Monteiro, DJU de 21/9/98, pág. 184).

"Consta do v. acórdão:

"O ponto central do presente recurso é se houve ou não a notificação válida, pois só esta tem o condão de constituir o devedor em mora, sendo imprescindível, portanto, para o ajuiza-

mento da ação de reintegração de posse.

"No tocante à intimação pessoal do representante legal da agravada, ao contrário do entendimento do Dr. Juiz a quo, foi válida a notificação da empresa/ré feita no endereço da sede, na pessoa de Arlindo Meurer, pois constata-se no art. 3º da alteração contratual de fls. 12 que o mesmo também é representante legal da agravada.

"Por outro lado, verifica-se que a notificação prévia não determinou o montante do débito e nem os demais encargos atualizados para possibilitar o pagamento dos mesmos pela agravada, sendo este um requisito essencial para sua validade.

"Assim, não caracterizada a mora por ausência de notificação válida, e constituindo esta requisito para a propositura da ação reintegratória, a manutenção da decisão objurgada é medida que se impõe.

"Importa destacar que, das 36 (trinta e seis) parcelas contratadas, a agravada quitou 29 (vinte e nove) e, por entender que já pagou mais do que o devido, aforou ação de revisão contratual c/c repetição de indébito, anteriormente à ação de reintegração de posse, insurgindo-se contra várias cláusulas contratuais, contra a cobrança de anatocismo e juros extorsivos e, inclusive, a cobrança antecipada do Valor Residual Garantido (VRG), sendo que a mesma desfigura o contrato de leasing, transformando-o em compra e venda a prazo, conforme orientação recente do Superior Tribunal de Justiça (REsp. n. 178.272/RS). Percebe-se

que todos os argumentos expendidos pelo agravado são plausíveis e relevantes.

“É fácil de se concluir, portanto, que a liminar indeferida nenhum prejuízo trará ao credor, sendo que, às vezes, o exercício de um direito em excesso pode gerar uma injúria excessiva, ou seja, causa um gravame injusto a um dos litigantes.

“A situação fática retratada aconselha a manutenção da decisão objurgada até o desfecho das ações de revisão contratual c/c repetição de indébito e de reintegração de posse, onde será apurado o valor realmente devido.

“Todas as demais alegações feitas pelo agravante, ante a não caracterização da mora devido à irregularidade da notificação, perdem a relevância, vez que esta é requisito essencial para reintegração de posse”.

Por derradeiro, ainda que se aceite as argumentações do agravante, é evidente que a reintegração liminar deste na posse vai inviabilizar a empresa arrendatária, por manter galpões, depósitos e escritórios. Sendo de se frisar que dois imóveis são ocupados pela residência de pessoas físicas.

Assim diz a Jurisprudência:

“Leasing — Inadimplência do arrendatário — Busca e apreensão do bem lisado — Indeferida — Bens lisados imprescindíveis à continuidade da atividade da empresa — Permanência das máquinas arrendadas, em mãos do arrendatário, enquanto tramitar o processo, até a efetivação de sua venda. Agravo desprovido.

“As máquinas indispensáveis à atividade industrial de empresa em processo de autofalência, com precária autorização judicial de funcionamento, sendo apreendidas em ação de reintegração de posse, fundada em inadimplência de contrato de arrendamento mercantil, poderão permanecer em poder da devedora enquanto tramitar o processo até o momento de sua venda, uma vez que não causa ofensa à lei especial a alternativa alvitrada, já que os bens lisados ficam sob constrição judicial por força de depósito, com a consequente manutenção do status quo o que se compatibiliza com o desenrolar do feito, dada a ausência de prejuízo, à sua eficácia” (Agravo de Instrumento n. 96.007682-4, de Santa Cecília, relator o Des. Anselmo Cerello).

As demais questões envolvem o mérito da causa, sendo alvo da ação de fundo.

Em face de tal contexto, nego provimento ao agravo de instrumento interposto pelo Besc S/A, cassando assim a decisão que lhe concedeu efeito suspensivo.

É o voto.

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

Florianópolis, 16 de setembro de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente com voto;
Anselmo Cerello,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.012356-9, DA CAPITAL**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

Ação popular. Operação financeira referente às Letras Fiscais do Tesouro do Estado de Santa Catarina. Bloqueio liminar. Terceiro atingido. Agravo de instrumento. Legitimidade. Inteligência do art. 499, § 1º, do CPC.

A liminar concedida em ação popular determinando o bloqueio das operações financeiras referentes às LFTSC impediu o resgate dos títulos de que a agravante é possuidora, satisfazendo à saciedade a exigência de demonstração do nexó de interdependência entre o seu interesse e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

Incompetência absoluta. Justiça Federal. Inexistência de manifestação de interesse por parte de alguma das pessoas enumeradas no art. 109 da CF. Preliminar afastada.

Não manifestado interesse por parte de alguma das pessoas enumeradas no art. 109, I, da Constituição Federal, afasta-se a preliminar de competência da Justiça Federal.

Títulos públicos. Letras Fiscais do Tesouro do Estado de Santa Catarina. Processo de emissão. Ato plenamente vinculado. Indícios de irregularidades. Sustação de pagamento. Possibilidade. Medida eminentemente cautelar. Fumus boni juris. Periculum in mora.

Havendo fundados indícios de que as operações financeiras que deram origem às LFTSC estejam inquinadas de sérias ilegalidades é razoável que, por cautela, determine-se o bloqueio das operações, dentre as quais o resgate dos títulos já negociados, garantindo, assim, a eficácia do provimento final.

Resolução n. 78 do Senado Federal. Art. 12, § 3º. Impossibilidade de determinação de pagamento se comprovada a irregularidade. Norma que tratando dos casos de refinanciamento de títulos excetua os emitidos com base no art. 33 do ADCT.

Não se pode admitir a interpretação dada pela agravante de que o § 3º do art. 12 da Resolução n. 78/98, do Senado Federal tenha determinado o resgate, nos vencimentos respectivos, de títulos emitidos com fraude à lei e à Constituição. A melhor exegese do citado

dispositivo caminha no sentido de que apenas se constitui numa exceção à regra contida no caput do art. 12, que admite a renegociação de títulos da dívida pública.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.012356-9, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 1º Cartório), em que é agravante Omar Camargo Corretora de Câmbio e Valores Ltda., sendo agravados Eni José Voltolini e outros:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso de agravo de instrumento. Vencido o eminente Des. Trindade dos Santos que votou em sentido adverso.

Custas legais.

I — Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Omar Camargo Corretora de Câmbio e Valores Ltda. contra decisão proferida nos autos da Ação Popular n. 2397243870-7, proposta por Eni José Voltolini, Ivan César Ranzolin, Lício Mauro da Silveira, Olices Osmar Santini, Reno Caramori, Gilmar Knaesel, Leodegar Tiscoski, Odacir Zonta, Gervásio Maciel, Otávio Gilson dos Santos e Udo Wagner contra o Estado de Santa Catarina, Paulo Afonso Evangelista Vieira, Oscar Falk, Paulo Sérgio Galotti Prisco Paraíso, Tibagi DTVM Ltda., Konta S/A Distribuidora de Títulos e Valores Imobiliários, Valor CCTVM Ltda., Banco Vetor S/A e IBF Factorig Fomento Comercial Ltda., que deferiu o bloqueio dos valores depositados no Besc.

Afirma a agravante que embora não faça parte da relação processual como ré, a decisão proferida na ação civil pública traz conseqüências diretas em seu patrimônio, eis que adquiriu títulos do Estado no mercado secundário e o bloqueio das operações impede que sejam resgatados no prazo. Dessa forma estaria legitimada para interposição do presente recurso.

Relata que em data de 8 de novembro de 1996 adquiriu no mercado secundário, mais precisamente da empresa Divalpar Corretora de Câmbio, 3.000 (três mil) Letras Financeiras do Tesouro de Santa Catarina — LFTSC — conforme documento juntado a fls. 123, num total de R\$ 3.215.141,80 (três milhões, duzentos e quinze mil, cento e quarenta e um reais e oitenta centavos). Afirma que fez tal aquisição motivada pela credibilidade que o Estado de Santa Catarina gozava no mercado financeiro e porque os títulos públicos gozam da maior honrabilidade possível. Diz que tal aquisição se deu no mercado secundário e que, se qualquer ilicitude ocorreu, ela se deu no mercado primário, de forma que não concorreu para eventual irregularidade.

Sustenta que a superveniência de recente Resolução aprovada, em plenário, em 16/6/98, pelo Senado e publicada no DOU do dia 11 de julho de 1998, acabou por fulminar a decisão interlocutória, determinando compulsoriamente, no § 2º do art. 12, que os títulos públicos emitidos devam ser resgatados em seu vencimento. Afir-

ma, ainda, que compete ao Senado estabelecer os limites de endividamento público, conforme competência exclusiva prevista na Constituição Federal, mais precisamente em seu art. 52, IX, trata-se, pois, de questão política.

Levanta, ainda, a incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual, pois para que haja a declaração de nulidade da operação de emissão e negociação das Letras, o Juízo deverá adentrar em sua fase de formação importando em declaração de nulidade da Resolução n. 76/96 do Senado Federal, ou seja, de atos administrativos praticados por agentes do Banco Central, como o parecer conclusivo DEDIP/DIARE — 96/0913, do expediente BACEN DEDIP/ GABIN-96/827, dirigido à CETIP — Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos, do Ofício PRESI-96/22982, emitido e remetido pelo Presidente do Banco Central ao Senado Federal. Motivo pelo que torna necessário o comparecimento nesta relação jurídico-processual do Senado Federal, mediante a União Federal e o Banco Central — BACEN, o que, nos termos do inciso I do art. 109 da Constituição Federal, tornaria a Justiça Federal competente para processamento e julgamento do feito.

Em reforço ao argumento, junta ofício do eminente Ministro Presidente do STF afirmando que a competência para o processo crime é da Justiça Federal, mais precisamente do TRF.

Alega, ainda, sua total boa-fé na realização do negócio com os títulos catarinenses. Afirma que com relação ao mercado primário aparentemente existem provas de que houve irregularidades, mas não com relação ao mer-

cado secundário. Salienta que adquiriu as LFTSC em 8 de novembro de 1996, muito antes da instauração da CPI das Letras, tornando irreal a alegação de que os compradores do mercado secundário estavam de má-fé porque, mesmo cientes das irregularidades, teriam efetuado o negócio.

Diz que tomou todas as providências ordinárias para verificação da validade dos títulos que negociou. Como operadora do mercado secundário gozava das garantias de que se os títulos que estavam sendo negociados tinham passado pelo processo depurativo do BACEN e do Senado. Presumiam, então, que: 1) houve a comprovação da existência de precatórios pendentes de pagamento; 2) que somente haveria o registro na CETIP se fossem comprovados os precatórios; 3) que o BACEN havia feito o controle das informações prestadas pelo Estado; 4) que o montante de Letras emitidas eram no exato montante dos débitos judiciais; 5) que o art. 33 do ADCT foi criteriosamente observado; 6) que o Estado de Santa Catarina subordinava-se à Resolução n. 69/95 do Senado Federal.

Afirma, ainda, que o não resgate dos títulos na forma e modo estipulados levará o Estado de Santa Catarina ao descrédito no mercado financeiro nacional de forma que não poderá novamente negociar títulos em razão do precedente aberto.

Despacho denegatório do efeito suspensivo às fls. 305/312. Manifestação do agravado às fls. 326/337.

II — Voto

a) Admissibilidade do recurso

Embora não faça parte da relação processual não se nega que a decisão proferida nos autos da ação popular tenha aptidão de interferir no crédito da agravante. Plena aplicação, pois, tem o art. 499, § 1º, do Código de Processo Civil, permitindo que o terceiro atingido por decisão judicial interponha recurso a fim de ver resguardado o direito que alega ter.

Nesse sentido, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça em acórdão publicado na RSTJ 62/364:

“Há que considerar como terceiro prejudicado o endossatário de título de crédito, na espécie duplicata, para o fim de legitimar o direito de recorrer de decisão que ameace crédito seu representado pela cártula comercial. Na hipótese, tem o endossatário, embora não tendo figurado como parte em ação anulatória de duplicata, inequívoco interesse jurídico a legitimar seu apelo”.

b) Exceção de incompetência absoluta

Descabida se apresenta, neste momento, a alegada incompetência do foro estadual para processamento do feito, uma vez que não faz parte da relação processual qualquer das pessoas insertas no art. 109, I, da Constituição Federal.

Somente seria de reconhecer-se a incompetência de Juízo em havendo a devida comprovação do interesse jurídico da União e suas autarquias. A mera alegação de interesse não justifica a remessa dos autos para a Justiça Federal, ainda mais quando não pleiteada pela própria pessoa jurídica de direito público.

O processamento da ação criminal não influi na competência para

esta ação popular, uma vez que os atos administrativos lesivos que se pretende abater foram emitidos na órbita estadual.

c) Da operação financeira

A existência de um título depende da observância de vários requisitos de ordem formal que, uma vez observados, concedem-lhe a mais ímpar validade, o que é vital para que seja aceito, assim cumprindo sua principal função: a circulação de riquezas.

Da mesma forma, os títulos emitidos pelo poder público devem obedecer a mais rígida legalidade para que tenham aptidão de onerar os cofres públicos, pois criam verdadeira obrigação para a população, que realmente é quem tem o dever de saldar esses débitos.

Saliente-se que os responsáveis pela engenharia financeira que deu origem às letras não estão restritos ao território catarinense. Como a própria agravante reconhece, agentes do BACEN e até mesmo membros do Senado Federal parecem ter sua cota de culpa ao falharem em sua missão de verificação da lisura e da estrita legalidade da emissão dos títulos. Não se desconhece a parcela de culpa que parece subsistir a alguns agentes do Governo Catarinense na emissão dos títulos, todavia, cumpria justamente ao BACEN e ao Senado da República barrar esse tipo de atitude.

Neste primeiro momento, acredito que seja injusto que o povo catarinense arque sozinho pelo inadimplemento dos órgãos do BACEN e do próprio Senado que, fugindo às suas atividades, deram condições para que possíveis irregularidades se perfectibilizassem.

Relata a agravante que em sessão plenária realizada, no dia 16 de junho de 1998, o Senado Federal aprovou Resolução que definiu a forma de resgate dos títulos públicos emitidos com base no art. 33 do ADCT. Tal resolução foi publicada no Diário Oficial da União de 8 de julho de 1998. Afirma que o § 3º do art. 12 dessa referida Resolução determina que os títulos acima declinados deverão ser resgatados em suas respectivas datas de vencimento, motivo pelo que acredita ser esse ato normativo prejudicial à liminar de bloqueio das operações financeiras referentes às Letras Fiscais do Tesouro de Santa Catarina, uma vez que compete unicamente ao Senado definir o limite de endividamento público.

O mencionado dispositivo está caligrafado nos seguintes termos:

"Art. 12. A dívida mobiliária dos Estados e do Distrito Federal, objeto de refinanciamento ao amparo da Lei n. 9.496, de 11 de setembro de 1997, e a dos Municípios poderá ser paga em até trezentas e sessenta prestações mensais e sucessivas, nos termos de contrato que vier a ser firmado entre a União e a respectiva unidade federada.

"(...)

"§ 3º — os títulos públicos emitidos após 13 de dezembro de 1995, para pagamento de precatórios judiciais, nos termos do art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não são passíveis de qualquer refinanciamento, devendo ser resgatados em seu vencimento".

Cabe dizer que a liminar visando resguardar a eficácia da sentença de mérito somente tem razão de existir se a providência que pre-

tende assegurar pode ser daquelas que reconhecíveis na sentença final. Dessa forma, trazendo para o caso sub judice a razão de existir da liminar de bloqueio concedida está na possibilidade de a sentença de mérito, em reconhecendo a irregularidade da emissão dos títulos, retirar-lhes a validade, impedindo, assim, o seu resgate.

A interpretação que a agravante parece querer dar ao supra-mencionado dispositivo atinge a futura eficácia da sentença de mérito no sentido de que mesmo que reconhecida a nulidade os títulos deveriam ser resgatados.

Se o dispositivo sob análise determinasse que o poder público realizasse o pagamento de títulos emitidos com fraude à legislação e à constituição estaria legitimando a improbidade administrativa sob o páli-do argumento de proteção do mercado financeiro. Nessa ordem de idéias, o administrador pouco influenciado pelos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, constantes no art. 37 da CRFB, estaria isento de observar os ditames legais para emissão dos títulos, uma vez que estejam ou não de acordo com a lei o seu pagamento seria efetuado. Ora, admitir-se que títulos emitidos com irregularidade que os inquinam de nulidade ex radice tenham força de onerar os cofres públicos seria admitir a institucionalização do caos na administração e o desrespeito incondicionado ao primado da lei e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Se tal intenção permeava a mens legislatoris tal dispositivo é de ser tido como inconstitucional, afastando-se desde logo sua aplicação por meio do controle difuso da constitucionalidade dos atos normativos, passível de reconhecimento ex officio pelo Poder Judiciário.

Todavia, creio que a melhor interpretação a respeito do dispositivo em análise é aquela que, afastando a versão dada pela agravante, entende que o dispositivo apenas quis dizer que os títulos a que se refere não serão objeto de refinanciamento devendo ser pagos no vencimento. Uma interpretação sistemática informa que tal dispositivo está inserto no Capítulo III, que trata Dos Limites às Operações de Crédito onde apresenta os requisitos para admissibilidade de emissão dos títulos e sua forma de pagamento, sendo que no art. 12 está prevista a possibilidade de refinanciamento da dívida mobiliária dos Estados, Distrito Federal, Municípios, nos termos da Lei n. 9.496/97.

Ora, o § 3º do art. 12 da Resolução n. 78/1998 vem justamente afirmar que os títulos emitidos com base no art. 33 do ADCT não são passíveis de refinanciamento, devendo ser resgatados nos respectivos vencimentos. Lembre-se que, apesar de toda a polêmica gerada pela emissão de títulos públicos, essa operação era realizada por diversas outras pessoas jurídicas de direito público interno, com obediência à mais estrita legalidade, motivo pelo que, a esses casos, plena aplicação tem o § 3º do art. 12 da Resolução n. 78/98.

Diga-se, ainda, em reforço desta tese, que mesmo a anterior Resolução n. 69, de 14 de dezembro de 95, já previa, em seu art. 16, § 3º, a impossibilidade de refinanciamento dos títulos emitidos com base no art. 33 do ADCT:

“Art. 16. Os pedidos de autorização para lançamento, oferta pública ou colocação no mercado de títulos da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverão ser encaminhados ao Senado Federal, por intermédio do Banco Central do Brasil, devidamente instruídos com a documentação prevista nos incisos I a IX do art. 13, devendo o parecer de que trata o inciso IX conter, também, informações sobre:

“(…)

“§ 2º. Incluem-se nas disposições deste artigo os títulos a serem emitidos para atender à liquidação dos precatórios judiciais pendentes de pagamento, objeto do art. 33 e seu parágrafo único do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

“§ 3º. Os títulos de que trata o parágrafo anterior não se incluem nos limites previstos no art. 4º e não são passíveis de refinanciamento”.

O § 3º do art. 12 da Resolução n. 78/98 refere-se aos “títulos públicos emitidos após 13 de dezembro de 1995,” ou seja, os títulos emitidos sob os auspícios da Resolução n. 69, de 14 de dezembro de 1995, porque os anteriores eram passíveis de renegociação por força da Resolução n. 11/94, motivo por que o § 3º do art. 12 apenas reafirma a disposição já existente no § 3º do art. 16 da Resolução n. 69/95, não querendo inovar

ou mesmo determinar o pagamento de títulos emitidos de forma ilegal.

Insubsistente, ainda, a afirmativa de enquadramento da hipótese sub *judice* à moldura do § 4º do art. 16 da ab-rogada Resolução n. 69/95, uma vez que tal dispositivo refere-se tão-somente a desvio de finalidade das verbas obtidas pela negociação de títulos, ou seja, a emissão obedeceu os requisitos legais, mas a irregularidade atingiu a operação em momento posterior: em vez de utilizar os recursos no pagamento dos precatórios pendentes utilizou-os para outros fins. O caso dos autos, além da possibilidade de existência de desvio de finalidade, há indícios de irregularidades no processo de emissão o que afasta a aplicação de tal dispositivo que está caligrafado da seguinte forma:

“Art. 16. (...)

“§ 4º. A utilização de recursos obtidos por meio da colocação dos títulos de que trata o § 2º em outra finalidade que não a de liquidação de precatórios judiciais pendentes de pagamento, implicará na obrigatoriedade de a entidade emissora promover o imediato resgate de tais títulos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis”.

O comando dado por este dispositivo é claro não afirmando em momento algum o dever de pagar títulos com vício de emissão.

d) Do *fumus boni juris*

A liminar hostilizada muito bem tratou da questão, identificando documentação suficiente e apta a gerar um Juízo de existência de fu-

mus boni juris, o que respalda e justifica a seriedade da medida. De seu corpo retira-se claramente os fundamentos que influenciaram a *mens judicandi*, *ad literis et verbis*:

“A fumaça do bom direito, à vista da situação fática concreta (fls. 4/24), da farta documentação acostada (fls. 44 usque 1.690) e da legislação em que vem insculpida a pretensão inicial. Dita dedução é clarividente, vê-se logo.

“Mas, oportuno que se registre, ainda: a violação expressa, pelos demandados, do art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, diante da documentação inserida a fls. 46/56, que comprova que poderia haver fraude, em face da inexistência de precatórios pendentes de liquidação, anteriores à data de emissão da Carta. Consulte-se a propósito o art. 33 e seu parágrafo único.

“Por outro lado, a probabilidade da ocorrência de dano (= prejuízo) à coletividade, fato, aliás, decantado, com frequência, pela própria imprensa (fls. 163 e s.s.), o que configura, em tese, danos ao Erário Público Estadual, além de violação às Regras de Direito Público”.

A existência do *fumus boni juris* assenta-se em bases sólidas, seja sobre a farta documentação, seja sobre o parecer final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal, que procedeu minuciosa investigação a respeito das irregularidades levantadas. Por esse ponto, inatacável a decisão recorrida.

e) Do *periculum in mora*

Não resta dúvida a respeito da presença do risco de dano à sociedade catarinense pelo pagamento dos valores referentes a operações aparentemente atingidas por irregularidades de gênese. Não se pode admitir que esses títulos, sobre os quais pendem sérias dúvidas, continuem sendo negociados no mercado financeiro, muito menos resgatados pelo Governo sem que antes sejam expurgados todos os vícios que parecem inquiná-los.

A agravante é enfática em salientar que não tinha nem podia ter conhecimento das possíveis irregularidades no processo de emissão e circulação dos títulos porque não fez a aquisição do mercado primário, lugar em que se proliferaram as nulidades, mas no mercado secundário, bem longe de qualquer indício de má-fé. Afirma, ainda, que, se existiram irregularidades, não pode ser prejudicada. Todavia, é de ser lembrado que o risco é inerente à atividade financeira, não se podendo pretender que o Judiciário retire toda e qualquer possibilidade de perda.

Vê-se que a decisão tem como obstáculo o conflito de princípios que, em primeiro momento, parece ser intransponível, entretanto, voltando-se os olhos à coletividade e aos valores que o Estado Democrático busca preservar, tem-se que, na verdade, é de se privilegiar o princípio de proteção ao patrimônio da coletividade em detrimento do particular.

A resolução desse conflito, como já insinuado, deve dar-se pela realização de uma harmonização dos princípios em jogo. Identificado um conflito de normas, tem aplicação a regra do “tudo ou nada”, que, basicamente,

resume-se na seguinte fórmula: ou a norma incide, ou está revogada, ou existe uma hierarquicamente superior ou existe uma exceção. Já com relação ao conflito de princípios, não se pode falar de revogação, mas de prevalência de um deles tendo em vista o caso concreto. O intérprete, operador do direito, toma o caso concreto, pondera, identifica quais valores estão em jogo, toma as demais circunstâncias que cercam o fato e, então, decide diante daquele caso concreto e específico, ou seja, qual deles, dos princípios, deve prevalecer. Isso não quer dizer que o princípio ou valor tido como secundário tenha sido revogado, mas tão-somente deixa de ser aplicado em respeito ao eleito como prevalente.

A afirmação de que possuía uma série de garantias pela atuação da fiscalização do Banco Central sobre o mercado de títulos mobiliários, não é suficiente para afastar a álea da atividade negocial que engendrou.

A propósito decidiu o TRF da 4ª Região em acórdão da lavra do eminente Juiz Marcelo de Nardi, nos autos da Apelação Cível n. 95.04.52094-4/RS, julgada em 25/3/99:

“Em relação ao Mercado Financeiro, negócio que envolve um grau de risco maior que outras atividades, não se deve supor que a atividade fiscalizadora do Estado tenha o condão de afastar o risco inerente à especulação financeira”.

Nesse sentido, por ora, creio que a proteção do patrimônio público deve prevalecer sobre o interesse das operadoras de crédito que, por certo, não trabalham excluindo os riscos da

atividade financeira. Recurso Especial n. 43.102-6, relatado pelo Min. Milton Luiz Pereira, tratando a respeito diz:

“(…) Não se deve flagelar a Administração Pública com reclamados danos patrimoniais sofridos por investidores atraídos ao mercado financeiro por altas taxas de juros e expectativa de avultados lucros sobre o capital investido, por si, sinalização dos vigorosos riscos que rodeiam essas operações. Se reconhecido o direito de socialização dos prejuízos, seria judicialmente assegurar os lucros ao capital, eliminando-se os riscos nas aplicações especulativas”.

Cumprido dizer que o bloqueio dos valores depositados no Besc — Fundo de Liquidez da Dívida Pública, constitui medida, neste momento, ne-

cessária ao resguardo do patrimônio público, que, por outro lado, pode, a qualquer momento, uma vez modificadas as condições fáticas, ser revista.

III — Decisão

Ante o exposto, nega-se provimento ao presente agravo de instrumento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues. Vencido o eminente Des. Trindade dos Santos que votou em sentido contrário.

Florianópolis, 28 de junho de 1999.

Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.015891-5, DE VIDEIRA

Relator: Des. Carlos Prudêncio

Apólices da dívida pública. Emissões no início do século. Inocorrência de regular cientificação dos portadores. Prescrição. Inocorrência.

Não há falar em prescrição das apólices da dívida pública federal emitidas no início do século, seja pela inconstitucionalidade da estipulação de prazos de prescrição da dívida pública, seja pela inconstitucionalidade da delegação do poder regulamentar ao Conselho Monetário Nacional com conseqüente ilegalidade dos editais publicados, seja, ainda, caso afastados todos estes argumentos, pela inexistência de novas publicações acerca da prorrogação do prazo prescricional determinada pelo Decreto-Lei n. 396/68.

Apólices da dívida pública. Exigibilidade. Petição de oferta das apólices. Inequívoco conhecimento dos Decretos-Leis ns. 263/67 e 396/68.

Como o executado ora agravante apresentou nestes autos o conhecimento dos decretos-leis é de se entender que, a partir do protocolo da petição que requereu a penhora da apólice, começou a fluir o prazo prescricional, pois está caracterizado nestes autos seu inequívoco conhecimento, tornando exigível o título de que é portador.

Penhora. Apólices da dívida pública. Admissibilidade. Gração legal do art. 655 do Código de Processo Civil respeitada. Princípio da execução do modo menos gravoso ao executado. Recurso provido.

Inocorrendo, por parte dos executados, nenhuma violação aos requisitos de validade da nomeação e encontrando-se os títulos da dívida pública da União e dos Estados logo após do dinheiro e das pedras e metais preciosos, denotando a preferência que o legislador deu a esse tipo de papéis, admite-se a penhora de apólices da dívida pública em detrimento de outras garantias.

Salienta-se que “Na aplicação do art. 620, o juiz não tem arbítrio, mas sim dever de escolher o modo menos gravoso para o devedor” (Pontes de Miranda).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.015891-5, da comarca de Videira, em que são agravantes Eleandro Danielli e Gladir Danielli, sendo agravada Credivil Cooperativa de Crédito Rural de Videira Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por maioria de votos, dar provimento ao recurso. Vencido o eminente Des. Trindade dos Santos que votou em sentido adverso.

Custas legais.

I — Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Eleandro Danielli e

Gladir Danielli contra decisão proferida nos autos do Processo de Execução n. 079.98.002784-3 promovido pela Cooperativa de Crédito Rural de Videira Credivil que inacolheu a nomeação da apólice da dívida pública à penhora, determinando que esta recaísse sobre outros bens dos executados.

Sustentam que a apólice da dívida pública não está prescrita, que a ordem de preferência do art. 655 do CPC foi obedecida e que a execução deve ocorrer do modo menos gravoso.

Requerem o provimento do recurso para revogar a interlocutória atacada para efetivar a penhora da apólice da dívida pública.

Despacho, concedendo efeito suspensivo, a fls. 88.

Contra-arrazoando o recurso, a agravada sustenta: que os títulos da dívida pública apresentados não são originais, bem como, que não há prova da autenticidade destes; que tais títulos estão prescritos; e que não concorda com a nomeação dos títulos visto que possuem outros bens penhoráveis.

Requer a cassação da liminar, mantendo o indeferimento da nomeação de bens e o improvimento ao recurso.

II — Voto

Entre os anos de 1902 e 1940, o Governo expediu vários decretos criando centenas de títulos da dívida pública, visando angariar fundos ante as despesas para realização de obras como a construção de estradas, portos e ferrovias, de que é exemplo a ferrovia Madeira-Mamoré, dentre outras, sendo que várias delas, até a presente data, sequer foram iniciadas.

Tais títulos têm sido objeto de muita polêmica perante a jurisprudência de todo o país porque quando da autorização para sua emissão o próprio decreto que os instituiu fixou prazo de resgate após um certo lapso temporal. Nos próprios decretos instituidores dos referidos títulos constava que estes deveriam ser resgatados após a finalização das obras, cujo termo inicial para resgate começaria a correr após a publicação de Edital no Diário Oficial da União.

Ocorre, entretanto, que como muitas das obras não foram concluídas e várias delas sequer iniciadas, no ano de 1967 o Governo Federal resolveu expedir o Decreto-Lei n. 263, alte-

rado pelo de n. 396/68, tratando do prazo prescricional para o resgate das respectivas apólices.

A história constitucional brasileira revela que sempre coube ao Poder Legislativo autorizar o Poder Executivo a contrair empréstimos, desde a primeira Constituição, em 1891, passando pelas de: 1934, 1946, 1967 e na própria Constituição Cidadã de 1988, senão vejamos:

A Constituição de 1891, art. 34, incisos 2 e 3, prescreve que:

“Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional:

“2) Autorizar o Poder Executivo a contrair empréstimos, e a fazer outras operações de crédito;

“3) Legislar sobre dívida pública e estabelecer os meios para o seu pagamento”.

Na Constituição de 1934, art. 39, inc. 3, lê-se:

“Compete privativamente ao Poder Legislativo, com a sanção do Presidente da República:

“3) Dispor sobre a dívida pública da União e sobre os meios de pagá-la”.

Do mesmo modo, a Constituição de 1946, art. 65, III, prescreve:

“Art. 65. Compete ao Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República:

“III — dispor sobre a dívida pública federal e os meios de solvê-la”.

Ainda, na Constituição de 1967, art. 46, II, temos que:

“Art. 46. Ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, cabe dispor, mediante lei, sobre todas as matérias de competência da União, especialmente:

“II — o orçamento; a abertura e as operações de crédito; a dívida pública; as emissões de curso forçado”.

Por fim, a Constituição de 1988, art. 48, II, diz que:

“Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

“II — Plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado”.

Em razão dessa orientação e permissão constitucional, vários marcos regulatórios foram editados, autorizando o Poder Executivo a emitir Títulos da Dívida Pública (gênero) que possibilitaram a emissão das apólices da dívida pública (espécie). Exemplificativamente, o Decreto de n. 8.154, de 18/10/1910, assinado pelo Presidente Nilo Peçanha e os Decretos ns. 8.033, de 29/3/1911, 10.135, de 25/3/1913, 10.282, de 18/6/1913, firmados pelo Presidente Hermes da Fonseca.

1 — Natureza Jurídica

Analisando, primeiramente, a natureza jurídica das apólices, Joabe Teixeira de Oliveira em sua obra TDP — Títulos da Dívida Pública, Edijur, 1999, pág. 226, expõe que: “Consoante os Drs. Antônio Eustáquio Teixeira, Júlio P.M. De Souza e Marcelo L. Tseng, a apólice é um título ao portador da dívida pública interna, voluntária, fundada e perpétua.

“Ao portador, porque o subscritor se obriga a uma prestação a quem se apresentar como seu devedor. Não há cláusula nominativa.

O conteúdo da apólice inicia-se por dizer que: O Possuidor desta apólice (...) o que significa que é ao portador.

“Dívida pública: porque o Estado, valendo-se do crédito público, obteve o empréstimo público, e, com isso, o numerário necessário ao seu intento, que representa débito contraído.

“Voluntária: porque não vem a ser receita originária, oriundo de produto do rendimento dos próprios bens públicos. Se por um lado todo empréstimo compulsório é tributação, já o voluntário, que não é receita, se substancia em dívida flutuante e fundada.

“Perpétua, porque tal empréstimo fora contraído por um período indefinido. Além do mais nosso direito pátrio não tratou de prazo prescricional para títulos ao portador depois que a perpetuidade deve ser elemento de exclusão dos prazos ordinários. Também nas palavras de nosso mestre Pontes de Miranda ‘o direito brasileiro não conhece títulos ao portador irredimíveis, salvos aqueles títulos da dívida pública a que o legislador confira essa perpetuidade um tanto destoante do senso jurídico’”.

Conforme constata Amador Pães de Almeida in Teoria e Prática dos Títulos de Crédito, 17ª ed., Saraiva, 1998, págs. 290 e 292: “Os empréstimos públicos ou são voluntários ou são compulsórios.

“(…) Os empréstimos voluntários, estes verdadeiramente empréstimos, ou são internos ou externos. Internos, quando contraídos dentro das mesmas fronteiras políticas do

Estado, resgatados, por isso mesmo, em moeda nacional. Externos, obviamente, aqueles efetuados no exterior, a serem pagos em moeda estrangeira.

“De natureza controvertida (contrato de mútuo, contrato de direito público ou de adesão), caracterizam-se os empréstimos públicos voluntários por cláusulas contratuais ditadas pelo interesse público, o que, inquestionavelmente, faz ressaltar o simples consenso do prestador, com manifesta preponderância do Estado que, previamente, estabelece a forma de amortização, fixação dos juros respectivos etc.”.

As Apólices da Dívida Pública Federal têm verdadeira natureza jurídica de contrato de empréstimo, nos exatos termos de que dispõem os artigos 1.256 e seguintes do Código Civil.

A União, devedora, por intermédio do Poder Executivo, toma emprestado do particular cidadão, credor, e este tem além da expectativa de receber o valor emprestado, devidamente corrigido (pela aplicação do Princípio da Equivalência), a remuneração à taxa de juros estabelecida.

Citando o Prof. Miguel Reale Júnior (Parecer do Professor Miguel Reale Júnior) “...é preciso ficar claro que, ao emitir as apólices mencionadas, nos sucessivos decretos, anteriormente referidos, o Estado brasileiro estabeleceu com os beneficiários, titulares das ações, negócio jurídico da emissão de títulos, ao qual subjaz negócio jurídico bilateral de mútuo...”.

Como ensina Pontes de Miranda in Tratado de Direito Privado, Ed. Borsóí, Rio de Janeiro, 1963, to-

mo XLII: “...que não se confunda o mútuo, negócio jurídico bilateral, com os negócios jurídicos unilaterais dos títulos abstratos (v.g. títulos ao portador). As apólices das dívidas públicas e as debêntures não contêm contrato de mútuo. O mútuo seria, aí, negócio jurídico bilateral subjacente”.

Concorrem, pois, as regras de hermenêutica dos negócios jurídicos, tanto as que comandam os negócios unilaterais, quanto as que conduzem os negócios bilaterais, ou contratos, estas na esteira do que ensina Pontes de Miranda, atinentes ao negócio subjacente mútuo.

Destarte, entre a União e os portadores desses títulos nasceu um contrato de mútuo subjacente, pelo qual os segundos devem (o que já ocorreu) entregar dinheiro à primeira, e esta devolver-lhes (o que ainda não ocorreu) o quantum recebido, acrescido de encargos legalmente convenionados.

E apenas para que não fique sem registro, é de configurar-se que o fato de os títulos terem sido emitidos por Decreto atendeu à regra constitucional da época (art. 34, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal de 1891, art. 39, § 3º, da Constituição Federal de 1934).

2 — Sobre a prescrição

A análise da validade dos títulos públicos emitidos entre 1902 e 1926 pode ser desdobrada em dois momentos: a) um, da data da emissão dos títulos até 28 de fevereiro de 1967 e b) outro a partir de 1967.

Com relação ao primeiro período não há falar em qualquer caducida-

de ou invalidade dos títulos pois a própria União reconheceu a sua validade quando editou o Decreto-Lei n. 263/67 na intenção de convocar os portadores para o resgate dos títulos.

Conforme já mencionado a emissão das referidas apólices foi autorizada por uma série de decretos presidenciais dentre eles os Decretos ns. 8.033, de 29 de março de 1911, 8.154, de 18 de agosto de 1910, 10.135, de 25 de março de 1913, 10.136, de 26 de março de 1913, 11.434, de 13 de janeiro de 1915.

A apólice em questão neste processo foi emitida por autorização do Decreto n. 14.011, de 20 de janeiro de 1920.

O Decreto n. 8.033/11 determinava que:

“Art. 1º. Fica o Ministério da Fazenda autorizado a emitir apólices até a quantia de 30.000.000\$ para ocorrer (sic) no pagamento de prestações vencidas e por vencer dos contractos celebrados pelo Governo da União para a construção das estradas de ferro Madeira a Mamoré, S. Luiz a Caxias, prolongamento da do Sobral e Central do Rio Grande do Norte, Timbó a Própria. Passo Fundo a Uruguai, Itaqui a S. Borja e outras linhas férreas que servem de ligação dos Estados”.

No mesmo sentido os Decretos ns. 10.135/13, 10.136/13 e 8.151/10. O Decreto n. 11.434/15 determinava a emissão para financiamento das obras de drenagem dos rios que deságuam na baía do Rio de Janeiro.

Todos os decretos, entretanto, continham cláusula determinando que

a amortização iniciaria-se no ano seguinte àquele do término das obras:

“Art. 4º. A amortização será feita na razão de meio por cento ao ano, a partir daquele que se seguir ao da terminação das obras (...) (Dec. n. 8.033/11).

A exigibilidade das apólices ficou, pois, condicionada ao término das obras às quais aquelas estavam financiando. Tal condição é de natureza suspensiva pois impede o exercício de um direito até a ocorrência de um fato futuro e incerto.

O art. 170, I, do Código Civil é claro quando afirma que não ocorre prescrição não estando vencido o prazo, é um direito pendente:

“Art. 170. Não corre igualmente:

“I — pendendo condição suspensiva”.

Não podem, ou poderiam, os titulares do crédito administrativo representado pelas apólices conhecerem o dies a quo, para que a União pudesse iniciar a contagem do prazo prescricional, da implementação do seu direito sem que o Estado devedor procedesse à indispensável e inafastável comunicação, o que incorreu, até porque, ao que consta, certas obras nunca terminaram.

Impõe-se, in casu, a inversão do ônus da prova para demonstrar a conclusão das obras, com fulcro no art. 333, inc. II, do CPC, haja vista ser tal prova impossível aos detentores das apólices.

Concluindo, incorreu o início do prazo prescricional, pois não há informação da data do término das

obras, obrigação inegavelmente caberia ao Estado.

Por fim, o Governo editou a Medida Provisória n. 1.238/95, prescrevendo em seu § 3º art. 1º que:

“O Poder Público fixará mediante decreto, nos meses de janeiro a julho de cada ano, os limites de substituição dos títulos a que se refere o Decreto-Lei n. 263/67 para o respectivo exercício”.

Diante disso, a própria União confessou que os títulos não estão prescritos, reconhecendo a validade e exigibilidade destes.

3 — Sobre os Decretos-Leis

Em 1967, mais de cinquenta anos depois da emissão das apólices, foi publicado o Decreto-Lei n. 263/67 convocando os detentores de títulos, para, no prazo de seis meses, apresentarem suas apólices para pagamento. Em 1968, foi feita nova convocação, pelo Decreto-Lei n. 396/68, concedendo mais seis meses de prazo para o recebimento.

A Constituição em vigor na data da publicação do Decreto-Lei n. 263, de 28 de fevereiro de 1967, era a de 18 de setembro de 1946, uma vez que a Constituição de 24 de janeiro de 1967 somente entraria em vigor em 15/3/67, portanto, reportando-nos àquela extraímos sua determinação a respeito da competência legislativa do Congresso Nacional:

“Art. 65. Compete ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República:

“(…)

“III — dispor sobre a dívida pública federal e os meios de solvê-la”.

Todavia, tendo em vista o período ditatorial implementado a partir de 1964 foram publicados vários Atos Institucionais, dentre eles o de n. 4, que concedia competência ao Presidente da República para editar normas sobre direito administrativo e financeiro:

“Considerando que a Constituição Federal de 1946, além de haver recebido numerosas emendas, já não atende às exigências nacionais;

“Considerando que se tornou imperioso dar ao país uma Constituição que, além de uniforme e harmônica, represente a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução;

“Considerando que somente uma nova Constituição poderá assegurar a continuidade da obra revolucionária;

“Considerando que ao atual Congresso Nacional, que fez a legislação ordinária da Revolução, deve caber também a elaboração da lei constitucional do movimento de 31 de março de 1964;

“Considerando que o governo continua a deter os poderes que lhe foram conferidos pela Revolução:

“O Presidente da República resolve editar o seguinte Ato Institucional n. 4.

“(…)

“Art. 9º. O Presidente da República, na forma do artigo 30 do Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, poderá baixar Atos Complementares, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional, até 15 de março de 1967.

“§ 1º. Durante o período de convocação extraordinária, o Presidente

da República também poderá baixar decretos-leis sobre matéria financeira.

“§ 2º. Finda a convocação extraordinária e até a reunião ordinária do Congresso Nacional, o Presidente da República poderá expedir decretos com força de lei sobre matéria administrativa e financeira.

Naturalmente que o resgate dos títulos da dívida pública não se enquadra em matéria administrativa. Temos, então, que identificar o que é matéria financeira. A expressão dívida pública não se confunde com dívida financeira. O Estado pode assumir dívida de natureza financeira, tributária (que cito como exemplo as contribuições previdenciárias devidas pelos estados membros e municípios), comercial e civil. Caracterizada a dívida titularizada na apólice em questão de natureza civil, pela subjacência do contrato de mútuo, é de se entender que a delegação dada pelo AI 4 só poderia atingir dívida pública de natureza financeira.

Pelo que se denota do texto do Ato Institucional, a concessão dada ao Presidente da República não o autorizava a legislar por decreto-lei sobre prescrição da dívida pública civil, pois a matéria era de competência do Congresso Nacional.

Ora o Ato Institucional n. 4 como ato ditatorial não pode ser interpretado extensivamente para autorizar o entendimento de que o Presidente poderia regular a prescrição da dívida pública.

O Decreto-Lei n. 369, de 30 de dezembro de 1968, foi editado já sob a égide da Constituição de 1967 cujo art. 46 é da seguinte dicção:

“Art. 46. Ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, cabe dispor, mediante lei, sobre todas as matérias de competência da União, especialmente:

“I — (...)

“II — o orçamento; abertura e as operações de crédito; a dívida pública; as emissões de curso forçado”.

Ocorre que dias antes foi editado o famigerado Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, que previa que o Poder Executivo estaria autorizado a legislar sobre todas as matérias:

“Art. 2º. O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

“§ 1º. Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou nas Leis Orgânicas dos Municípios”.

E o recesso efetivamente foi determinado pelo Ato Complementar n. 38, também de 13 de dezembro de 1968:

“Art. 1º. Nos termos do art. 2º e seus parágrafos do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, fica decretado o recesso do Congresso Nacional, a partir desta data”.

Inegavelmente o Presidente da República ao editar este decreto agiu dentro da competência que lhe concediam o Ato Institucional n. 5 e o Ato

Complementar n. 38, de 13 de dezembro de 1968.

A discutível validade deste segundo decreto-lei não muda a situação até aqui caracterizada, uma vez que esta última norma veio simplesmente prorrogar a primeira, que já estava irremediavelmente atacada pelo vírus da inconstitucionalidade.

Ora, nenhum efeito jurídico causou o Decreto-Lei de 68 pois prorrogou um prazo que desde o início apresentava-se totalmente nulo por força de sua inconstitucionalidade. Não há prorrogar um prazo que nunca existiu.

A inconstitucionalidade formal do processo de positivação da norma editada em 1967 apresenta-se evidente, retirando, conseqüentemente, força da norma de 1968 que dela era dependente.

Retomando a questão da inconstitucionalidade é de lembrar-se que John Marshall, Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *Marbury vs. Madison*, em sessão realizada em fevereiro de 1803, (Decisões Constitucionais de Marshall, tradução de Américo Lobo, ed. 1903, Imprensa Nacional, 1997) manifestou-se de forma inédita a respeito do controle da constitucionalidade dos atos normativos: "Emphaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é lei. Aquelles que applicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Si duas leis collidem uma contra a outra, os tribunaes devem julgar acerca da efficacia de cada uma dellas.

"Assim, si uma lei está em opposição a Constituição; si applicadas ellas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei desrespeitando a constituição, ou consoante a Constituição desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflicto regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário".

É sabido que o direito constitucional pátrio admite duas formas para controle da constitucionalidade dos atos normativos federais ante a Constituição Federal: o controle abstrato, a cargo do Supremo Tribunal Federal, e o controle difuso, a cargo de qualquer Juiz ou Tribunal. O controle difuso tem em vista a inconstitucionalidade alegada dentro de um caso específico sendo que seu reconhecimento fica restrito às partes que nele contidas.

Segundo Daniele do Rocio F. Coutinho, in *Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, pág. 137: "O controle por via incidental só é exercitável tendo em vista um caso concreto, um litígio posto em Juízo. A declaração de inconstitucionalidade não é objetivo principal da lide, mas questão incidental. Assim, não se trata de declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, mas exigência imposta para a solução do caso em litígio.

"Em razão disso, qualquer pessoa que se sentir lesada por algum ato normativo pode pleitear, diante de um caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade da lei causadora da lei.

Será competente para a apreciação da questão de inconstitucionalidade o mesmo juiz competente para solucionar o litígio”.

O reconhecimento de inconstitucionalidade de determinada norma por meio do controle difuso pode ser feito por qualquer Juiz de ofício ou a requerimento da parte interessada pois, como dizia Marshall, essa atividade é da essência do Poder Judiciário.

Continuando nas lições da festejada autora (págs. 144/145): “É em razão disso que a declaração de constitucionalidade das leis pode ser realizada de ofício pelo juiz. Como já dito, esta atividade é da própria essência da função jurisdicional. Diante da verificação de que existe uma contradição entre uma lei e a Constituição e da constatação de que a contradição causa prejuízo a uma das partes, o juiz deve (trata-se de uma função e não de poder) declarar a inconstitucionalidade, deixando de aplicar a norma inconstitucional. E ao fazer isso, não estará beneficiando uma das partes, com parcialidade, mas tão-somente aplicando o direito ao caso concreto.

“Assim quando se diz que no controle concreto, a decisão só produz efeitos inter partes, quer-se dizer, na verdade, que a declaração de inconstitucionalidade só provocará efeitos para as partes porque foi ela a razão que deu causa à decisão de procedência ou improcedência da ação” (pág. 145).

Cumprido dizer que não seria possível levantar-se a inconstitucionalidade dos decretos em discussão ante a Constituição de 1988, uma vez que se está a combater vício de positivação.

Dessa forma, o controle da constitucionalidade deve-se dar com base no texto constitucional revogado. É sabido que o STF tem posição firme no sentido de inadmitir o controle concentrado da constitucionalidade de atos normativos com base em Constituição já revogada. Apenas para ilustrar RTJ 135/515:

“Julga-se prejudicada a representação de inconstitucionalidade, apresentada para a defesa da CF de 1967 (EC n. 1/69), porque já superada pela CF de 1988.

“Ao STF, na ação direta de inconstitucionalidade, incumbe a guarda da Constituição em vigor e não da que a precedeu”.

Nesse sentido Oswaldo Luiz Palu, Controle de Constitucionalidade, RT, 1999, pág. 191, afirma: “A lei anterior ainda que em choque com a Constituição em vigor quando de sua promulgação, ou está de conformidade com a nova Constituição, e portanto não está em desarmonia com a ordem jurídica vigente, ou está revogada se com ela incompatível”.

Em resumo, diga-se que não se admite o controle abstrato de normas ante a Constituição revogada, admitindo-se, porém o controle incidental de tais normas. No acórdão proferido na ADIn. n. 1.016—SP, publicado na RTJ 95/993, retira-se lição do Ministro Moreira Alves enfatizando essa afirmativa:

“Para a defesa das relações jurídicas concretas em face de leis ordinárias em desconformidade com as Constituições vigentes na época em que aquelas entraram em vigor, há a declaração de inconstitucionalidade”.

lidade incidenter tantum que só passa em julgado para as partes em litígio (conseqüência estritamente jurídica), e que só tem eficácia erga omnes se o Senado Federal houver por bem (decisão de conveniência política) suspendê-la no todo ou em parte”.

O reconhecimento da inconstitucionalidade pode ser feito a qualquer momento, afastando a vigência da norma desde seu nascedouro (extunc).

Em conseqüência não há falar em prescrição dos títulos pois o prazo indicado no Decreto-Lei n. 263/67 para o resgate dos títulos apresenta irremovível inconstitucionalidade.

Dessa forma, afastados pelo vício da inconstitucionalidade os prazos prescricionais previstos nos Decretos-Leis de 67 e 68, subsiste o prazo prescricional determinado na Lei n. 4.069/62, em seu art. 60, onde estabelece um prazo de 5 anos, in verbis:

“Art. 60 — Incidem em prescrição legal as dívidas correspondentes ao resgate de títulos federais, estaduais e municipais, cujo pagamento não for reclamado decorrido o prazo de 5 (cinco) anos a partir da data em que se torna público o resgate das respectivas dívidas” (grifo nosso).

Todavia, como se verá, tal prazo não teve início ante a ausência de chamamento válido dos portadores das apólices para o resgate.

4 — Ilegalidade das publicações

Entretanto, ainda que se entenda que o decreto-lei na parte em que fi-

xa o prazo prescricional não apresente vício de inconstitucionalidade é de se reconhecer a ilegalidade da regulamentação do Decreto-Lei n. 263/67 por parte do Conselho Monetário Nacional.

Determinou o Decreto-Lei n. 263, de 28 de fevereiro de 1967:

“Art. 3º. Será de seis meses, contados da data do início da execução efetiva dos respectivos serviços — a ser divulgada em edital publicado pelo Banco Central da República do Brasil — o prazo de apresentação dos títulos para resgate, findo o qual será a dívida, inclusive os juros, considerada prescrita.

“(…)

“Art. 12. O Conselho Monetário Nacional expedirá o Regulamento deste Decreto-Lei dentro do prazo de 90 (noventa) dias a contar da data de sua publicação”.

Percebe-se que a norma elegeu como pressuposto do início do prazo prescricional a prévia publicação de editais pelo Banco Central do Brasil para convocação dos portadores dos títulos.

Determinou, ainda, que a regulamentação fosse feita pelo Conselho Monetário Nacional incidindo em mais uma inconstitucionalidade, pois o poder regulamentar é atribuição privativa do Presidente da República conforme já determinava o texto constitucional de 1946:

“Art. 87. Compete privativamente ao Presidente da República:

“I — sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

Na lição do professor Ely Lopes Meirelles in *Direito Administrativo Brasileiro*, 21ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1996, pág. 113, lê-se que: "Regulamento é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal) através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prover situações não disciplinadas em lei (regulamento autônomo ou independente). E continua: "As leis que trazem a regulamentação de serem regulamentadas não são exequíveis antes da expedição do decreto regulamentar, porque este ato é conditio juris da atuação normativa da lei. Em tal caso, o regulamento opera como condição suspensiva da execução da norma legal, deixando seus efeitos pendentes até a expedição do ato do executivo".

Nem mesmo a interpretação conforme a constituição autorizaria o resguardo deste dispositivo, porque essa técnica tem como limite a impossibilidade de interpretação contra legem, ou seja, de forçar a adoção de um sentido que a norma de maneira clara não admite.

Na lição de JJ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, pág. 164, "o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que através de uma interpretação consiga uma concordância entre a

norma infraconstitucional e as normas constitucionais".

Dessa forma não resta alternativa senão reconhecer a inconstitucionalidade de tal dispositivo.

Afastada a validade da delegação regulamentar dada ao Conselho Monetário Nacional verifica-se, pois, a ilegalidade das publicações efetivadas já que não houve regulamentação do Decreto-Lei n. 263/67 pelo Presidente da República. Nem mesmo o art. 4º da Lei n. 4.595/64, já em vigor naquela época, previa competência regulamentar ao Conselho Monetário Nacional.

Ainda que fosse válida a delegação concedida ao CMN o fato é que, nos 90 dias previstos, não houve a referida regulamentação, sequer houve sua posterior publicação no Diário Oficial da União. O que há, apenas, é uma Resolução do Banco Central do Brasil sob n. 65, datada de 5 de setembro de 1967, reportando-se à deliberação tratada em sessão do Conselho Monetário Nacional realizada em 31 de agosto de 1967. Ocorre que nenhuma deliberação do CMN foi publicada na Imprensa Oficial entre aquelas datas e a Resolução do Banco Central não pode ser tida como regulamento do Decreto-Lei n. 263/67.

O art. 13 do Decreto-Lei n. 263/67 condicionava a sua eficácia à edição da competente regulamentação, a qual somente poderia ser concretizada por intermédio de Decreto da lavra do Presidente da República, jamais pelo Conselho Monetário Nacional. De conseguinte, o ato regulamentar subscrito pelo Conselho reveste nulidade pleno jure, donde o

aludido decreto-lei não ganhou eficácia até os dias de hoje, o mesmo ocorrendo com o Decreto-Lei n. 396/68 que representava desdobre do Decreto-Lei n. 263/67, na medida em que se limitou a ampliar o prazo para apresentação dos títulos para resgate.

Inexistindo regulamentação válida, inarredável é a ausência de vigência do Decreto-Lei de 67, uma vez que esta pressupunha àquela.

O eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal José Celso de Mello Filho, em sua obra "Constituição Federal Anotada, 2ª ed., Saraiwa, São Paulo, 1986, pág. 199, afirma que a jurisprudência e a doutrina são pacíficas nesse sentido: "A lei dependente de regulamentação só se torna obrigatória a partir da expedição do ato regulamentador. A ausência de regulamento obsta a execução da lei, na parte em que esta depender de regulamentação".

O ilustre Clóvis Beviláqua in Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, 8ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1949, vol. 1, pág. 97, comentando o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, prescreve: "Se, para a execução da lei, for necessário regulamento, somente depois da publicação deste ela se tornará obrigatória, porque os seus dispositivos dependem desse complemento".

Nesse talvegue, afirma o Ministro Vicente Ráo in O Direito e a Vida dos Direitos, São Paulo, Max Limonad, 1952, vol. 1, pág. 356, que: "Se, contudo, a própria lei determinar

a sua regulamentação, ou esta for necessária apesar de não determinada expressamente pela lei, o início da vigência desta dependerá da publicação do respectivo regulamento (n. 218), razão esta pela qual o legislador freqüentemente estabelece, na lei, um prazo para a elaboração e promulgação destas normas jurídicas secundárias".

Por fim, ainda, que se reconhecesse que o Conselho Monetário Nacional pudesse realizar a regulamentação do Decreto-Lei n. 263/67 e que os editais publicados pelo Banco Central por força da Resolução n. 65 foram válidos, ainda, assim, é de se reconhecer que o prazo prescricional ainda não se expirou pela inexistência de nova publicação de editais acerca da prorrogação efetivada pelo Decreto-Lei n. 396/68 que estendeu em seis meses o prazo de apresentação das apólices.

Ora tendo o Decreto-Lei n. 396/68 prorrogado o prazo para apresentação das apólices para resgate, necessário se faria que se procedesse novo chamamento dos portadores. Inexistente esta providência, este prazo continua em aberto, motivo por que não há falar em prescrição das apólices.

Dessa forma, por todos os flancos de análise não há falar em prescrição, seja pela inconstitucionalidade da estipulação de prazos de prescrição da dívida pública, seja pela inconstitucionalidade da delegação do poder regulamentar ao Conselho Monetário Nacional com conseqüente ilegalidade dos editais publicados, seja, ainda, caso afastados todos estes argumentos, pela inexistência de novas publicações acerca da prorrogação do prazo pres-

cricional determinada pelo Decreto-Lei n. 396/68.

5 — Da exigibilidade das apólices

Como ficou assentado até o momento, o resgate das apólices está sob efeito de condição suspensiva, qual seja, a comunicação oficial do término das obras que estavam a financiar.

Em que pese não ter ocorrido a comunicação oficial do fim das obras, a publicação dos Decretos-Leis convocando os detentores dos títulos para que estes fossem resgatados no prazo de seis meses com posterior prorrogação de um ano, serviu como implementação da condição. Os prazos prescricionais fixados são inconstitucionais e mesmo que não fossem sua regulamentação pelo CMN foi ilegal.

Tais decretos servem como explicitação de que o pagamento dos títulos deve-se dar independentemente da conclusão ou não das obras. Ocorre que para que vinculassem os credores deveriam ter sido realizadas publicações regulares o que não se verificou conforme visto. É certo de que ninguém pode se escusar de cumprir a lei alegando o seu conhecimento, mas, neste caso, a própria norma reconhecia e determinava como indispensável as publicações de editais convocatórios dos portadores para recebimento dos valores. Publicações estas que, como visto, foram levadas a efeito ilegalmente.

Entretanto, como o executado ora agravante apresentou nestes autos o conhecimento dos decretos-leis é de se entender que, a partir do protocolo da petição que requereu a penhora da apólice, começou a fluir o prazo prescricional, pois está caracterizado

nestes autos seu inequívoco conhecimento, tornando exigível o título de que é portador.

6 — Da apresentação das apólices originais e da sua autenticidade

Aduz a agravada que os Títulos da Dívida Pública apresentados não são os originais, entretanto, o art. 656, parágrafo único, do CPC, prescreve que:

“Aceita a nomeação, cumpre ao devedor, dentro do prazo razoável assinado pelo juiz, exibir a prova de propriedade dos bens e, quando for o caso, a certidão negativa de ônus”.

Por meio do artigo supra, deverá ser oportunizado ao agravante, posteriormente, a apresentação da apólice original.

No que tange à autenticidade da apólice, os agravantes juntam Laudo Pericial de Exame Documentoscópico (fls. 60/68), autenticado, em que o perito conclui que “não existe nenhum indício de falsidade em todo seu corpo e conteúdo”.

Além do mais, na petição de fls. 51, consta que os executados teriam apresentado cópia autenticada do original da apólice e que, por ocasião da nomeação à penhora, apresentaria a original.

Assim sendo, afasta-se a irrisignação do agravado.

7 — Da concordância com a nomeação

Outro ponto suscitado pelo agravado, em suas contra-razões, é a sua não concordância com a nomeação. Entretanto, o art. 620 do CPC, que se constitui como um dos princí-

pios informativos do processo de execução, reza:

“Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Segundo entendimento de Humberto Theodoro Júnior in Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1989, vol. IV, págs. 373/374: “A nomeação dos bens a penhorar é, pois, faculdade que legalmente se concede ao devedor, no limiar da execução e que consiste em facilitar-lhe a escolha, entre os bens de seu patrimônio, daqueles que se sujeitarão à atividade executiva.

“Com isso, procura-se atender ao direito do credor. Sem contudo desproteger interesses também do devedor, pois é princípio informativo da execução forçada que sua realização deva dar-se com o menor sacrifício do devedor”.

Na Apelação Cível n. 51.478, de Braço do Norte, em que foi relator o eminente Des. Pedro Manoel Abreu, lê-se:

“Todos os meios executivos são onerosos para o executado, mas não seria justo e seria inútil, que se preferisse um meio mais custoso, quando por outro menos pesado pudesse o exequente conseguir o mesmo resultado prático. É um elevado princípio de justiça e equidade, informativo do processo das execuções, este que o Estado deve, quando possível, reintegrar o direito do exequente com o mínimo de despesa, de incômodo e de sacrifício do executado. Jus est ars boni et aequi, isto

é, a sistematização do que é conveniente e útil”.

Como ensina Pontes de Miranda, em sua obra Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª ed., tomo X, Forense, Rio de Janeiro, pág. 43: “Na aplicação do art. 620, o juiz não tem arbítrio, mas sim dever de escolher o modo menos gravoso para o devedor”.

Diante de tais entendimentos, o modo menos gravoso ao devedor, in casu, é a penhora das apólices da dívida pública em detrimento de outros bens.

Outro ponto, a ser levado em consideração, é que deve haver, para que haja impugnação, ofensa a certos requisitos de validade da nomeação.

Para solucionar tal questão, o mestre Araken de Assis in Manual do “Processo de Execução”, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, pág. 457, diz que: “Os requisitos de validade da nomeação se agrupam em quatro classes: a) observância do prazo preclusivo de vinte e quatro horas (art. 652, caput); b) respeito à ordem do art. 655, incs. I a X; c) especificação do bem na sua classe (art. 655, § 1º, V); d) indicação do valor do bem (art. 655, § 1º, V); e) exclusão das hipóteses do art. 656, incs. II a V”.

Destarte, não houve violação por parte do executado a nenhum dos requisitos de validade da nomeação.

8 — Penhora dos títulos

Segundo orientação traçada pelo Código de Processo Civil, incumbe ao devedor fazer a nomeação de bens observando a ordem estabelecida no art. 655.

Os títulos da dívida pública da União e dos Estados aparecem logo após do dinheiro e das pedras e metais preciosos, denotando a preferência que o legislador deu a esse tipo de papéis.

Sobre a preferência de bens a jurisprudência manifesta-se:

“O executado tem direito líquido e certo em que seja respeitada a preferência específica dos bens que devem ser penhorados ou arrestados” (RT 683/106).

Nem se fale de que os títulos da dívida pública não podem servir para pagamento de dívida entre particulares. O dispositivo tem caráter genérico destinando-se aos particulares já que os créditos públicos são executados pelo procedimento da Lei n. 6.830/80.

Dessa forma, neste momento, não há como recusar a Apólice da Dívi-

da Pública da União oferecida à penhora pelos Agravantes.

III — Decisão

Ante o exposto, dá-se provimento ao presente agravo de instrumento para deferir a nomeação à penhora dos títulos da dívida pública ofertados pelos executados agravantes.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues. Vencido o eminente Des. Trindade dos Santos que votou em sentido adverso.

Florianópolis, 19 de agosto de 1999.

Carlos Prudêncio,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.018196-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Gaspar Rubik

Prazo recursal. Mandado de segurança. Termo a quo para o Município. Intimação ao Procurador-Geral por meio de publicação da sentença no órgão oficial. Aplicação da Súmula 392 do STF. Apelo interposto após o trintídio, por contagem do prazo a partir da intimação pessoal da autoridade coatora nos termos do art. 11 da Lei n. 1.533/51. Recebimento negado. Decisão confirmada. Agravo desprovido.

O prazo para o Município interpor recurso contra sentença concessiva de segurança, tem seu marco inicial fincado na data da intimação a seu Procurador-Geral por meio de publicação da parte conclusiva da sentença no órgão oficial e não na intimação ou ciência a que se refere o art. 11 da Lei n. 1.533/51, cuja finalidade é apenas dar ciência à autoridade coatora para cumprimento da ordem deferida.

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.018196-8, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 2º Cartório), em que é agravante município de Florianópolis, sendo agravado Adir Rui Huber:

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

Custas legais.

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão da Dr^a. Juíza de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 2º Cartório da comarca da Capital, que não recebeu o recurso de apelação interposto pelo município de Florianópolis contra a sentença proferida nos autos do mandado de segurança impetrado por Adir Rui Huber, em face de sua manifesta extemporaneidade.

Na pugna pela reforma do decisório combatido, alegou, em suma, que a apelação que interpôs é tempestiva, porquanto a contagem do prazo para a sua protocolização começa a fluir a partir da intimação oficial da sentença e não da data de publicação desta no Diário da Justiça, que, ademais, não foi dirigida a algum advogado do Município, como determina o art. 236, § 1º, do CPC, mas ao seu Procurador-Geral e demais autoridades coatoras, que deveriam ter sido intimados pessoalmente da decisão.

Denegado o almejado efeito suspensivo e não solicitadas informações ao Juízo agravado, foi inti-

mado o recorrido, pelo seu patrono, que deixou transcorrer in albis o prazo que lhe foi assinalado para a oferta de contraminuta.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Luiz Cezar Medeiros, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

É, na síntese do essencial, o relatório.

Improcede, evidentemente, o inconformismo recursal manifestado.

É que, como amiúde se tem decidido nesta Corte com apoio em entendimento doutrinário e jurisprudencial já solidificado na Súmula 392 do Excelso Pretório, de que "o prazo para recorrer do acórdão concessivo de segurança conta-se da publicação oficial de suas conclusões, e não da anterior ciência à autoridade coatora para cumprimento da decisão", não é da intimação ou ciência pessoal da autoridade coatora nos termos e para os fins do art. 11 da Lei n. 1.533/51, que se estabelece o termo a quo do prazo para interposição de recurso, porquanto, como por demais consabido, a atuação dessa autoridade impetrada nas ações mandamentais cinge-se tão-só e exclusivamente à apresentação de informações, não detendo, salvo raríssimas exceções, legitimidade para recorrer, legitimidade que é detida aprioristicamente pela pessoa de direito público a que pertence.

No caso, com muito mais razão não se poderia ter aquela intimação por marco inicial do prazo, posto que o apelo não foi interposto por referida autoridade, mas sim pela pessoa jurídica que já havia sido formalmente intimada

na pessoa de seu Procurador-Geral, que é indiscutivelmente seu representante jurídico, por meio da intimação de sentença que se lhe fez via publicação no órgão oficial.

A respeito tem decidido este Sodalício, verbis:

“Mandado de segurança. Apelação. Prazo. Contagem. Intempestividade flagrante. Insurgência não recebida. Interlocutória confirmada. Agravo de instrumento desprovido.

“O prazo interposicional do recurso de apelação, em ataque à sentença concessiva de segurança, começa a fluir da data da publicação, no órgão oficial, do ato decisório. Irrelevante mostra-se, para a contagem desse prazo, a data da notificação, para cumprimento do decism angustiada, da autoridade impetrada” (Agravo de Instrumento n. 98.018355-3, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 25/5/99).

E mais:

“Mandado de segurança. Município. Prazo recursal. Termo inicial. Publicação oficial da decisão.

“A intimação pessoal da autoridade coatora, nos termos do art. 11 da Lei n. 1.533/51, visa ao atendimento da decisão judicial prolatada, não guardando relação com questões de índole processual, tal qual a contagem do prazo para a interposição de recurso.

“O prazo para recorrer, mesmo por terceiro interessado, da decisão que concedeu o mandado de segurança, corre da data de sua publicação no órgão oficial, e não da ciência da autoridade coatora, para seu cumprimento” (STF, RE n. 868338, rel. Min. Cunha

Peixoto)” (Agravo de Instrumento n. 98.018345-6, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 13/5/99).

“Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Prazo recursal. Termo inicial. Publicação oficial da sentença. Recurso desprovido.

‘O prazo para recorrer da decisão concessiva de segurança conta-se de sua publicação oficial, e não da ciência da autoridade coatora, para cumprimento do mandado (STF — 57/859)’ (AI n. 96.011181-6, Des. Cláudio Barreto Dutra)” (Agravo de Instrumento n. 98.018197-6, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 27/4/99).

Ressalta-se, por isso, que intimação dirigida ao Procurador-Geral do Município não é causa de nulidade, porquanto é consabido, como já se consignou, que tal autoridade detém a representação em Juízo da Fazenda Pública Municipal, cabendo-lhe, pelo seu corpo de Procuradores, o acompanhamento da publicação das decisões mandamentais proferidas nas ações em que ainda não tenha sido habilitada a pessoa jurídica para, se for o caso, recorrer atempadamente.

Por derradeiro, nenhum prejuízo ao agravante advirá do não recebimento do apelo que interpôs, haja vista que a decisão mandamental será, de qualquer modo, analisada por este Colegiado por força do reexame necessário.

Por tais razões, conhece-se do recurso, porém nega-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Eládio Torret Rocha, tendo exarado parecer,

pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Cezar Medeiros.

Florianópolis, 21 de outubro de 1999.

*Gaspar Rubik,
Presidente e Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.007200-2, DE JOINVILLE

Relator: Des. Gaspar Rubik

Busca e apreensão. Alienação fiduciária. Liminar deferida. Caminhão considerado essencial às atividades da alienante/devedora. Restituição ao seu poder até sentença final. Medida excepcional admitida em situações peculiares. Decisão mantida. Agravo desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.007200-2, da comarca de Joinville, em que é agravante Banco Safra S/A, sendo agravada Dipiso Distribuidora de Pisos e Azulejos Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Banco Safra S/A contra a decisão do Dr. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da comarca de Joinville que, não obstante tivesse anteriormente deferido a medida liminar na ação de busca e apreensão que promovera à Dipiso Distribuidora de Pisos e Azulejos Ltda., determinou a sua devolução a esta, por considerá-lo essencial à sua atividade empresarial.

Na pugna pela reforma do decisório agravado, critica-o e lança-lhe a pecha de teratológico e abusivo, ao ar-

gumento de que, a pretexto de defesa do estado de direito, afronta disposições legais e constitucionais, já que recepcionado o Decreto-Lei n. 911/69 pela CF/88, maculando, assim, o ordenamento jurídico ao acatar pedido de devedor inadimplente, que afora ação revisional sem qualquer depósito em espécie, concedendo-lhe extraordinária benesse de permanecer na posse do bem alienado sem nada pagar, bem este que não é imperioso às suas atividades e tampouco geraria desemprego em massa.

Relegada a apreciação do pedido de efeito suspensivo para momento posterior, foram solicitadas e prestadas informações pelo douto prolator do despacho objurgado, tendo, em seguida, sido indeferida a almejada suspensividade.

Devidamente intimada, na pessoa de seu patrono, a agravada apresentou contraminuta, em que aplaudiu a decisão combatida.

É o relatório.

Desacolhe-se, no caso, o inconformismo recursal manifestado, não obstante se reconheça boa dose de razão na argumentação clamorosa do recorrente que, fossem outras as circunstâncias, faria sua tese por merecer agasalho, porque amparada legitimamente.

Segundo se apanha das poucas peças que instrumentalizam o reclamo, antes do ajuizamento do pedido de busca e apreensão, a agravada já havia detonado contra o agravante/fiduciário ação declaratória c/c revisão contratual e repetição de indébito.

Conquanto afirme este que nenhum depósito, sequer de parte incontroversa, vem sendo feito pela devedora/fiduciante na referida causa, relativamente às prestações contratadas, verdade é que não há a menor certeza a esse respeito, posto que não instruiu seu reclamo com cópias daquele processo, nenhuma notícia também sendo dada pelo Dr. Juiz de Direito nas informações que prestou. Aliás, nestas referiu-se S. Exa., como motivos para deferir a guarda do bem à agravada, no que, não há negar, está acobertado de razão. É bem verdade que não se sabe o tamanho da frota de veículos da agravada, que permita aferir-se se aquele apreendido seria ou não o único e se lhe é ou não efetivamente essencial às suas atividades. Mas competia à agravante, como já se deixou consignado no despacho inaugural, a comprovação desse fato para afastar da agravada o direito à benesse com que foi ela contemplada.

Assim, não obstante se afirme não ser o bem imperioso às atividades suas e ela o negue, dizendo que o é, tendo merecido o crédito do douto To-

gado que, mais próximo do local, melhor condição tem de aferir dos fatos, a prova competia, evidentemente, ao agravante, que, se não a fez, prevalece a tese daquela imperiosidade.

É da jurisprudência deste Areópago:

"Se o bem é essencial à atividade da empresa arrendatária, traduzindo-se em imprescindível instrumento de trabalho, deve permanecer na sua posse, mediante depósito em nome do sócio, até que as questões em torno do contrato sub judice venham a ser dirimidas, de modo que se mantenham preservados, mesmo que temporariamente, os postos laborais e a capacidade plena de produção" (Agravado de Instrumento n. 99.007735-7, de Pomerode, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 28/6/99).

No mesmo sentido:

"Busca e apreensão. Decreto-Lei n. 911/69. Bem indispensável à continuidade das atividades da empresa. Permanência do maquinário com o representante legal da devedora. Medida excepcional. Particularidades da hipótese. Precedentes do STJ.

"Comprovado nos autos que o maquinário apreendido é, efetivamente, imprescindível ao processo produtivo da empresa devedora, é altamente recomendável que com ela permaneça, considerando-se a repercussão social acarretada pela sua remoção" (Agravado de Instrumento n. 97.004686-3, de Indaial, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 27/5/99).

E mais:

"Agravado de instrumento. Arrendamento mercantil. Reintegração de posse. Liminar. Depósito do bem ar-

rendado em mãos da arrendatária. Bem indispensável à atividade econômica da empresa agravada" (Agravado de Instrumento n. 99.001856-3, de São Bento do Sul, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 20/5/99).

Ante o exposto, conhece-se do recurso, porém nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello.

Florianópolis, 30 de setembro de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente com voto;
Gaspar Rubik,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.018011-2, DE MAFRA

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Concordata suspensiva. Anterior processamento de concordata preventiva interrompido por pedido de autofalência. Afronta ao art. 140, inc. IV, da Lei de Falências. Inocorrência. Possibilidade de reabilitação da empresa. Flexibilização dos requisitos da concordata. Decisão denegatória reformada.

Conhecidos os riscos iminentes à produção e à circulação de riquezas, a concordata suspensiva é um favor legal concedido ao comerciante probo em revés financeiro, voltada precipuamente à reabilitação da empresa.

Hermenêutica mais afeita à realidade do país reclama a flexibilização de seus pressupostos, sendo notórios e ruinosos os reflexos econômicos e sociais da falência, medida que, em regra, não aproveita nem aos empregados, nem aos credores, ao contrário, é prejudicial a todos.

No exame do instituto é conveniente, senão imperioso, imprimir contornos menos rijos a seus requisitos, em homenagem não só ao princípio da continuidade da empresa, como também ao art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, mormente em se tratando de empresa trintenária, fonte de mais de uma centena de empregos, dotada de valioso fundo de comércio, de matéria-prima abundante e de vultosos pedidos em carteira.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.018011-2, da comarca de Mafra, em que são agravantes José Alfredo Rauen e Ary Rauen Sobrinho:

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

Custas legais.

1. José Alfredo Rauen e Ary Rauen Sobrinho, na condição de únicos sócios da empresa falida Rauen Industrial Madeireira Ltda., interpuseram agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, inconformados com a decisão do Dr. Juiz de Direito da comarca de Mafra, indeferitória da concordata suspensiva.

Alegaram, em síntese, que o Juízo monocrático concedeu três meses para o cumprimento dos negócios em curso, já que a falida obtivera antecedentemente a continuidade de seu negócio, nos termos do art. 74 da Lei de Quebras. Aduziram, todavia, que tal prazo não é bastante, já que o síndico está tomando iniciativas de liquidação da massa falida, para a realização do ativo, tendo, inclusive, expedido aviso prévio para dispensa de empregados, estando anunciado o próximo dia 25/2/99 para encerramento definitivo das atividades da empresa.

Sustentaram os agravantes que tal decisão tem forte impacto social, gerando o desemprego de mais de uma centena de trabalhadores, justamente num momento de grave crise econômica do país. O fato tem gerado apreensão na comunidade, como amplamente noticiado pela imprensa local, com

manifestações expressivas dos segmentos empresarial e sindical, conforme se pode aferir na abundante documentação trazida aos autos, com juntada de documentos de subscrição pública.

Após rebaterem todos os pontos em que se fundou a decisão profligada e declinarem as razões que levaram à formulação do pedido de concordata preventiva e depois de autotalência, ressaltaram que a empresa falida tem viabilidade econômica, uma vez que tem matéria-prima farta para continuar operando — fornecida por outra empresa do grupo — a Rauen Agropecuária Ltda., que possui reflorestamento de 15 anos. Asseveraram que seu fundo de comércio é precioso, já que tem tradicional clientela, formada em mais de trinta anos de convívio comercial, e tecnologia, destacando que exporta para 19 países. Além disso, tem pedidos em carteira que totalizam R\$ 9.457.492,16.

Acrescentaram que a empresa cumpriu todos os pressupostos legais, frisando que a concordata suspensiva visa justamente à remoção do estado de falência e à preservação da empresa, com todos os benefícios de ordem econômica e social daí decorrentes, sendo um favor legal, independente do consentimento dos credores.

Após deduzirem outras considerações a demonstrar a vantagem da continuação da atividade da falida, anotaram que a mera perda de confiança do Juízo na empresa, apontada como fundamento do decisorio, não se justifica diante do quadro apresentado. Argüiram, ainda, a despeção do Juiz.

Requereram, a final, diante da iminência de ocorrer lesão grave e de difícil reparação à massa, aos credores e aos empregados, a continuidade das atividades da empresa, com a suspensão das iniciativas do art. 182, in fine, da Lei de Falências.

Foi conferido efeito suspensivo ao recurso.

Na seqüência, o síndico veio aos autos, informando que, a despeito dos prejuízos contábeis, a falida vem apresentando resultados operacionais positivos. Salientou que não surgiram dívidas novas, que diversos débitos trabalhistas foram pagos, que o capital de giro teve incremento, ainda que modesto, e que boa parte dos postos de trabalho foi mantida.

Manifestando-se, a douta Procuradoria-Geral de Justiça foi pelo provimento do agravo.

2. Com efeito, provê-se o agravo.

2.1. A alegada suspeição do Juiz não pode ser reconhecida, porque argüida em desconformidade com o art. 304 do Código de Processo Civil, que determina seja suscitada por meio de exceção, desmerecendo, por isso, maiores considerações.

2.2. O início da década marcou um indubitável avanço das concepções encomiásticas ao Estado mínimo, que se espraiaram vigorosamente pelo mundo, não poupada a América Latina. Como consequência dessas idéias, reduziu-se a intervenção estatal na economia e acelerou-se a política de abertura do mercado, contando com o adjutório do empresariado nacional, seduzido por um discurso que prometia a modernização da indústria e a

inserção do país no cenário internacional.

Olvidou-se, decerto, que se por um lado a participação estrangeira na economia pode promover a transferência tecnológica, por outro, se não for conduzida com a cautela necessária, moderada e gradativamente, pode não só ser inútil à modernização almejada, como também resultar em retração e desnacionalização do parque industrial.

Palmeando desprecatadamente os caminhos apontados por quem não conhece nem tem compromisso com o Brasil, franqueou-se-o à rapinagem internacional, combinando omissão no controle do fluxo de capitais com taxas de juros disparatadas.

O receiptuário apresentado como fundamental à estabilidade e à "retomada do desenvolvimento", prima facie infalível, revelou-se uma impostura, um imenso dissabor a milhões de incautos brasileiros que passaram a contemplar inermes um sem-número de falências, de demissões e de conquistas sociais subtraídas.

Pela recepção submissa de interesses espúrios e de normas ditadas de outras terras, retilhou-se o vexatório iter ao Fundo Monetário Internacional, não para alavancar investimentos sociais ou mesmo para reforçar as reservas, mas para o pontual adimplemento dos juros da dívida externa, aliás, multiplicada nos últimos anos.

Soma-se a isso a destruição do aparelho produtivo nacional, prenunciando a supressão de mais postos de trabalho, na esteira da desindustriali-

zação em curso, servilmente empreendida pelo governo — conformado, quem sabe, com um desditoso retorno do país à condição de república agrário-exportadora. Desse modo, faz-se da dependência não só teoria, mas uma odiosa prática.

Para a proliferação das falências, não raro há a explicação de que os falidos eram atrasados, não se preparam para competir, não se modernizaram... Esta tese tão cínica, quanto inexata, traz à tona "(...) uma espécie de neodarwinismo social (aplicado indiscriminadamente a empresas e a empregados): são 'os melhores e os mais brilhantes', como se diz em Harvard, que triunfam (...). Por trás da visão mundialista da internacional dos dominantes, há uma filosofia da competência, segundo a qual são os mais competentes que governam, e que têm trabalho, o que implica que aqueles que não têm trabalho não são competentes. Há os winners e os losers (...)" (Pierre Bourdieu, *Contrafogos*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1998, pág. 58).

Por conta da lógica do neoliberalismo prevalecente, "(...) a justiça social perde lugar para a eficiência; o emprego é menos importante do que a competitividade; e os setores estratégicos da economia são categorias em desuso pela força do processo de globalização" (Aloízio Mercadante, apud Reinaldo Pereira e Silva, *O Mercado de Trabalho Humano: a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil*. São Paulo, LTr, 1998, pág. 66).

No contexto da deificação do mercado, ofertavam-se em sacrifício a Metal Leve, o Mappin, a Cofap, a Mesbla, a Freios Varga, a G. Aronson, a Hermes Macedo, não esquecendo os exemplos mais próximos da Sulfabril e das Lojas Möellmann. À semelhança destas, muitas seguem para o cadafalso da irresponsabilidade política, do desvario administrativo; outras, ainda, ver-se-ão impelidas a celebrar alianças iníquas, verdadeiras incorporações, com empresas multinacionais.

Segundo informações do jornal Folha de São Paulo, o número de aquisições de empresas brasileiras por estrangeiros cresceu 196,25% desde 1995, dado que já começa a preocupar integrantes do governo, como o presidente do BNDES, Andrea Calabi, que recentemente defendeu a "inversão em favor do capital nacional".

De 1995 a agosto de 1999, os números da consultoria Price revelam que o capital estrangeiro comprou 772 empresas brasileiras. Se em 1990 foram 38 as empresas alienadas e em 1994 foram 63, no ano passado registraram-se 237 negociações e este ano 159 (...), por enquanto. A Aços Villares é um exemplo significativo desse fenômeno, outrora uma gigante da siderurgia, está na alça de mira de chilenos e espanhóis; a Elevadores Atlas, melhor empresa do grupo, foi vendida este ano para os suíços da Schindler (...) (v. Folha de São Paulo, caderno Brasil, domingo, 3/10/99, pág. 11).

A lastimável situação das empresas nacionais, repita-se, é consecutório da implantação das recomendações providas de fora, como historia Nelson Werneck Sodré: "Em novembro de 1989 reunia-se, em Washing-

ton, convocada pelo Institute for International Economics, um grupo de interessados no assunto: *Latin American Adjustment: How Much Happened?* O citado instituto já definira os seus propósitos no documento *Towards Economic Growth in Latin America*. No mesmo ano de 1989, o Banco Mundial baixava as curiosas postulações colocadas no estudo *Trade Policy in Brazil: the Case for Reform*.

“Uma delas prescrevia, sem meias medidas que ‘a inserção internacional de nosso país fosse feita pela revalorização da agricultura de exportação’. Era, nada mais, nada menos que impor uma violenta volta ao passado, ao famigerado refrão do ‘essencialmente agrícola’, tabuleta que nos foi pregada pela república oligárquica e que, a partir de 1930, foi naturalmente atirada ao lixo. Pois era esse o processo de regressão que os nossos amigos do Banco Mundial, já em 1989, pretendiam nos impor” (*A Farsa do Neoliberalismo*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Graphia, 1996, pág. 39).

Ignora-se, dessa forma, o dito de Foster Dulles, Secretário de Estado norte-americano na gestão Eisenhower: “Há duas maneiras de conquistar um país estrangeiro: uma é ganhar o controle do seu povo pela força das armas; outra é ganhar o controle de sua economia por meios financeiros”. Despreza-se, também, o fato de que o mercado interno tem sido o maior promotor do desenvolvimento de países de grandes dimensões e que “A primeira condição para liberar-se do subdesenvolvimento é escapar da obsessão de reproduzir

o perfil daqueles que se auto-intitulam desenvolvidos. É assumir a própria identidade”, pois, “Na crise de civilização que vivemos, somente a confiança em nós mesmos poderá nos restituir a esperança de chegar a bom porto” (Celso Furtado, *O Capitalismo Global*. São Paulo, Paz e Terra, 1998, pág. 23).

É neste cenário inglório, em que a nação, ressentida, parece abandonar a derradeira nesga de patriotismo e esperança, que se entrega à análise desta Casa mais um dos hoje copiosos pedidos de concordata. No exame do instituto é conveniente, senão imperioso, imprimir contornos menos rijos a seus requisitos, em deferência à difícil situação vivenciada, o que a dialética do Direito requer. Em outros termos, impõe-se uma nova praxis jurídica, enlaçada aos anseios sociais, porque nada é mais pernicioso à concretização da justiça do que exegetas de olhos vazados à realidade.

Conhecidos os riscos iminentes à produção e à circulação de bens, a concordata suspensiva é um favor concedido pela lei ao comerciante probo em revés financeiro, com suspensão do processo de falência, visando à recuperação da empresa, entendida como instituição social intrinsecamente ligada ao emprego e à geração de riquezas. No magistério de Amador Paes de Almeida, “(...) objetiva sustar os efeitos danosos da falência, ensejando melhor forma de pagamento aos credores (em lugar da venda dos bens pela melhor oferta ou em leilão), ao mesmo tempo que, evitando a liquidação do estabelecimento, possibilita a continuidade

de da empresa" (Curso de Falência e Concordata. 15ª ed. São Paulo, Saraiva, 1997, pág. 425).

Sebastião José Roque não discrepa desse posicionamento, ponderando que a concordata "É uma amenização dos rigores do Direito Falimentar, dando ao devedor insolvente, mas que tenha algum lastro moral e financeiro, a oportunidade de subtrair-se aos efeitos mais radicais da falência. É oferecida essa oportunidade ao devedor insolvente, esteja ou não falido.

"Assim, uma empresa se vê momentaneamente na impossibilidade de solver seus débitos, mas é empresa de procedimento honesto e tem patrimônio ou possibilidade de safar-se da difícil situação em que se encontra. Expõe então sua situação e seu potencial para reerguer-se, desde que lhe seja proporcionado um mecanismo e tempo suficiente para esse reerguimento. Empreende então na Justiça um procedimento do tipo falimentar, tentando evitar sua falência" (Direito Falimentar. São Paulo, Ícone, 1994, pág. 139).

Dissertando acerca do tema, Rubens Requião opina:

"Em primeiro lugar se deve indagar, ao se deparar com o fenômeno mórbido da empresa insolvente, antes mesmo da investigação sobre a possível atividade delitual do empresário, se ela tem ainda condições econômicas e financeiras de recuperação.

"Com efeito, muito mais socialmente importante do que a indagação sobre as causas da ruína da empresa, é saber-se se ela é economicamente recuperável. A em-

presa, na teoria dominante no moderno Direito Comercial, como unidade econômica organizada, para a produção ou circulação de bens ou de serviços, constitui um cadinho onde efervesçam múltiplos interesses: o pagamento dos salários para a classe obreira, dos tributos para a manutenção do Estado e dos lucros para os investidores. Não deve ser, assim, considerada sob as luzes dos interesses imediatistas do coletor de impostos ou da impaciência do cobrador de dívidas, nos momentos críticos ou dramáticos de sua evolução" (apud Amador Paes de Almeida, op. cit., pág. 372).

A concessão do benefício requer a observância dos requisitos gerais declinados nos arts. 140 e 191 do Decreto-Lei n. 7.661/45 e do Código Tributário Nacional, respectivamente, além dos específicos, qual sejam, a decretação da falência do comerciante e a rejeição da denúncia ou queixa resultante do inquérito judicial procedido pelo síndico no processo falimentar.

Ressuma dos autos que tais requisitos foram devidamente atendidos, sendo irrelevante o fato de a empresa ter requerido anteriormente concordata preventiva — cujo processamento interrompeu-se pelo pedido de autofalência —, consideradas as particularidades do caso em apreço. Vale dilucidar que, embora a legislação pertinente seja refratária ao deferimento da concordata quando o devedor já se houver utilizado de "igual favor", a suspensiva não equivale à preventiva, nada obstante tenham raízes comuns. Do bem-lançado parecer do ilustre Procurador de Justiça Dr. José Antônio Salvadori extrai-se o seguinte:

"(...) o jurista Netto Armando, aqui citado por Rubens Requião, opina que 'pode obter concordata suspensiva o falido que, há menos de cinco anos, impetrou concordata preventiva ou não cumpriu concordata preventiva há mais tempo requerida, pois não se lhe aplica o inciso IV do art. 140 da lei falitária (RT 395/50).

'Sustenta aquele jurista que o referido inciso IV do art. 140 alude a 'igual favor' ('o devedor que há menos de cinco anos houver impetrado igual favor...'), bem como a 'concordata' e não a qualquer concordata ('...ou não tiver cumprido concordata há mais tempo requerida'). E acresce: 'Evidentemente, a concordata preventiva e a concordata suspensiva não são favores iguais: são sim, e apenas, ramos do mesmo tronco (concordata judicial), consoante realçaram Waldemar Ferreira, Otávio Mendes e Soares Faria, ao comentarem preceitos da antiga Lei de Falências"' (fls. 633).

A propósito, tem-se observado uma tendência jurisprudencial à flexibilização dos pressupostos da concordata, porque a paralisação das atividades é medida que, de regra, não aproveita nem aos empregados, nem aos credores, ao contrário, é prejudicial a todos. Essa propensão a entender cum grano salis as normas atinentes à falência e à concordata não só homenageia o princípio da continuidade da empresa, como dá cumprimento ao art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Em julgado servível a inspirar a resolução do presente conflito, relatado pelo subscritor, este Sodalício grafou:

"Concordata preventiva. Decurso do prazo para o pagamento dos credores. Pedido de prorrogação. Possibilidade, havendo perspectiva de reabilitação da empresa. Hermenêutica mais flexível das regras da concordata, em vista da crise econômica que atravessa o país, considerados os reflexos ruinosos da falência.

"É de conhecimento ordinário que, descumpridas as condições da concordata, se suspensiva for, reabre-se a falência; se preventiva, decreta-se-a. A partir disso, sendo também notórios e ruinosos os reflexos comerciais e sociais da paralisação das atividades da empresa, é recomendável que se evite a decretação da falência o quanto possível, restringindo-se àqueles casos em que a recuperação da empresa revela-se inviável.

"Assim, a ampliação do prazo para a liquidação dos débitos é de ser concedida, máxime quando o próprio comissário, a quem compete fiscalizar o andamento da concordata, abona dita prorrogação. Aliás, é medida que se coaduna com o espírito do instituto, voltado para a reabilitação da empresa" (AI n. 98.007196-8, de Guaramirim, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 4/3/99).

Colhe-se do corpo do acórdão:

"Sobretudo nestes tempos, em que a abertura desacompanhada do mercado, franqueado à pilhagem da especulação internacional, exhibe seus efeitos mais perversos, entre os quais a fragilização da indústria nacional, é mister aflorar a sensibilidade do julgador, sob pena de alhear-se do contexto social.

"No quadro dantesco bosquejado pelo governo brasileiro, em que se

vê um país em andrajos, vincado por desemprego ímpar e por desabrida afronta ao binômio soberania-independência nacional, fundamento e princípio da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. I, e art. 4º, inc. I, da Carta Fundamental), é desejável a adoção de uma hermenêutica mais flexível das regras da concordata”.

Deslindando contenda semelhante, o egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu, com invejável sensibilidade jurídico-social:

“Se o devedor não se enquadra em nenhum dos casos de impedimento à impetração da concordata previstos no art. 140 da Lei de Falências, não havendo prova de sua desonestidade ou de sua má-fé, tendo sido apenas vítima de uma infelicitas facti, decorrente de planos governamentais que abalaram a estrutura econômica das empresas, não se deve indeferir o seu pedido de concordata preventiva.

“Ementa oficial: Em razão do princípio da continuidade da empresa, pelo que ela oferece em termos de circulação de bens, arrecadação tributária, colocação no mercado de trabalho, estabilidade comercial e equilíbrio social, sempre que possível se deve deferir a concordata preventiva, para se evitar as graves conseqüências de uma falência, que levaria à ruína a vida da empresa, o destino dos sócios, os direitos dos credores e, sobretudo, dos empregados” (5ª CC, AI n. 66.941/6, de Belo Horizonte, j. 10/10/96).

Em artigo intitulado “A ‘Falência’ da Falência”, o Professor Eulápio Rodrigues Filho apregoa:

“Avulta em meio à vida de relação, fato novo — a inadimplência —, antes dado como isolado e sem realce frente à nação, mas que agora aparece como elemento a considerar, sob os aspectos jurídico e econômico, a exigir tratamento diverso do antes dispensado, e sobre o qual cabe mesmo ao Judiciário atuar tendo em conta o requerido processo falencial, com menoscabo a quadros rígidos e formais, ou matemáticos, de modo a proceder agora, ao apreciá-lo, à transfusão de equidade e de justiça, a par do cuidado em contemplá-lo não mais segundo a imobilidade da lei, mas tomando em consideração a renovação do tema à luz de todo o sistema jurídico, aí incluída a Constituição Federal” (<http://www.bpdireadv.br/artigo>, pág. 3).

No ensinar quase profético do Ministro Aliomar Baleeiro, “Não há nenhum interesse social em multiplicar as falências, provocando depressões econômicas, recessões e desemprego numa época em que todas as nações do mundo lutam precisamente para afastar esses males. Uma falência pode provocar um reflexo psicológico sobre a praça, e todas as nações do mundo procuram evitar o colapso das empresas, que têm como conseqüência prática o desemprego em massa nas populações” (RT 4/704, apud Thélío Farias, Da necessidade do protesto especial para a decretação de falência, pág. 8).

Avaliando a situação da Rauen Industrial Madeireira Ltda., vê-se que tem matéria-prima para continuar operando, fornecida por outra empresa do grupo, a Rauen Agropecuária Ltda., possuindo esta um reflorestamento de

15 anos. Possui, ademais, um fundo de comércio precioso, contando com uma clientela formada ao longo de trinta anos de mercancia, com destaque para Mercedes-Benz, Legnotrade Madeiras, GTS Comércio Internacional de Produtos Florestais, JN Timber, Snavely Internacional, Idimex AG, Pirelli, Siemes, Ficap, Furocawa, Alvac, Alcoa, CBA, Condugel, Condulli, Condubrás, GM, Volkswagen, Forest etc. Além de exportar para 19 países, tem pedidos em carteira da ordem de R\$ 9.457.492,16 (fls. 163/171).

A par disso, é fonte de sustento de 130 funcionários, com possibilidade de ampliação de seus quadros, conforme documentos de fls. 187/416, que atestam as tratativas para a admissão de mais trabalhadores, sendo que parte deles já realizou, inclusive, os exames médicos necessários à contratação (fls. 363/416).

Como mencionado, conta com o auxílio da Rauen Agropecuária Ltda., que goza de boa saúde financeira, tendo contribuído para a conservação dos equipamentos, o que é indicativo de boa-fé. Note-se que apenas dois dos credores da massa opuseram embargos, formulando, posteriormente, pedidos de desistência (fls. 94/5), prova invulgar de que também aos credores é mais proveitosa a continuidade da empresa.

O síndico da massa falida, por sua vez, aduziu que não surgiram divi-

das novas, que diversos débitos trabalhistas foram pagos e que o capital de giro teve incremento, ainda que modesto.

Como se não fossem poucas as razões para o deferimento do favor legal, a preservação daquela madeira é também um desejo da comunidade mafrense, simbolicamente externado no abaixo-assinado de fls. 542 usque 572, aflita com a possibilidade de que, com a Rauen, outras empresas venham a fenecer, ceifando empregos e comprometendo a higidez econômica do Município.

Dessarte, havendo boas perspectivas de recuperação da empresa, sendo conhecidos os efeitos deletérios da falência e cumpridos satisfatoriamente os requisitos da concordata suspensiva, concede-se-a.

3. Por todo o exposto, dá-se provimento ao recurso, concedendo-se a concordata suspensiva.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 7 de outubro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Pedro Manoel Abreu,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.014528-7, DE BRUSQUE**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

Agravo de instrumento — Ação cautelar inominada — Direito autoral — Ecad — Legitimidade ativa — Liminar deferida — Manutenção — Recurso improvido.

“Quem pretenda utilizar obras intelectuais alheias, deve pagar o preço estipulado.

“Cabe ao titular do direito autoral a fixação do preço de suas obras” (TJSC, 3ª Câm.).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.014528-7, da comarca de Brusque (1ª Vara), em que é agravante o município de Brusque, e agravado Ecad — Escritório Central de Arrecadação e Distribuição:

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

Custas na forma da lei.

Agravo de instrumento interposto pelo município de Brusque, contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível daquela Comarca que, nos autos de ação cautelar inominada ajuizada pelo Ecad — Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, concedeu a liminar.

Alega em síntese que, além de o agravado não comprovar encontrar-se autorizado a cobrar em seu nome direitos autorais, caso estes sejam devidos, o percentual máximo é de 2% (dois) e não 10% (dez por cento).

Postulou a concessão de efeito suspensivo, juntando os documentos de fls. 9 usque 45.

Indeferida a carga suspensiva às fls. 49/50.

Apresentou a contraminuta o agravado, pugnando pela manutenção da decisão objurgada.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do eminente Dr. Procurador Jobél Braga de Araújo, opinou pelo provimento parcial do agravo.

É o relatório.

Por ocasião da apreciação do efeito suspensivo, deixei consignado:

“O recurso se reveste dos pressupostos de admissibilidade. Porém a carga de suspensividade colimada não pode ser deferida, quando proferido com base no artigo 68 e seus parágrafos, da novel Lei n. 9.610/98, que autoriza o magistrado a compelir o ‘empresário’, ora agravante, acerca da obtenção da liberação e legalização do evento a ser realizado, no caso dos autos, a ‘13ª Feira Nacional do Marreco — Fenarrec’, no que pertine aos direitos autorais sobre a execução musical ali procedida”.

Imerece prosperar o agravo, haja vista que o Magistrado agiu com acerto ao reter quantia necessária à

apuração de valores de quem pretendia usar do produto intelectual de alguém sem fazer a necessária reparação econômica pela utilização deste.

No tocante à legitimidade ativa ad causam do organismo protetivo do direito autoral, não comporta maiores discussões o tema, posto que remansosa é a jurisprudência dos nossos tribunais, quanto à inexistência de comprovação da filiação dos autores e compositores titulares dos direitos autorais à referida associação.

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido, *mutatis mutandis*:

“Direito civil. Cobrança de direitos autorais. Ecad. Comprovação de filiação e autorização dos compositores de músicas. Desnecessidade.

“Direitos individuais homogêneos. Ação coletiva. Precedentes. Recurso provido.

“O Ecad é associação civil responsável para promover a cobrança de direitos autorais devidos em razão de retransmissão de músicas, sendo desnecessário provar a filiação dos compositores, bem como sua autorização para o ingresso em Juízo” (REsp. n. 197587/PR, rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira, in DJU de 29/3/1999, pág. 190).

“Direitos autorais — Ecad — Legitimidade ativa.

“Após o advento da Constituição de 1988, o Ecad tem legitimidade para propor ação de cobrança de contribuições devidas em razão de direito autoral, independentemente da com-

provação da filiação e de autorização dos autores das músicas executadas.

“Recurso especial não conhecido” (REsp. n. 140317/MG, rel. Min. Waldemar Zveiter, in DJU de 17/8/1998, pág. 6).

Desse entendimento não destoa esta Corte:

“Ação de cobrança — Legitimidade ativa ad causam do Ecad — Artigos 104 e 115 da Lei n. 5.988/73 — Recurso provido.

‘O Ecad, na forma do disposto na Lei n. 5.988/73, tem legitimidade para promover a ação de cobrança das contribuições devidas pela execução pública de composições musicais, independentemente de comprovar a filiação e a autorização dos autores das músicas executadas. A exigência de tais requisitos inviabiliza a ação, contrariando o espírito da lei, que veio para facilitar o procedimento judicial’ (REsp. n. 74.041—RS, Min. Ruy Rosado de Aguiar)” (Ap. Cív. n. 96.005851-6, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto).

A toda evidência, razão também não assiste ao Município quando assevera que indevida a taxa exigida, pois 80% (oitenta por cento) das músicas executadas na feira são tipicamente alemãs, sendo que até alguns grupos de lá são trazidos para abrilhantar as festividades.

Ocorre, no entanto, que tal afirmação não encontra guarida em nosso ordenamento, visto que nos termos do art. 105, parágrafo único, da Lei n. 5.988/73, e do art. 97, § 3º, que reedita o mesmo dispositivo na novel Lei n. 9.610/98, diz que as associações es-

trangeiras se farão representar em território nacional pelo Ecad.

É da jurisprudência:

“Apelação cível — Ação de cobrança — Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — Ecad — Direitos autorais — Legitimidade ativa ad causam — Não reconhecimento — Ação procedente — Espetáculos e audições públicas — Autorização do Ecad indispensável — Recurso provido.

“Por convênio, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — Ecad — é parte legítima para representar em Juízo os compositores e autores filiados às associações que organizaram o respectivo escritório, inclusive os estrangeiros, a teor da regra contida no artigo 104 da Lei n. 5.988/73.

“Quando forem organizados espetáculos musicais, em ruas, praças ou teatros, mesmo o poder público é responsável pelo pedido de autorização e recolhimento dos valores de direitos autorais, sempre que cobrados ingressos, ante o disposto no artigo 73 da Lei n. 5.988/73” (Ap. Cív. n. 46.096, de Imbituba, rel. Des. Solon d’Eça Neves, grifei).

Por derradeiro, no que tange ao insurgimento do agravante quanto ao parâmetro de fixação do quantum a ser pago ao Ecad, este não merece medrar posto que a moderna doutrina e jurisprudência mostram que a fixação fica a critério daquele organismo, conforme escólio de Carlos Alberto Bittar:

“A fruição dos direitos de execução pública obedece a peculiaridades

diferentes em todo o mundo, mas que podem ser agrupadas em dois grandes sistemas: o de fixação de preço pelo Autor, dependente de autorização do titular; e o de determinação do Poder Público, em face de licença legal para execução.

“Ocupar-nos-emos do primeiro, a que se integra o nosso País, salientando, de início, que pode comportar variações: a da autorização direta do titular, com remuneração autoral previamente ajustada entre as partes e a da autorização indireta (dos representantes, ou mediante programas), com a retribuição dependente de pontuação (sistema de pontuação, ou também denominado, por alguns, ‘forfetário’).

“(…)”

“Funda-se esse sistema no princípio da livre negociação entre os Autores (ou seus representantes) e os usuários (ou suas entidades de representação), cabendo aos primeiros fixar o preço para a utilização de suas obras, que, normalmente, inserem em tabelas, para conhecimento geral.

“Esses preços costumam variar, em função de valores percentuais, ou fixos, de conformidade com as atividades e os locais em que se operam as execuções” (in O Direito do Autor nos Meios Modernos de Comunicação, RT, São Paulo, 1989, pág. 99).

A respeito do quantum esta Câmara já assentou:

“Civil — Direitos autorais — Cobrança — Valor.

“Quem pretenda utilizar obras intelectuais alheias, deve pagar o preço estipulado.

“Cabe ao titular do direito autoral a fixação do preço de suas obras” (Ap. Cív. n. 49.664, de Chapecó, rel. Des. Amaral e Silva).

“Ação de cobrança. Execução de obras musicais e literomusicais. Art. 73, § 1º, da Lei n. 5.988/73. Fixação unilateral de valores por parte do Escritório de Arrecadação e Distribuição — Ecad. Admissibilidade. Inocorrência de abuso ou monopolização. Dever de indenizar. Precedentes da Corte. Recurso provido” (Ap. Cív. n. 96.004603-8, de Seara, rel. Des. Paulo Gallotti).

Ademais, o valor retido tem o escopo de, tão-somente, assegurar a eficácia da futura apuração de haveres

para a justa e necessária indenização pela execução em audiência pública de composições musicais.

Ante o contexto, é de negar-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, lavrando parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 22 de junho de 1999.

Eder Graf,

Presidente com voto;

Cláudio Barreto Dutra,

Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.007464-1, DE LAGES

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Agravo de instrumento — Execução — Embargos — Prazo (CPC, artigo 738, inciso I) — Informação via Internet — Divergência de dados — Irrelevância — Início do decêndio — Dilação defesa — Ausência dos requisitos ínsitos no artigo 183, § 1º, do Estatuto Processual — Informação, ademais, obtida no oitavo dia e enquanto não operada a preclusão — Restituição vedada — Reforma da decisão — Recurso provido.

“O devedor oferecerá os embargos no prazo de dez dias, contados: I — da juntada aos autos da prova da intimação da penhora” (artigo 738).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.007464-1, da comarca de Lages (3ª Vara Cível), em que é agravante Companhia Real de Investimento — Crédito, Financiamento e Investimen-

tos, sendo agravado Ildanir Antônio de Jesus Werner:

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

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Agravo de instrumento interposto por Companhia Real de Investimentos — Crédito, Financiamento e Investimentos, contra a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Lages que, nos autos da Execução n. 039.96.005049-1, proposta contra Ildanir Antônio de Jesus Werner e Délcio Denis Dors, lastreado no artigo 183 do Código de Processo Civil, devolveu ao devedor a diferença de três dias do prazo para o oferecimento de embargos, reputando como justa causa a informação equivocada constante no sistema integrado de computador.

Aduziu que, realizada a penhora em bens do devedor, o mandado e o auto foram juntados ao processo no dia 27/11/98. Em 9/12/98, o agravado, alegando que por desencontro entre as informações do SAJ e dos autos, viu-se prejudicado, haja vista que naquele consta que o mandado foi juntado em 30/11/98.

Asseverou que os dados constantes no SAJ constituem meras informações e não têm força de anular certidões opostas por serventuários da justiça, bem como que, tendo o mandado sido juntado aos autos em 27/11/98, o decêndio iniciou em 30/11/98 (segunda-feira), findando em 9/12/98. Portanto, ainda que formulado dentro do prazo, o pedido de restauração não poderia ter sido deferido.

Requeru a concessão de efeito suspensivo e a reforma da decisão a final, trazendo os documentos de fls. 10/26.

A postulação liminar foi indeferida, passando-se à fase do inciso III do artigo 527 do Código de Processo Civil.

Na contraminuta, o agravado defendeu o acerto da decisão uma vez que foi induzido em erro pela informação do SAJ, a qual é apta a lhe causar prejuízos irreparáveis, tendo em vista que não terá outra oportunidade para se defender. Se assim não fosse, e se tais informações não são confiáveis, não se justifica a adoção do sistema de computadores no Judiciário.

Requeru a manutenção do despacho, desprovendo-se o reclamo.

É o relatório.

II — Voto

O agravado postulou ao Juiz a “restauração de prazo” para oposição de embargos do devedor, alegando que em 9 de dezembro de 1998, quando buscou informar-se do andamento do feito pela Internet, constatou que o mandado de penhora havia sido juntado em 30 de novembro daquele ano, ao contrário do que consta dos autos, onde referido ato ocorreu no dia 27, conforme fls. 18v.

Em face disso, o Togado deferiu ao devedor o crédito de três dias no prazo, forte no artigo 183 do Código de Processo Civil, reputando justo o motivo invocado.

Realmente, “decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa” (CPC, artigo 183, ca-

put). E nesse contexto a informação equivocada no sistema interligado de computador constituía, em princípio, motivo suficiente para o deferimento da prorrogação, uma vez que consta realmente ter sido, o mandado, juntado aos autos na data de 30/11/98 (fls. 25), quando na verdade o foi três dias antes, e já se disse que a falha, quando inerente ao mecanismo da justiça, não pode reverter em prejuízo da parte (AI n. 96.011573-0, de Chapecó, rel. Des. Francisco Borges).

Todavia, ainda que o Magistrado dispusesse de permissivo legal para estender o término do prazo (art. 183, § 2º), somente poderia fazê-lo na hipótese de "evento imprevisto, alheio à vontade da parte e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário" (§ 1º), e, no caso, o que se verificou não estava relacionado a "evento imprevisto", estranho à vontade do agravado ou capaz de embaraçar o curso do lapso que tinha para embargar.

Primeiro porque a contrafé que recebeu fez alusão à perfectibilização do depósito e do prazo para embargos, dentro do qual poderia acionar seu advogado e oferecer defesa. E, segundo, porque "o devedor oferecerá os embargos no prazo de dez dias, contados: I — da juntada aos autos da prova da intimação da penhora" (artigo 738) e não a partir do momento em que esta informação é colocada à sua disposição, já que o transcurso não se sujeita aos meios que a parte utiliza para obtê-la, a exemplo da Intranet.

Outrossim, vê-se que o agravado foi intimado da penhora no dia

25 de novembro mas só em 8 de dezembro constituiu advogado (fls. 22), não obstante acessado a informação dia 7/12/98 (fls. 25), quando ainda lhe restavam dois dias. O curso desse período, ainda que aliado ao desencontro de dados disponibilizados na rede de computadores, não implica em justa causa apta a legitimar a desídia, já que não se pode dizer que foi prejudicado pela insuficiência de tempo.

Sérgio Bermudes diz:

"A nova redação do inciso I do art. 738 afasta dúvidas: ele começa, não da data da intimação, mas do dia da juntada aos autos da prova dessa intimação (mandado, aviso de recebimento da intimação postal, certidão do serventuário)" ("A Reforma do Código de Processo Civil", 2ª ed., Saraiva, 1996, pág. 149) (grifo).

Humberto Theodoro Júnior não diverge:

"Com a nova redação do art. 738, inciso, I, dada pela Lei n. 8.593 de 13/12/94, a polêmica foi eliminada, ficando superada a jurisprudência que literalmente mandava contar o prazo de embargos da penhora, mesmo antes da sua certificação nos autos. Agora, o novo texto legal restabeleceu a uniformidade do sistema de contagem do prazo em relação aos atos praticados fora dos autos, determinando também que os embargos à execução por quantia certa sejam admitidos no prazo de 10 dias contados 'da juntada aos autos da prova da intimação da penhora' (art. 738, I). Esta a regra que se terá de observar nas penhoras por mandado

e por carta precatória” (Código de Processo Civil Anotado, 2ª ed., Forense, 1996, pág. 315) (grifo).

Por fim, não obstante o avanço das técnicas de comunicação virtual, a ausência de normas regulamentando os critérios de acesso é, por si só, indicativo de que não se pode flexibilizar a interpretação da lei, sob pena de transformar a exceção em regra.

III — Decisão

Ante o exposto, a Câmara, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 24 de agosto de 1999.

Eder Graf,

Presidente com voto;

Cláudio Barreto Dutra,

Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.006452-7, DE BLUMENAU**Relator: Des. Sérgio Paladino**

Agravo de instrumento. Medida cautelar inominada. Construção clandestina e irregular. Infração ao Plano Diretor do Município. Risco de desabamento. Demolição. Medida que se impõe. Recurso provido.

“A demolição da obra clandestina só se impõe quando desconforme com as normas da construção. Essa desconformidade tanto pode ser de localização (v. g., construção em zona proibida ou fora do alinhamento, ou sem o recuo legal) como de estrutura, altura, volume, funcionalidade ou estética, pois cabe ao Poder Público regulamentar a edificação em todos os aspectos urbanísticos, sanitários e de segurança. Verificada a infringência legal, em processo administrativo regular, a Prefeitura ordenará a demolição da obra em andamento ou concluída, e, se desatendida, poderá efetivá-la com seus próprios meios, carregando as despesas ao infrator” (Meirelles, Hely Lopes, Direito de Construir, 7ª edição, 1996, Malheiros, São Paulo, págs. 252/253).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 97.006452-7, da comarca de Blumenau (3ª Vara Cível), em que é agravante município de Blumenau e agravados Adilson Martins e Azonir J. Martins:

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

Custas na forma da lei.

O município de Blumenau interpôs agravo de instrumento, objetivando a reforma da decisão interlocutória que, nos autos da medida cautelar inominada intentada contra Adilson Martins e Azonir J. Martins, deferiu a liminar, autorizando a demolição da construção erguida ao arripio da legislação municipal, sob a condição de transferir os requeridos para lugar se-

guro, respeitando a retirada de seus bens.

Em suas razões sustenta que a condição imposta pelo Magistrado não pode ser mantida, pois ao Poder Público não se pode impor a obrigação de dar moradia àqueles que constroem em áreas de risco e em desacordo com as normas atinentes, máxime quando tomadas as providências administrativas para que os requeridos não prosseguissem com a obra. Pede pelo provimento do recurso.

Formado o instrumento e intimados os agravados, a decisão objurgada foi mantida.

Alçaram os autos a esta Instância, tendo sido solicitadas informações ao Magistrado que as prestou às fls. 57.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O recurso merece provimento. Com efeito, a liminar foi corretamente concedida pelo Magistrado nos autos da medida cautelar inominada, merecendo reparo somente no tocante ao excesso, ou seja, quanto à condição imposta ao agravante de instalar os agravados em local seguro e responsabilizar-se pela retirada de seus pertences.

Extrai-se dos autos que o agravante, em momento algum, foi inoperante ou deixou de exercer o poder de polícia que lhe é inerente, eis que embargou a obra clandestina, multou os infratores e procedeu à vistoria, consoante documentação de fls. 22/24 e 28/29. Poderia, outrossim, demolir a obra.

Verifica-se que as duas primeiras providências foram tomadas, mas a terceira, em razão da violência de que se reveste, foi submetida à apreciação do Judiciário, que, embora impondo condição ao agravante, deferiu o pedido.

Hely Lopes Meirelles, discorrendo sobre o tema, ensina:

“É aplicável a multa a todo aquele que realiza obra sem alvará de construção, quando exigido para os trabalhos, ainda que executados em plena conformidade com as normas de edificação. Além da multa, ficará o infrator sujeito à regularização do projeto e ao pagamento de todos os emolumentos do processo respectivo.

“O embargo da obra clandestina pode ser feito por via administrativa ou judicial. A Administração Pública tem a faculdade de execução de seus próprios atos, sem recorrer ao Judiciário, máxime quando emanam do poder de polícia e visam a preservar os altos interesse da coletividade. Omissis... O embargo administrativo é a forma normal e correta de se impedir, prontamente, as atividades particulares ilícitas e contrárias às normas de ordem pública. Só a Administração pode optar entre o processo administrativo e o judicial, porque aquele é o instrumento normal de sua atuação, e este o mecanismo excepcional de controle do procedimento do Executivo. Omissis...

“A demolição da obra clandestina só se impõe quando desconforme com as normas da construção. Essa desconformidade tanto pode ser de localização (v.g., construção em zona proibida ou fora do alinhamento, ou sem o recuo legal) como de estrutura, altura, volume, funcionalidade ou estética, pois cabe ao Poder Público regulamentar a edificação em todos os aspectos urbanísticos, sanitários e de segurança. Verificada a infringência legal, em processo administrativo regular, a Prefeitura ordenará a demolição da obra em andamento ou concluída, e, se desatendida, poderá efetivá-la com seus próprios meios, carregando as despesas ao infrator” (obra citada, págs. 252/253).

Ora, diante da situação que se apresenta, é lícito afirmar que a obra foi construída irregularmente e em de-

sobediência à legislação municipal, trazendo risco não só para os próprios agravados e suas famílias, como para os demais cidadãos, pois erguida em área sujeita a desabamento, segundo declaração do Corpo de Bombeiros (fls. 21) e vistoria de construção irregular (fls. 22).

É certo que a situação é delicada, mas não se pode aplicar a lei de forma diversa aos agravados, circunstância que traduziria favorecimento destes em detrimento da comunidade, que estará sujeita, a exemplo dos que edificaram irregularmente em área de risco, a danos na hipótese de nova enchente.

Portanto, incumbe exatamente àqueles que edificaram ao arrepio do Código de Diretrizes Urbanísticas de Blumenau e em área de risco a sua desocupação e a retirada do que lhes pertence.

Acerca das finalidades das normas que tratam do urbanismo, disserta o referido administrativista:

“As limitações urbanísticas, por sua natureza de ordem pública, destinam-se, pois, a regular o uso do solo, as construções e o desenvolvimento urbano, objetivando o melhoramento

das condições de vida coletiva, sob o aspecto físico-social. Para isto, o Urbanismo prescreve e impõe normas de salubridade, conforto, segurança, funcionalidade e estética para a cidade e suas adjacências, ordenando desde o traçado urbano, as obras públicas, até as edificações particulares que vão compor o agregado humano. Tais limitações atingem precipuamente a habitação, e é natural que isto ocorra, porque a casa é a semente da povoação. Quem constrói a casa está construindo a cidade. Mas a cidade não é do proprietário da casa; é de todos. E, sendo de todos, há de predominar, na sua ordenação, o interesse da coletividade sobre o particular” (obra citada, pág. 96).

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 31 de agosto de 1999.

Eder Graf,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.018173-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Sérgio Paladino

Tutela antecipada. Ação de cobrança. Autarquia estadual. Aplicação do art. 10 da Lei n. 9.469, de 10/7/97. Recurso desprovido.

“Aplica-se às autarquias e fundações públicas o disposto nos arts. 188 e 475, caput, e no seu inciso II, do Código de Processo Civil” (art. 10 da Lei n. 9.469/97).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.018173-9, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho), em que são agravantes Irmandade do Senhor Jesus dos Passos e Hospital de Caridade e agravado o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina — Ipesc:

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

Custas na forma da lei.

Irresignados com a decisão que negou a antecipação da tutela requerida nos autos da ação de cobrança que movem contra o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina — Ipesc, Irmandade do Senhor Jesus dos Passos e Hospital de Caridade interpuseram agravo de instrumento, pretendendo a sua reforma, bem como a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Em suas razões alegam que o Magistrado denegou a antecipação da tutela antes de analisar os requisitos do periculum in mora e do fumus boni iuris, à consideração de que inaplicável o art. 273 do CPC; que as decisões proferidas contra autarquia não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, a teor da Súmula 620 do STF e a Súmula 34 do TFR.

Negado o efeito suspensivo, o agravado deixou transcorrer in albis o prazo para apresentar contraminuta.

Os autos foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, pela qual se manifestou o Dr. José

Antônio Salvadori pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Trata-se de ação ordinária por meio da qual pretendem os agravantes a condenação do Ipesc ao pagamento dos serviços prestados nos meses de julho de 1998 e subsequentes.

Com fulcro principalmente no art. 475, II, do Código de Processo Civil, o Dr. Juiz de Direito indeferiu pedido de que trata o art. 273 do mesmo diploma, ao argumento de que a antecipação da tutela nada mais é do que o adiantamento da prestação jurisdicional, carecendo, por isso, a sua execução, quando proferida contra o Estado, do reexame obrigatório.

Acrescentou, com sobradas razões, que se a sentença definitiva, com a instrução completa, está sujeita ao reexame, não poderá fugir à exigência a sentença provisória, baseada apenas em juízo de verossimilhança.

Concluiu, por isso, o Magistrado, modificando anterior orientação, pelo descabimento da concessão de tutela antecipada contra o Ipesc (autarquia).

Correta, sem dúvida, a colocação.

Com efeito, até por uma questão de lógica não há como se admitir a concessão de tutela antecipada contra a autarquia estadual, se a sentença definitiva, antecedida do contraditório e da ampla defesa, inexistentes na medida pleiteada, só terá eficácia após o reexame necessário.

Assim, se a exigência alcança a sentença, ato decisório de maior relevo, é curial que outros atos judiciais, de

menor porte, ainda que reversíveis, não sejam imunes a ela.

A exeqüibilidade, pois, da tutela antecipatória contra a autarquia estadual encontra óbice no art. 10 da Lei n. 9.469/97, que diz:

“Art. 10. Aplica-se às autarquias e fundações públicas o disposto nos arts. 188 e 475, caput, e no seu inciso II, do Código de Processo Civil”.

Assim:

“A natureza jurídica da antecipação da tutela é de decisão de mérito provisoriamente exeqüível, colidindo com o art. 475 do CPC, que determina o reexame necessário das decisões proferidas contra as pessoas jurídicas de direito público. A supremacia do interesse público sobrepuja o particular” (Paula, Alexandre de, Código de Processo Civil Anotado, vol. 2, 7ª ed. rev. e atual., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, pág. 1.363).

Além disso, as Súmulas invocadas pelos agravantes foram revogadas pela mencionada lei, não tendo mais aplicação.

No mesmo diapasão os diversos precedentes colacionados pelo Dr. Procurador de Justiça, em seu parecer, confortam o despacho agravado.

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 31 de agosto de 1999.

Eder Graf,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 99.003314-7, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Agravo de instrumento. Ação de reintegração em cargo público. Competência. Réu, pessoa jurídica de direito público interno. Aplicação dos arts. 94, caput, e 100, IV, a, do CPC. Recurso provido.

O Estado não dispõe de foro privilegiado, sujeitando-se às normas comuns da competência territorial; logo, será demandado no foro em que se situa sua sede.

Terá, contudo, juízo privativo, se assim estabelecer a lei que trata da divisão e organização judiciárias.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 99.003314-7, da comarca de Chapecó (Vara da Fazenda, Família, Infância e Juventude), em que é agravante o Estado de Santa Catarina e agravada Márcia Eliane Colombi:

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

Sem custas.

O Estado de Santa Catarina não se conformou com a decisão que rejeitou a exceção de incompetência que opôs nos autos da ação de reintegração em cargo público contra si intentada por Márcia Eliane Colombi e interpôs agravo de instrumento, objetivando a sua reforma, bem como a suspensão de seus efeitos.

Alega o agravante que o foro competente para processar e julgar as ações em que for autor, réu, assistente ou oponente é o da comarca da Capital — Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — a teor do disposto no art. 91 do CPC e art. 83 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina.

Sustenta, ainda, que a demanda versa sobre direito pessoal, circunstância que só reforça o entendimento consoante o qual a competência para processar e julgar o feito é do foro da sede do réu (art. 94 do CPC), ou seja, a Capital do Estado.

Indeferido o pedido de suspensão, foram solicitadas informações ao Magistrado e ordenada a intimação da agravada para contraminutar.

A contraminuta foi apresentada tempestivamente e as informações prestadas às fls. 58.

Instada a manifestar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. José Antônio Salvadori, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

O recurso merece provimento. Com efeito, a ação intentada versa sobre direito pessoal, motivo por que se submete à regra do caput do art. 94 do CPC, no rumo da qual “a ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu”.

É certo que o domicílio do agravante, *rectius*, sede, é a Capital do Estado (art. 35, II, do Código Civil), e por não ter foro privilegiado, mas sim juízo privativo, deve submeter-se às regras gerais de competência, estatuídas no caput do art. 94 e art. 100, IV, alínea a, do CPC.

Em caso análogo, decidiu esta Corte:

“Processual. Competência. Ação de reintegração em função pública, proposta contra o Estado. Aplicação dos arts. 94 e 100, IV, a, do CPC. Recurso provido.

“O Estado, na condição de pessoa jurídica de direito público interno, embora não dispondo de foro privilegiado, submetendo-se, portanto, às regras comuns da competência territorial, não verificada a hipótese de conexão por prejudicialidade (v.g. declaratória tributária em relação à execução fiscal), deverá ser deman-

dado no local de sua sede, ou seja, na Capital do Estado, diante dos preceitos dos arts. 94, 100, IV, a, e 99, do Código de Processo Civil" (AI n. 96.011153-0, de Dionísio Cerqueira, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

No tocante à aplicação do art. 83 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina, veja-se:

"Faculta-se ao Estado, na dependência do que dispuser sua organização judiciária, juízo privativo. Foro privilegiado é exclusivo da União. Assim, em Santa Catarina, nas causas em que for réu o Estado, competente é o foro da Capital (CDOJESC, art. 83)" (AI n. 7.631, de Joaçaba, rel. Des. Xavier Vieira).

Assim, rege a competência, no caso concreto, o preceituado nos arts. 94, caput, e 100, IV, alínea a, do CPC, ou seja, o réu deve ser demandado no foro do local de sua sede — Vara da Fazenda Pública da Capital.

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi.

Florianópolis, 31 de agosto de 1999.

Eder Graf,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.005342-0, DE JOINVILLE

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Agravo de instrumento — Descumprimento do artigo 526 do Código de Processo Civil — Irrelevância — Ação de anulação de ato jurídico — Demonstração de fato constitutivo do direito do autor da demanda — Ônus da prova que lhe incumbe — Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.005342-0, da comarca de Joinville, em que é agravante Koerich Malhas Ltda. e agravados Ana Maria Pereira Perini Zendron e outros:

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

Custas na forma da lei.

Koerich Malhas Ltda. interpôs agravo de instrumento contra a decisão que, em ação de anulação de ato jurídico proposta contra Ana Maria Pereira Perini Zendron, Lourival Zendron e Joinville Factoring Fomento Comercial Ltda., indeferiu o pedido de juntada, por parte dos agravados, dos comprovantes de saque e depósito dos valores constantes na escritura pública de confissão de dívida, bem como de juntada de suas declarações de impos-

to de renda e dos balanços contábeis do mês em que se originou a dívida.

Expõe que a garantia hipotecária constante na escritura de confissão de dívida firmada entre os agravados é nula, pois foi efetuada com o fim único e exclusivo de resguardar os bens dos devedores Ana Maria Pereira Perini Zendron e Lourival Zendron, em detrimento de todos os seus credores.

Alegou que sem a produção da prova requerida não poderá ser demonstrado o consilium fraudis perpetrado pelos agravados.

Por fim, disse que deve ser aplicado ao caso o inciso II do artigo 333 do CPC, e não o primeiro, como entendeu o digno Magistrado de Primeiro Grau.

Sem qualquer pedido de efeito suspensivo à decisão agravada, o agravado Joinville Factoring Fomento Comercial Ltda. rebateu o feito, levantando, como preliminar, o não cumprimento do disposto no artigo 526 do Código de Processo Civil. No mérito, refutou toda a matéria do recurso.

É o relatório.

Inicialmente, afasta-se a preliminar de não cumprimento do art. 526 do CPC, visto que, consoante entendimento desta egrégia Corte de Justiça, referida providência "(...) apenas acarreta ao agravante a inexistência do Juízo de retratação, nada obstando o conhecimento do recurso" (Agravado de Instrumento n. 96.003201-0, da Capital, rel. Des. Amaral e Silva).

Do referido aresto, colhe-se o seguinte excerto doutrinário: "A falta da juntada da cópia do agravo, prevista no art. 526, ou o descumprimento dos requisitos ali estabelecidos, não

acarretará para o agravante consequência outra que obstar ao Juízo de retratação. Não prejudicará a admissibilidade do agravo no Tribunal' (Sérgio Bermudes, A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, 1996, pág. 91)".

Quanto ao mérito, na lide de Primeiro Grau, pretende a agravante a anulação da garantia hipotecária firmada por Ana Maria Pereira Perini Zendron e Lourival Zendron em favor de Joinville Factoring Fomento Comercial Ltda.

Para demonstrar que o ato foi firmado em manifesta fraude de credores, requereu que os agravados Ana Maria Pereira Perini Zendron e Lourival Zendron juntassem o comprovante de saque da importância confessada por escritura pública e que Joinville Factoring Fomento Comercial Ltda. apresentasse o comprovante de seu depósito na conta daqueles, e que todos os três anexassem suas declarações de imposto de renda e o balanço contábil do mês em que foi efetuada a transação.

A agravada Joinville Factoring Fomento Comercial Ltda., ao contestar o feito, negou que o ato tenha sido exteriorizado com a intenção de prejudicar terceiros ou de fraudar a lei, senão vejamos:

"Como último item da exposição dos fatos, pretende a requerente questionar a legalidade do empréstimo, em razão de supor que a requerida Joinville Factoring 'não tem condições de bancar a transação efetuada', concluindo que o mesmo 'não passa de armação para resguardar os bens dos devedores'.

“A requerida Joinville Factoring, quer, de forma veemente, impugnar e repudiar tais afirmações, na medida em que, além de desprovidas de qualquer fundamento, atentam contra a sua dignidade, faltando a requerente com o dever de se conduzir, nos limites do artigo 15 do CPC.

“É importante destacar que a operação realizada é legítima, a requerida tinha disponibilidade dos recursos e efetivamente emprestou-os à Santa Bárbara Indústria e Comércio de Confecções Ltda., com a garantia, não só dos requeridos Lourival e Ana Maria, como também de Umberto Pereira Perini e sua mulher Maria Elisa Cunha Vilhena de Moraes Perini, também proprietários, em condomínio, dos imóveis hipotecados, tudo nos termos da Escritura Pública de Confissão de Dívida com Garantia Hipotecária, lavrada no dia 1º de setembro de 1995 e devidamente registrada no competente Registro de Imóveis, cumprindo ainda salientar que inexistem laços de qualquer natureza entre a Joinville Factoring e Lourival e Ana Maria, como também com relação à Santa Bárbara Ltda., Umberto e Maria Elisa, os demais contratantes, tendo sido o negócio jurídico pactuado, realizado absolutamente dentro dos seus objetivos sociais, sendo absurda, indevida e deselegante a insinuação de que a contratação deu-se com o fim de resguardar os bens dos devedores, ao contrário, o escopo da requerida Joinville Factoring foi o de resguardar o seu direito” (fls. 115/116).

Sabe-se que em lides como a proposta pela agravante deve ser provado cabalmente a má-fé do terceiro adquirente, isto é, a ciência deste da

situação de insolvência dos devedores.

Assim, tem-se que o consilium fraudis é fato constitutivo do direito da agravante e, dessa forma, é todo seu o ônus da prova nesse sentido.

Não há falar em ônus dos agravados, porquanto, como acima transcrito, eles somente negaram os fatos narrados pela agravante, em nenhum momento descreveram outro fato, seja impeditivo, modificativo ou extintivo de seu direito.

Nesse sentido, oportuna a lição de Humberto Theodoro Júnior:

“Cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio.

“Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretensão direito. *Actore non probante absolvitur reus*” (in Curso de Direito Processual Civil, 1995, Forense, 15ª ed., vol. I, págs. 421/422).

Por tais razões, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 21 de outubro de 1999.

*Alcides Aguiar,
Presidente com voto;
Solon d'Eça Neves,
Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.012378-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Vanderlei Romer

Denúnciação da lide — Matéria de interesse exclusivo do denunciante e do denunciado. Ilegitimidade do autor, alheio à relação entre o réu denunciante e o terceiro denunciado, para discutir a admissibilidade da intervenção.

Obrigação de não fazer — Tutela antecipada — Exegese dos arts. 273 e 461 do CPC.

O § 3º do art. 461 do Código de Processo Civil institui medida de natureza cautelar, embutida no próprio processo cognitivo, que não depende de ação autônoma, inconfundível com a tutela antecipada do art. 273, quando se trata do cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.012378-0, da comarca da Capital, em que é agravante Luiz Felipe da Gama Lobo d'Eça, sendo agravado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso relativamente à denúnciação da lide e conhecer do recurso quanto à antecipação de tutela, provendo-o parcialmente.

Custas legais.

I — Relatório

Luiz Felipe da Gama Lobo d'Eça interpôs recurso de agravo de

instrumento contra decisão da Dra. Juíza da Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho da comarca da Capital — 2º Cartório, em ação de reconhecimento de direito c/c determinação de fazer e com pedido de antecipação de tutela, ajuizada contra o Estado de Santa Catarina, expondo na peça recursal que seu objetivo na demanda principal visa o reconhecimento da autoria do projeto arquitetônico da denominada "Via Expressa Sul", parte integrante da Via Expressa de Integração, na área metropolitana de Florianópolis, bem como do seu direito de participar de todo o desenrolar das obras e possíveis alterações em sua concepção original, inclusive para modifi-

cá-las ou vetá-las, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00, em caso de descumprimento.

Ataca a decisão agravada em dois pontos:

a) quando deferiu pedido de denunciação da lide à empresa Proenge e da UFSC — Universidade Federal de Santa Catarina, formulado pelo Estado de Santa Catarina, ao entendimento de que dita decisão não está devidamente fundamentada, como se quer no art. 93, n. IX, da Constituição Federal e porque, pelas disposições do contrato que instrui a ação, não está evidenciado direito de regresso da ré contra as denunciadas, o que afasta as hipóteses de intervenção previstas nos incisos do art. 70 do Código de Processo Civil;

b) quando indeferiu o pedido de antecipação de tutela com base no art. 273 da lei processual vigente, eis que evidente o equívoco do Magistrado a quo, confundindo a hipótese citada com a antecipação de tutela nas obrigações de não fazer, esta regulada pelo art. 461 e §§ do mesmo texto, esclarecendo que a antecipação se refere a um dos pedidos da inicial, qual seja, o de que não haja oposição ao exercício do seu direito de acompanhar a execução da obra e dela participar em eventuais alterações do projeto, o que não se confunde com pleito irreversível de condenação prévia da Fazenda ao fornecimento de dinheiro.

Expondo as razões que, entende, traduzem o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, quer o provimento do recurso, a ele juntando fatta documentação.

Ao agravo foi concedido parcial efeito suspensivo, no que concerne à denunciação da lide (fls. 314/315).

O Estado de Santa Catarina respondeu, apontando para o integral acerto do decisum censurado.

Em parecer da lavra do Dr. Luiz César Medeiros, a douta Procuradoria de Justiça do Estado manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 337).

II — Voto

Não se pode conhecer do recurso na parte em que se volta contra o deferimento da denunciação da lide à Proenge — Projetos e Serviços de Engenharia Ltda. e da UFSC — Universidade Federal de Santa Catarina, e isto pelo simples fato de tratar-se de pedido de intervenção processual feito pelo réu, no escopo de ver-se ressarcido regressivamente, na eventualidade de perder a demanda (art. 70, III, CPC).

Ora, no caso, somente ao demandado é dado postular tal direito de regresso, de sorte que as questões envolvendo a denunciação se restringem a ele e ao denunciado, vedada, nessa relação, a intromissão de quem dela não participa.

É que se tem aí uma relação exclusiva entre o autor e o réu e outra, secundária mas igualmente exclusiva, entre o réu/denunciante e o terceiro denunciado, sem que haja, por conseguinte, relação processual entre o autor principal e aquele (RJTJESP 111/63 e RF 297/242). Como corolário, não detém o autor legitimidade para questionar a conveniência ou a possibilidade jurídica da denunciação, que lhe é alheia.

O segundo ponto do agravo merece solução diversa. A decisão recorrida está calcada na ausência dos requisitos exigidos pelo art. 273 do Código de Processo Civil, mas o § 3º do art. 461, dispondo sobre cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, estabelece a possibilidade de ser antecipada tutela específica quando for relevante o fundamento da demanda e, cumulativamente, houver justificado receio de ineficácia do provimento final.

Na lição de Pinto Ferreira, "Essa tutela específica do art. 461, ou seja, o instituto da tutela específica, não se confunde com o mecanismo de tutela previsto no art. 273, que autoriza o juiz, desde que exista requerimento da parte, a antecipar de forma total ou parcial o efeito da tutela requerida na petição inicial.

"Existe assim uma diferença entre o instituto da tutela específica do art. 461 e a tutela do art. 273. Na tutela específica, recai ela sobre a obrigação de fazer ou não fazer; na antecipação da tutela do art. 273 não se questiona o tipo de obrigação que tem resistência do réu.

"Evidentemente a jurisdição obtém sua finalidade prática quando restaura situação jurídica, assegurando a vontade da lei violada em seu conteúdo. Quando se trata de obrigação de fazer ou não fazer, o objetivo é de que se faça o que ainda não foi feito. O art. 461 consagra assim a tutela específica da obrigação" (Código de Processo Civil Comentado, vol. 2, Editora Saraiva, 1995, pág. 502).

E no dizer de Sérgio Bermudes, "ao permitir que o juiz conceda liminar-

mente a tutela, o § 3º institui medida de natureza cautelar, cuja outorga não depende de ação autônoma. Cuida-se de natureza cautelar, embutida no próprio processo cognitivo, inconfundível com a tutela antecipada do art. 273" (Comentários ao Código de Processo Civil, Pontes de Miranda, atualizado pelo autor citado, 3ª edição, 1997, Editora Forense, tomo V, pág. 78).

Daí a afirmar o digno parecerista ministerial:

"Evidente, assim, a diferença existente entre os dispositivos legais em pauta. Mas, a título de reforço, resta externar que o já mencionado artigo 461, em seu § 3º, exige, somente, para que a tutela antecipatória seja adiantada, que o fundamento da demanda seja relevante (*fumus boni juris*) e haja justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*), não mencionado, o preceito legal, nada a respeito de ocorrer a necessidade de existir, também, prova inequívoca e verossimilhança da alegação".

Volvendo ao caso concreto, a causa atina com o pretenso direito do agravante em ver reconhecida a autoria da obra mencionada, cuja repercussão tem pública notoriedade e, mais precisamente, com seu direito de, na qualidade de autor do projeto, segundo alega ser, elaborado em co-participação com a UFSC, ter assegurado o direito de acompanhar e participar da respectiva execução, suas alterações arquitetônicas e, quiçá, vedando-as, sob pena de cominação de multa diária persuasiva (astreinte).

É evidente que o mérito da matéria não comporta análise e solução

em sede de agravo, já que seu leito natural é o da própria ação principal, mormente quanto a autoria do aludido projeto arquitetônico, as repercussões daí decorrentes e até no que diz com a responsabilidade do Estado em indenizar o agravante por eventual desrespeito ao seu direito autoral.

Todavia, no âmbito cautelar da questão, não vejo como obstar ao dono da obra a realização de alterações no projeto viário em foco, sobretudo quando ditadas pelo poder discricionário da administração pública, diante do interesse social do empreendimento. Não vejo também como se possa, em obra pública, condicioná-la ao interesse subjetivo do profissional que tenha elaborado seu plano original, merecendo que se faça, aí, distinção entre o caráter privatista do art. 18 e parágrafo único, da Lei n. 5.194/66, e o espírito publicista das normas aplicáveis às obras dos entes públicos.

Mas não se pode, em contrapartida, afastar o legítimo interesse, primeiramente moral, de quem se considera titular do projeto ou, noutras palavras, autor da obra e, em segundo lugar, para o resguardo de uma responsabilidade patrimonial que possa advir da mudança feita à revelia da concepção intelectual original.

Parece-me que se tem, sob esta ótica, direito autoral a ser protegido cautelarmente, sob pena de irreversibilidade na hipótese de provimento final da demanda.

Dentro do quadro apontado, voto pelo provimento parcial do recurso, tão-somente para assegurar ao agravante o direito de acesso às informações concernentes à execução da obra e suas alterações arquitetônicas, se as houver, sem que isto obstaculize, restrinja ou dificulte, de qualquer forma, seu regular andamento na forma de como aprover à administração pública.

Para o caso de comprovado descumprimento do preceito, fica estipulada a multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

III — Decisão

Assim, por tais razões, decide a Câmara, acompanhando o voto do Relator, não conhecer do recurso relativamente à denunciação da lide e conhecer do recurso quanto à antecipação da tutela, provendo-o parcialmente.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Sérgio Paladino, e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Luiz César Medeiros.

Florianópolis, 30 de junho de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente para o acórdão;
Vanderlei Romer,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.017434-1, DE LAGUNA**Relator: Des. Vanderlei Romer**

Prisão civil — Ação de depósito derivada de alienação fiduciária — Depositário infiel — Valor do bem ou seu equivalente em dinheiro — Inteligência.

Nada obstante o entendimento jurisprudencial, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, de que nas ações de depósito derivado da alienação fiduciária o valor da coisa, para efeito da mais adequada estimativa do equivalente em dinheiro, é o correspondente ao débito contratual em aberto, e isso porque o autor não tem interesse de exigir mais do que o seu crédito (STJ — 3ª Turma, REsp. n. 6.380—PR, DJU de 4/2/91, pág. 578 e STJ — 4ª Turma, REsp. n. 49.649-7—MG, DJU de 26/9/94, pág. 25.656). Esta solução só tem cabimento quando o valor da dívida, com seus encargos contratuais, seja inferior ao do valor do bem. Sempre que se verificar o contrário (dívida superior ao valor do bem), não se pode exigir o depósito daquela sob a ameaça de prisão, pois relativamente à diferença ter-se-ia prisão por dívida comum, vedada constitucionalmente (art. 5º, LXVII, CF).

Quando necessário, “a ordem de prisão decretada contra depositário infiel que aliena a coisa depositada deve ser suspensa até ser feita a avaliação indireta do bem, para possível depósito do equivalente em dinheiro” (RT 604/109).

I — Relatório

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.017434-1, da comarca de Laguna, em que é agravante Progresso — Indústria e Comércio de Calçados Ltda., sendo agravado Banco Bamerindus do Brasil S/A:

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

Custas legais.

Progresso — Indústria e Comércio de Calçados Ltda. interpôs agravo de instrumento contra decisão do Juízo singular que em autos de busca e apreensão, convertida em ação de depósito, indeferiu o pedido de avaliação indireta dos bens depositados e decretou a prisão civil dos representantes legais da agravante pelo prazo de três meses, como depositários infieis.

Negado o efeito suspensivo, o agravado respondeu, argüindo preclusão em relação a um dos despachos

hostilizados e pedindo o improvimento em relação ao outro.

II — Voto

Da exposição, pouca clara, feita na inicial do recurso, resta evidenciado que são atacadas simultaneamente duas decisões: a que decretou a prisão civil dos depositários ante o não pagamento da dívida, conforme os cálculos já existentes no processo e a que indeferiu o pedido de avaliação indireta dos bens confiados em depósito, sob argumento de que estes, por força de decisão anterior, devem corresponder ao saldo devedor em aberto, com seus encargos.

Relativamente à primeira questão, razão assiste ao agravado, porquanto a matéria envolvendo o quantum da dívida já havia sido objeto de anterior análise judicial, irrecorrida, valendo-se a devedora de pedidos de reconsideração para obter a reversão da decisão, o que torna o presente agravo intempestivo nessa parte, ante a evidente preclusão.

Mas em relação ao outro pedido o recurso procede.

Não se desconhece o entendimento jurisprudencial, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, de que nas ações de depósito derivadas da alienação fiduciária, o valor da coisa, para efeito da mais adequada estimação do equivalente em dinheiro, é o correspondente ao débito contratual em aberto, e isso porque o autor não tem interesse de exigir mais do que o seu crédito (STJ — 3ª Turma, REsp. n. 6.380—PR, DJU 4/2/91, pág. 578 e STJ — 4ª Turma, REsp. n.

49.649-7—MG, DJU 26/9/94, pág. 25.656).

Esse entendimento se justifica sempre que o valor residual do débito contratual, com sua atualização, seja inferior ao valor do bem confiado em depósito. Pagando a dívida, não se justificaria, então, o prosseguimento na execução da sentença de depósito, embrionária daquela.

Agora, adotar-se como regra que, nas ações de depósito derivadas da alienação fiduciária, o equivalente em dinheiro a que se refere o art. 904 do Código de Processo Civil corresponda, sempre, ao valor do débito, é solução que, dependendo do caso concreto, não pode prevalecer.

Basta que o valor do bem seja inferior ao do saldo devedor. Nesta hipótese, depositando a quantia correspondente ao bem objeto do depósito, segundo avaliação direta ou indireta, o depositário se livrará da ameaça de prisão, nada obstante fique responsável pelo remanescente, agora como dívida comum.

Pretender-se de forma diversa (a exigência do débito contratual se superior ao efetivo valor do bem depositado), sob ameaça de prisão, é ferir frontalmente o dispositivo constitucional que veda a prisão por dívida (art. 5º, LXVII, CF), pois esta estaria ocorrendo em relação à diferença entre o valor daquele e o deste.

Como in casu não é possível estabelecer o cotejo desses valores, adota-se o entendimento de “a ordem de prisão decretada contra depositário infiel que aliena a coisa depositada deve ser suspensa até ser feita a avaliação indireta do bem, pa-

ra possível depósito do equivalente em dinheiro” (RT 604/109).

III — Decisão

Por tais razões, decide a Câmara, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para suspender a ordem de prisão até ser feita a avaliação indireta dos bens depositados, para possível depósito do seu equivalente em dinheiro.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik.

Florianópolis, 13 de maio de 1999.

Anselmo Cerello,
Presidente com voto;
Vanderlei Romer,
Relator.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS AO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO CÍVEL N. 98.015329-8, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Embargos de declaração. Acórdão que, acolhendo prefacial de cerceamento de defesa, anula o processo a partir da citação. Alegadas omissão e obscuridade quanto aos fundamentos de fato e de direito. Pretendido prequestionamento. Recurso desprovido.

O silêncio do órgão judicial acerca de matéria cuja apreciação seja incompatível com a decisão não configura omissão.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Opostos pelo Banco do Brasil S/A ao acórdão da Apelação Cível n. 98.015329-8, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara), em que é apelante

Emcata — Agro Industrial Ltda. e apelado Banco do Brasil S/A:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

O Banco do Brasil S/A opôs embargos de declaração ao acórdão proferido nestes autos de Apelação Cível — que acolheu a prefacial de cerceamento de defesa e anulou o processo a partir da citação — acoimando-o de omissivo e obscuro quanto aos fundamentos de fato e de direito, sustentando, outrossim, que não se manifestou acerca da revogação expressa do art. 41 do Decreto-Lei n. 413/69, considerando o comando contido no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. Aduzindo que o recurso tem em mira o prequestionamento com vistas à interposição de recurso para tribunal superior, postulou, alternativamente, que se lhe atribua efeito infringente, a fim de que se modifique a decisão, ou que se proceda ao explícito exame das questões cujo prequestionamento almeja.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, não configura qualquer dos vícios apontados “o silêncio do órgão judicial sobre matéria cuja apreciação seria incompatível com a decisão tomada” — di-lo José Carlos Barbosa Moreira (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 541).

Ora, esposando o entendimento de que o art. 41 do Decreto-Lei n. 413/69 foi alterado pela disciplina normativa estabelecida no Livro II do Código de Processo Civil de 1973, que fixou em 10 (dez) dias o prazo para embargar as execuções

fundadas em cédulas de crédito industrial (art. 738), no rastro da jurisprudência predominante nos tribunais, capitaneados pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp. n. 23.848-5—RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo), o acórdão anulou o processo a partir da citação, tornando-se, ipso facto, com a sua conclusão incompatível o pronunciamento sobre questões relativas ao mérito.

Igualmente não procede o reclamo no que pertine à ausência de manifestação acerca da revogação expressa do art. 41 do Decreto-Lei n. 413/69 ante o comando do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, haja vista que não ocorreu.

O acórdão embargado aplicou ao caso concreto a orientação predominante na Corte incumbida pela Constituição Federal de uniformizar a interpretação da lei federal, havendo a exegeta autorizada a emitir a derradeira palavra acerca do sentido do preceito assentado que, “no confronto da execução regida por lei especial com o modelo disciplinado posteriormente em legislação codificada, impõe-se exegese sistemática, afastando daquela o que conflita e não se harmoniza com as normas do código” (excerto extraído do voto do Ministro relator, que por sua vez refere precedente de sua lavra — REsp. n. 22.486-3—GO, julgado em 2/6/92 e publicado no DJU de 29/6/92).

Destarte, não se ressentindo o acórdão de qualquer dos vícios que lhe foram assacados, impõe-se o desprovemento dos embargos.

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Dr. Cesar Abreu.

Florianópolis, 10 de junho de 1999.

Gaspar Rubik,
Presidente com voto;
Sérgio Paladino,
Relator.

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 98.012866-8, DA CAPITAL

Relator: Des. Trindade dos Santos

Embargos infringentes. Voto vencido que não guarda qualquer consonância com a matéria discutida em grau de apelo e com o teor do acórdão embargado. Pretensão de prevalência do voto vencido, não para tornar imperativo o seu conteúdo, mas para rediscutir toda a matéria recursal rejeitada. Impossibilidade. Desprovidimento.

Os limites dos embargos infringentes encontram limites no próprio teor do voto vencido e que se pretende ver prevalecer sob o entendimento majoritário. Escapam de seus contornos, em assim sendo, matérias devidamente equacionadas e que não se inserem no âmbito do voto vencido, seja porque foram refutadas por unanimidade, seja porque não integraram a insurgência apelatória rejeitada.

De outro lado, se a matéria que motivou o acórdão censurado é estranha ao recurso de apelação desprovido, inadmissível é que se empreste, por enfoque não alegado em grau recursal e que, portanto, extrapola os termos do próprio julgamento, prevalência ao voto vencido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes | *n. 98.012866-8, da comarca da Capital, em que são embargantes Pedrita —*

Planejamento e Construção Ltda. e Paulo Gil Alves, sendo embargada Dibens Leasing S/A Arrendamento Mercantil:

ACORDAM, em Primeiro Grupo de Câmaras, por votação unânime, rejeitar os embargos.

Custas legais.

Pedrita — Planejamento e Construção Ltda. e Paulo Gil Alves ingressaram com embargos infringentes, buscando impor a prevalência do voto discrepante proferido quando do julgamento da Apelação Cível n. 97.007189-2, da comarca da Capital, que, por maioria de votos, confirmou o decisum monocrático prolatado na ação de reintegração de posse contra eles intentada pela embargada Dibens Leasing S/A Arrendamento Mercantil.

Alicerçados no voto divergente, sustentam os embargantes a nulidade do ajuste de leasing firmado, haja vista que, em verdade, representa, na essência, um contrato de mútuo, postulando, alternativamente, a redução da taxa de juros para 12% anuais, a não-incidência da capitalização de juros ou, alternativamente, a permanência dos bens lisados em seu poder, de vez que essenciais para o desenvolvimento de suas atividades e, conseqüentemente, para a vida de seus 160 empregados.

Requereram o acolhimento dos embargos em questão, para que, tornado prevalente o voto vencido, seja provido o recurso de apelação rejeitado.

Intimada, a embargada compareceu no feito, sustentando, inicialmente, o desvirtuamento dos presentes embargos de infringência, posto que os embargantes argüiram matéria estranha ao conteúdo do voto vencido que querem fazer prevalecer, pugnando, no arremate, pela confirmação da decisão majoritária.

É o relatório.

Improsperáveis os presentes embargos de divergência, impondo-se a prevalência, em decorrência, do v. acórdão vergastado.

Consigne-se, por primeiro, que os embargantes agitam, na insurgência manifestada, matérias que refogem ao âmbito do voto divergente, cujo comando querem fazer imperar, de forma a que se reforme o acórdão impugnado.

Esse voto divergente, da lavra do eminente Des. Carlos Prudêncio, porta a seguinte ementa:

“Ação de reintegração de posse — Contrato de leasing — Ação declaratória c/c consignação em pagamento em andamento — Bem imprescindível ao desempenho da atividade da empresa arrendatária — Possibilidade de permanência em poder desta, investida nas responsabilidades de depositária — Recurso provido.

“Sendo o bem imprescindível ao desempenho do trabalho da devedora, cujo desapossamento, por força de liminar em ação de reintegração de posse, venha a acarretar a paralisação de suas atividades e, conseqüentemente, prejuízos, pode então permanecer em suas mãos, mediante advertência das

responsabilidades inerentes ao encargo de depositária.

“Ademais, encontrando-se em litígio o contrato celebrado entre as partes, através do qual se determinará se há inadimplemento ou não, deve o banco arrendador aguardar o seu desfecho para, daí sim, buscar seu direito através da ação possessória”.

Destarte, nos termos do voto vencido, os embargos infringentes somente poderiam, acaso procedentes, fazer prevalecer o entendimento quanto à essencialidade do bem lisado para o prosseguimento das atividades econômicas desenvolvidas pelos embargantes, ou então o de que, havendo litígio instaurado entre os litigantes, acerca do contrato estipulado, no qual se determinaria, então, a existência ou não de inadimplemento da parte devedora, a embargada somente poderia buscar a recuperação do bem, via possessória, após equacionado o litígio revisório.

Do voto divergente, entretanto, há que se excluir a parte referente à obrigatoriedade de se aguardar o desfecho do litígio revisional instaurado, com a definição ou não da inadimplência da devedora, para, somente após, ter-se como legítima a pretensão possessória da arrendante.

Isso porquanto, a par de não ter sido tal tema objeto de discussão entre as partes, inexistente prova ou alegação nos autos quanto a haverem os embargantes, precedentemente ao feito possessório instaurado pela embargada, aforado qualquer ação com o propósito de discutir as cláusulas contratuais avençadas.

De outro lado, a par da discussão acerca da essencialidade do bem

arrendado para o prosseguimento das atividades dos embargantes, agitaram eles, como já exposto, matérias novas e que não foram objeto do voto divergente, como, por exemplo, a nulidade do contrato de arrendamento mercantil ajustado, a extrapolação dos juros convencionados aos limites constitucionalmente previstos, a revogação da Lei n. 4.595/94 e a existência de vedação legal acerca da capitalização de juros.

Conquanto não caiba qualquer discussão a respeito nestes embargos divergenciais, sob pena de conferir-se a tal espécie recursal uma amplitude que não lhe é emprestada pela lei, não é demais deixar-se ressaltado que:

“Em matéria de leasing, uma vez demonstrado o descumprimento das obrigações assumidas pelo arrendatário, constituído em mora através de notificação expedida por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, é facultado à arrendante pleitear sua reintegração na posse do bem objeto do contrato.

“A discussão a respeito das cláusulas contratuais relativas aos juros e aos índices de correção monetária adotados não tem cabimento no âmbito estreito da ação de reintegração de posse” (Ap. Cív. ns. 97.006225-7 e 97.006777-1, rel. Des. Eder Graf).

“Arrendamento mercantil — Mora provada — Pedido restrito à reintegração na posse — Discussão acerca do saldo devedor ou do valor da prestação — Inadmissibilidade — Recurso provido.

“No contrato de arrendamento mercantil, provada a mora e restrito o

pedido à reintegração na posse, não é admissível discussão acerca do saldo devedor ou do valor da prestação" (Ap. Cív. n. 97.007189-2, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto).

O inarredável, contudo, insistimos, é que não há lugar, nestes embargos, para qualquer discussão a respeito dessas circunstâncias, posto não estarem elas inseridas no âmbito do voto dissonante.

E sabe-se que:

É de clareza meridiana o nosso Código de Processo Civil, ao estatuir, em seu art. 530, segunda parte, que, nos embargos infringentes:

"Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência".

Assim, conforme a ensinança de Sérgio Sahione Fadel:

"Nos embargos, não são admissíveis proposições de fato, novas ou não prequestionadas no processo. E devem limitar-se ao ponto objeto da discordância entre os julgadores: por isso é que o texto diz que, se o desacordo for parcial, apenas nessa parte será o aresto embargável".

Linhas após, assinala o erudito autor:

"Não poderá o embargante pretender reviver nos embargos a matéria de sua apelação, que visava à procedência ou improcedência da ação, porque quanto a ela ficou vencido unanimemente (cf. Súmula 354 do STF)" (Código de Processo Civil Comentado, 1975, 3ª ed., José Konfino Editor, tomo III, pág. 165).

Não é por outra razão que o cultor Sérgio Bermudes observa:

"Os embargos devem limitar-se, exclusivamente, à controvérsia. Em outras palavras, nos embargos se há de pleitear a adoção do voto vencido, nos termos em que foi formulado" (Comentários ao Código de Processo Civil, Revista dos Tribunais, 1975, vol. VII, pág. 188).

Na mesma esteira, tem dito o colendo Superior Tribunal de Justiça:

"O julgamento dos embargos infringentes está restrito ao tema da divergência, não se lhe podendo acoi-mar de nulo por não apreciar questões omitidas no julgamento da apelação, do qual não foram oferecidos embargos de declaração" (REsp. 87.883-RJ, rel. Min. Ruy Rosado, DJU de 17/6/96, pág. 21.497).

Ou:

"Se os embargos excedem o limite do voto vencido, seu conhecimento deve ser limitado ao alcance deste, de acordo com o princípio: *utile per inutile non vitiatur*" (RSTJ 87/67).

Ainda:

"Por imperativo do art. 530 do CPC, são os embargos infringentes restritos à matéria objeto da divergência. Não pode o julgador ampliar o seu alcance, dilargando além das barras" (RTJES 36/124).

Desta Corte, destaque-se:

"Embargos infringentes. Matéria recursal limitada a divergência. Em sede de embargos infringentes não se pode discutir matéria que não foi objeto de divergência no acórdão embargado" (Embargos Infringentes n. 205, de Itajaí, rel. Des. Nestor Silveira).

Restrita, pois, a abrangência da modalidade recursal sob enfoque ao

tema “essencialidade” do bem arrendado para a continuidade das atividades dos embargantes, é de se refutar, por igual, essa essencialidade, negando, nesse aspecto, a prevalência que se pretende atribuir ao voto vencido.

Ocorre que, a par de não ter sido provada essa essencialidade, nem ao menos foi ela invocada pelos embargantes, seja na contestação ofertada, seja em grau apelatório, apesar de reconhecida, de ofício, pelo voto propiciador do aforamento deste recurso.

Todavia, ainda que alegada essa essencialidade, não haveria como acolhê-la, posto que não provada a circunstância e nem ao menos dedutível ela da natureza dos bens, estes de fácil remoção, conservação e substituição.

E não há como se olvidar que, a fim de valer-se da benesse assim criada pela jurisprudência pátria, por óbvio é que, em se tratando de solução provisória excepcional, de cunho eminentemente social, impõe-se que a parte devedora a comprove, de forma satisfatória, nos autos, não se podendo erigir à alçada de tal prova as meras afirmativas da arrendatária, despidas de qualquer adinículo comprobatório, ou as simples induções que possam ser geradas pela atividade social a que se dedica ela.

In casu, como já exposto, os recorrentes não produziram a mínima prova a respeito, limitada essa comprovação às simples assertivas constantes do voto vencido, o que, por si só, não se traduz por verossimilhança da questionada essencialidade.

Mesmo porque, enfatize-se que:

“Existe uma diferença enorme entre pesadas máquinas — indispensáveis ao regular funcionamento de empresa industrial e que precisam de manutenção adequada e constante — e dois caminhões de um comércio de material de construção, cujo eventual transporte pode perfeitamente ser feito por terceiros” (Ap. Cív. n. 96.000670-2, rel. Des. Eder Graf).

Como tem dito este Pretório:

“Quando o bem objeto do contrato de arrendamento mercantil for essencial à continuidade do trabalho da empresa devedora, de modo que a apreensão significa a paralisação de sua atividade produtiva, em prejuízo dos credores e empregados e com risco de quebra, é aconselhável que o maquinário permaneça em poder do devedor, investido nas responsabilidades de depositário, até que ocorra a sua alienação definitiva” (AI n. 10.504, de Taió, rel. Des. Eder Graf).

“Considerando que o trabalho exercido pela agravante depende diretamente do maquinário objeto da reintegração, é de se aplicar na hipótese de leasing o mesmo entendimento jurisprudencial concernente à alienação fiduciária, que viabiliza a manutenção do bem na posse da empresa devedora, sempre que representar equipamento necessário ao desempenho da atividade empresarial, de maneira que sua remoção acarretaria prejuízos incontornáveis” (AI n. 10.506, de Timbó, rel. Des. Orli Rodrigues).

Ainda:

“Agravado de instrumento. Ação de reintegração de posse. Arrendamento mercantil. Liminar. Pressupostos presentes. Alegação de ser o bem imprescindível para a continuidade dos negócios da empresa. Inocorrência. Entendimento jurisprudencial que, por afetar o direito de propriedade do credor, somente deve ser adotado em hipóteses excepcionais. Recurso desprovido” (AI n. 96.002224-4, de Brusque, rel. Des. Paulo Gallotti).

“Alienação fiduciária — Busca e apreensão — Decisão que permitiu ficasse o bem em mãos do devedor, investido nas responsabilidades de depositário — Excepcionalidade.

“A jurisprudência, em determinadas situações, tem admitido a permanência do bem alienado fiduciariamente em mãos do devedor, investido nas responsabilidades de depositário, enquanto tramita o processo, desde que se trate de pesadas máquinas fixadas no solo, carentes de constante manutenção, cuja retirada seja extremamente difícil e ainda gere crise e desemprego, dado o caráter vital ao regular funcionamento da empresa.

“A se permitir que, ausentes tais pressupostos, os bens permaneçam com o devedor fiduciário, estar-se-ia desvirtuando o instituto da alienação fiduciária e transformando a excepcionalíssima hipótese em regra geral, ensejando a insegurança jurídica dos contratos desta espécie e implantan-

do-se um regime de alternatividade do direito que a ninguém convém” (AI n. 96.004892-8, de Brusque).

Da mesma forma acentuamos, no acórdão referente ao Agravo de Instrumento n. 97.013216-6, de São José:

“Somente em hipóteses excepcionais, quando o bem arrendado for imprescindível à continuidade dos negócios da empresa comercial devedora, é que o bem poderá ser mantido sob a sua guarda. Tratando-se de medida que afeta visceralmente o direito dominial do credor, essa indispensabilidade há que ser provada cabalmente, incumbindo à devedora a prova esmerada a respeito”.

Nega-se, pelo exposto, provimento aos embargos infringentes em tela!

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello, dele participando, igualmente com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio, Gaspar Rubik, Newton Trisotto, Orli Rodrigues, Sérgio Paladino e Vanderlei Romer.

Florianópolis, 12 de maio de 1999.

Xavier Vieira,
Presidente para o acórdão;
Trindade dos Santos,
Relator.

AGRAVO NA APELAÇÃO CÍVEL

AGRAVO NA APELAÇÃO CÍVEL N. 99.004010-0, DE LAGUNA

Relator: Des. Eder Graf

Apelação cível — Ausência de pressuposto de admissibilidade — Seguimento negado — Agravo (CPC, art. 557, § 1º) — Momento do preparo — Comprovação no ato da interposição do recurso — Necessidade — Art. 511 do CPC — Deserção caracterizada — Recurso desprovido.

“I — O preparo do recurso deve ser comprovado quando da interposição do recurso, pena de preclusão, nos termos do art. 511, CPC, na redação dada pela Lei n. 8.950/94, não servindo como obstáculo o fechamento dos bancos ocorrer em horário mais cedo que o encerramento do expediente forense.

“II — Tendo o recorrente antecipado o termo final do prazo recursal, opera-se o princípio da consumação do prazo, a impedir a prática posterior de qualquer ato próprio do recurso” (STJ).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo na apelação cível n. 99.004010-0, da comarca de Laguna (2ª Vara/Fazenda Pública), em que é agravante Zilmar Indústria e Comércio de Arroz S/A, sendo agravada Ana Maria da Silva Teixeira:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

Inconformada com a decisão do relator que negou seguimento à Apelação Cível n. 99.004010-0 por intempestiva, Zilmar Indústria e Comércio de Arroz S/A interpôs o presente agravo (CPC, art. 557, § 1º), sustentando que houve excesso de rigor formal na apreciação dos pressupostos de admissibilidade do recurso, porquanto sua interposição ocorreu muito tempo antes do

dies ad quem do prazo recursal e a autenticação bancária na GRJR data de apenas um dia após a do protocolo do apelo.

É o relatório.

A argumentação expendida pela agravante no presente recurso não merece guarida.

Isso porque, conforme restou consignado na decisão recorrida, a nova redação dada pela Lei n. 9.756/98 ao art. 511 do CPC exige que o recorrente comprove o recolhimento do preparo no ato de interposição do recurso, razão pela qual esta Corte, acompanhando a iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, vem sistematicamente negando seguimento aos recursos que inobservaram referido pressuposto de admissibilidade recursal, como ocorreu no caso sub examine.

A respeito, Clito Fornaciari Júnior ensina:

“O preparo consiste no pagamento das custas devidas à justiça, bem como das despesas para a remessa e retorno dos autos, visando a possibilitar o conhecimento do recurso. Deve ser comprovado esse recolhimento no ato de interposição do remédio recursal e não no seu prazo, de maneira que com a protocolização do recurso dá-se a preclusão consumativa para o preparo: não tendo sido ele demonstrado, o recurso não deverá ser remetido ao órgão ad quem; (...)” (A Reforma Processual Civil, Saraiva, 1996, pág. 93).

Por seu turno, Francisco Arno Vaz da Cunha leciona:

“Alerta especial para a nova norma que exige comprovação do res-

pectivo preparo, quando do ato de interposição do recurso, sob pena de deserção. Agora cabe ao advogado do recorrente diligenciar para efetivar o pagamento de todas as despesas processuais decorrentes do recurso, inclusive o porte de retorno dos autos, antes da sua interposição, para poder comprová-lo no momento da sua protocolização. Caso não o faça, incorrerá o recorrente em pena de deserção (...)” (Alterações no Código de Processo Civil, 2ª ed., Advogado, 1995, pág. 81).

E J. J. Calmon de Passos arre-mata:

“O art. 511, com incidência em todos os casos de recurso, impõe ao recorrente que comprove, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção. Livramo-nos também de outra dor de cabeça. O preparo não é a posteriori, e sim prévio. Paga-se o preparo e com a prova desse pagamento se protocolará a petição de recurso. As surpresas das deserções nebulosas vão desaparecer. Menos uma oportunidade de manipulação cartorária. Pede-se guia para pagamento e com o comprovante respectivo instrui-se a petição de recurso. É um pressuposto de admissibilidade, ainda, mas sua verificação e atendimento obedece à nova sistemática” (Inovações no Código de Processo Civil, 2ª ed., pág. 119).

Na mesma ordem de idéias, com o escopo de exaurir a matéria em tela e elucidar esta algaravia processual, o posicionamento do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira é curial:

“Processual civil. Preparo. Momento. Comprovação quando da interposição. Art. 511, CPC. Princípio da

consumação. Deserção. Precedentes do Tribunal. Orientação da Corte Especial. Recurso desacolhido.

“I — O preparo do recurso deve ser comprovado quando da interposição do recurso, pena de preclusão, nos termos do art. 511, CPC, na redação dada pela Lei n. 8.950/94, não servindo como obstáculo o fechamento dos bancos ocorrer em horário mais cedo que o encerramento do expediente forense.

“II — Tendo o recorrente antecipado o termo final do prazo recursal, opera-se o princípio da consumação do prazo, a impedir a prática posterior de qualquer ato próprio do recurso” (STJ, REsp. n. 141.794/SP, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 10/11/97).

Colhe-se do corpo do aresto o excerto que segue:

“O art. 511 do Código de Processo Civil, consoante sua nova redação, dada pela Lei n. 8.950/94, dispõe que, no ato da interposição do recurso, deve o recorrente comprovar, quando devido, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, pena de deserção.

“Expressa, como se vê da lei, é a regra de que impõe a demonstração do pagamento do preparo quando da interposição do recurso, entendimento que se harmoniza com os objetivos pretendidos pela ‘Reforma processual’ em curso, de agilizar os procedimentos, evitando os incidentes que o preparo posterior pode ensejar, inclusive com o oferecimento de recursos. Ademais, é de assinalar-se que não há prazo no Código para o preparo e sim para a interposição dos recursos, que tem como um dos pressupostos de admissibilidade o preparo.

“Nessa direção, aliás, a lição de Humberto Theodoro Júnior (As Inovações do Código de Processo Civil, Forense, 1995, n. 17, pág. 22):

‘Duas novidades foram instituídas pela Lei n. 8.950, de 1994:

‘a) o preparo (depósito das custas e do porte de retorno) deve ser feito previamente, de modo que o comprovante haverá de ser juntado à própria petição do recurso, quando a legislação pertinente impuser ao recorrente tais encargos’.

“Outra não é a lição de Nelson Nery Júnior, em Atualidades sobre o Processo Civil, RT, 1995, n. 33, pág. 83.

“Ademais, tal diretriz se afina com o princípio consumativo dos recursos, segundo o qual uma vez exercido o direito de recorrer se opera a preclusão para a prática de qualquer ato relacionado com a interposição do recurso.

“Assim, manifestado um recurso no terceiro dia do prazo, restando ainda dois dias, nenhum adendo se pode fazer em regra, nem mesmo efetuar o depósito das despesas necessárias que deveria ter acompanhado a petição de interposição. A parte, ao adiantar-se na interposição, consumou o seu direito de recorrer, antecipando o termo final do prazo recursal.

“O mesmo Nelson Nery Jr., ao analisar o mencionado princípio consumativo, antes da ‘Reforma’, já assinalava:

‘O nosso código estabelece como e quando pode ser interposto um recurso. Passada a oportunidade, haverá preclusão quanto à impugnabilidade do ato judicial. No sistema do có-

digo revogado, a parte poderia variar de recurso, desde que o fizesse dentro ainda do prazo de interposição (art. 809, CPC/39). Esse princípio da variabilidade não foi repetido no código atual. Impõe-se a pergunta: seria compatível com a nova sistemática processual, a exemplo do que ocorre com o princípio da fungibilidade?

‘Entendemos que não. Como a variabilidade se configura em exceção ao instituto da preclusão consumativa, deveria constar de texto expresso de lei para que se a permitisse. Isso não acontece na atual sistemática, pois o código não concedeu permissão para evitar-se preclusão recursal consumativa.

‘Esta nos parece ser a regra geral em matéria de recursos: uma vez já exercido o direito de recorrer, consumou-se a oportunidade de fazê-lo, de sorte a impedir que o recorrente torne a impugnar o pronunciamento judicial já impugnado’ (Princípios Fundamentais — Teoria Geral dos Recursos, RT, 2ª ed., 1993, n. 3.11, pág. 356).

“A propósito, ainda, e especificamente em torno do tema após a referida modificação legislativa, doutrina, com sua habitual segurança, Carreira Alvim (Código de Processo Civil Reformado, Del Rey, 2ª ed., 1995, cap. VIII, n. 6, págs. 181/182):

‘Não fosse assim, se o recurso viesse a ser interposto no primeiro dia, não poderia o juiz abrir vista ao recorrido, para contra-razões, enquanto não ultrapassado o 15º dia, mantendo paralisado o processo até o advento do termo ad quem, o que seria contrário à própria índole da reforma. Do mesmo modo, não poderia ser exigido nenhum preparo antes desse termo, já que o re-

corrente teria até o último momento do prazo para fazê-lo, embora já tivesse protocolado seu recurso e, assim, atuado no vazio o art. 511.

‘O que se pretendeu com essa norma foi o oposto disso, qual seja, agilizar o processo, tornando concomitantes a ‘interposição’ do recurso e a ‘comprovação’ do seu preparo, evitando deserções e perda de tempo com o processamento de recursos inviáveis. Se o recorrente quiser, pode recorrer no último dia do prazo, quando comprovará o preparo, mas, se recorrer antes, deverá fazê-lo neste instante, sob pena de deserção’.

“Nesse sentido, acórdão da Segunda Turma, no RMS n. 8.784—MA (j. 6/10/97), da relatoria do Ministro Adhemar Maciel, assim ementado no que interessa:

‘I — Sendo exigido o preparo pela legislação estadual, deve o recorrente apresentar a respectiva guia de recolhimento no ato da interposição do recurso. De nada adianta juntar a guia do preparo após a contraposição do inconformismo, pois, ao interpor recurso, a parte pratica ato processual, pelo qual consuma o seu direito de recorrer e antecipa o dies ad quem do prazo recursal (caso o recurso não tenha sido interposto no último dia do prazo). Por consequência, não pode, posteriormente, ‘complementar’ o recurso, ‘corrigi-lo’, ou ‘aditar-lhe algo’, nem apresentar a guia do recolhimento do preparo, pois já se operou a preclusão consumativa. Inteligência do art. 511 do CPC. Precedentes do STJ e do TST: REsp. n. 120.764—PR, Ag. n. 93.904/RJ e RR n. 6.232/83’.

“E assim vem decidindo também esta 4ª Turma.

“É de anotar-se, ainda, que recentemente a Corte Especial deste Tribunal prestigiou a tese da necessidade de demonstração do preparo no ato da interposição do recurso, não servindo como obstáculo nem mesmo o fechamento do banco encarregado de receber os depósitos judiciais, o que se deu no REsp. n. 105.669—RS (j. 16/4/97, DJ de 3/11/97), de que foi relator o Ministro Menezes Direito, com esta ementa:

‘Deserção. Prazo para o recolhimento das custas. Apelação cível.

‘1. A nova redação do artigo 511 do Código de Processo Civil é muito clara ao determinar que o recorrente comprovará no ato de interposição do recurso o respectivo preparo. Concretamente, o recurso preparado após a interposição, ainda que dentro do prazo recursal, deve ser considerado deserto, eis que assim impõe a parte final do mesmo artigo.

‘2. Recurso especial conhecido pela alínea c, mas improvido’.

Ad argumentandum tantum, vale aditar ainda da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Segundo orientação da Corte Especial (REsp. ns. 105.669/RS e 135.612/DF), o preparo deve ser comprovado quando da interposição do recurso, pena de preclusão, nos termos do art. 511, CPC. Eventual justificativa deve ser apresentada até aquele momento’ (REsp. n. 151362/ Zveiter)” (AGA n. 220.262/PR, Min. Humberto Gomes de Barros, j. 11/5/99).

Refere-se ainda por amostragem: REsp. n. 108.633/AC, Min. Barros Monteiro, j. 11/5/99; REsp. n. 184.635/ES, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 6/5/99; REsp. n.

178.190/SP, Min. Eduardo Ribeiro, j. 27/4/99; dentre muitos outros.

No mesmo diapasão este Tribunal fixou recentemente:

“Apelação cível — preparo imediato — art. 511 do CPC, com redação da Lei n. 8.950/94.

“A nova redação do art. 511 do CPC impõe a decretação da deserção do recurso preparado no dia subsequente ao de sua protocolização, mesmo que ainda dentro do prazo recursal” (Ap. Cív. n. 98.014273-3, de Criciúma, j. 9/3/99).

Ainda:

“Recurso — Preparo intempestivo — Deserção.

“Não se conhece de recurso preparado somente no dia seguinte ao da interposição” (Ap. Cív. n. 96.007864-9, de Trombudo Central, Des. Newton Trisotto, j. 26/11/96).

Ou mais:

“Não se conhece de recurso preparado somente dias após a sua interposição, mesmo se ainda não esgotado o prazo recursal” (CPC, art. 511; Lei n. 8.950/94)” (Ap. Cív. n. 51.398, de Lages, Des. Newton Trisotto, j. 19/6/97).

Extrai-se do acórdão supracitado:

“A respeito, Nelson Nery Júnior preleciona:

‘Em boa hora o legislador da reforma modificou o sistema do preparo dos recursos civis, inspirando-se no processo do trabalho, onde o sistema funciona de forma bem mais racional.

‘A principal conseqüência da regra do preparo imediato é relativa à época em que deve ser efetivado. O

momento para a prática do ato processual 'preparo' é coincidente com o da interposição do recurso. Trata-se de ato complexo, composto pela interposição do recurso e pela efetivação do preparo. Os dois atos têm de ser praticados simultaneamente, isto é, no mesmo momento processual. Caso isto não ocorra, a parte que praticou apenas um deles ficará impedida de praticar o outro, por haver ocorrido a preclusão consumativa.

'Essa preclusão é ditada por texto expreso de lei (CPC 511), que exige a comprovação do pagamento do preparo no momento da interposição do recurso.

'Portanto, é vedado ao recorrente interpor recurso de apelação, por exemplo, no quinto dia do prazo, sem haver efetuado o preparo, e juntar a guia do pagamento desse preparo posteriormente, ainda que dentro do prazo de 15 (quinze) dias, descaracterizando a preclusão temporal, a oportunidade para a prática do ato já se consumou, pois a lei prevê seja feito em momento simultâneo, coincidente com o da interposição do recurso: terá ocorrido preclusão consumativa. Com efeito, o entendimento dos que pensam em contrário esbarra em insuperável argumento e raciocínio lógico: depois de interposto o recurso, não há mais prazo para a interposição do recurso, que se encerrou com o ato mesmo da interposição' (Atualidades sobre o processo civil, RT, 2ª ed., 1996, págs. 128 e 129).

"Com ele consoam Sálvio de Figueiredo Teixeira (Código de Processo Civil Anotado, Saraiva, 6ª ed., 1996, pág. 345); Clito Fornaciari Júnior (A reforma processual civil, Saraiva, 1ª ed., 1996, págs. 92 a 95), Antônio Cláudio da

Costa Machado (A reforma do processo civil interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, Saraiva, 1ª ed., 1996, pág. 87); Calmon de Passos (Inovações no Código de Processo Civil, Forense, 2ª ed., 1995, pág. 119); Humberto Theodoro Júnior (As Inovações no Código de Processo Civil, Forense, 2ª ed., 1995, págs. 22 e 23); Ernane Fidélis dos Santos (Manual de direito processual civil, Saraiva, 4ª ed., 1996, vol. 1, pág. 529); Sérgio Bermudes (A Reforma do Código de Processo Civil, Livraria Freitas Bastos, 1ª ed., 1996, pág. 58) e Carreira Alvim (Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual, Livraria Del Rey, 2ª ed., 1996, pág. 225)".

In casu, a agravante confirma expressamente em diversos momentos da peça recursal ter recolhido o preparo no Banco arrecadador um dia após protocolar as razões da apelação, tendo sido juntada aos autos a comprovação do depósito, via GRJR, somente em 29/12/98 (fls. 215v.).

Ora, inexistindo a comprovação do preparo no ato da interposição do recurso, mesmo que antes do dies ad quem do prazo legal, opera-se a preclusão consumativa, sendo inadmissível a juntada posterior da respectiva guia de recolhimento judicial resumida — GRJR.

Quanto à alegação de a agência bancária da comarca de Laguna, responsável pela arrecadação das custas, encerrar seu expediente antes do término das atividades forenses, o que teria impossibilitado a recorrente de recolher e comprovar o preparo no mesmo dia do protocolo, cumpre ressaltar que tal fato não constitui justo impedimento, enquadrável no art. 519 do CPC, para afastar o cumprimento da regra do preparo imediato, motivo pelo

qual não pode ser aceita como forma de se releva a pena de deserção.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio, Ag n. 209.885/RJ, deliberou que “o fechamento das agências bancárias em seu horário habitual, ainda que antes do término do expediente forense, não configura justa causa para legitimar o pagamento do preparo após extinto o prazo recursal, uma vez que não há a imprevisibilidade exigida pelo art. 183, § 1º, do CPC...’ (Informativo STF, n. 104, ed. de 23 a 27 de março de 1998)” (STJ, REsp. n. 133.189/CE, Min. Barros Monteiro, j. 14/4/98).

A respeito, veja-se mais:

“Apelação. Preparo. Comprovação com o oferecimento do recurso.

“Nos termos do art. 511 do CPC (com a redação dada pela Lei n. 8.950, de 13/12/94), o preparo deve ser comprovado simultaneamente com a interposição do recurso, não podendo ser reputado como obstáculo judicial o encerramento do expediente bancário às 16 horas.

“Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp. n. 94.689/MG, Min. Barros Monteiro, j. 27/8/96).

Neste Tribunal já se fixou:

“Deserção. Recurso preparado após o decurso do prazo recursal. Alegação do encerramento do expediente bancário antes do encerramento do expediente forense. Irrelevância. Não recebimento do apelo. Decisão confirmada. Agravo de instrumento desprovido.

“De conformidade com os termos do art. 511 do CPC, mercê da redação que lhe conferiu a Lei n. 8.950, de

13/12/94, o preparo deve ser comprovado simultaneamente com a interposição do recurso, não podendo ser reputado como obstáculo judicial o encerramento do expediente bancário antes do encerramento das atividades forenses” (AI n. 98.014010-2, de Gaspar, Des. Trindade dos Santos, j. 3/3/99).

Ademais, a “eventual justificativa acerca do não-recolhimento do preparo deve ser apresentada até o momento da interposição do recurso” (STJ, REsp. n. 108.633/AC, Min. Barros Monteiro, j. 11/5/99), sob pena de preclusão.

É oportuna a lição de Cândido Rangel Dinamarco:

“(…) o recorrente, ou recolhe e prova, ou justifica e pede. Interpondo o recurso sem haver recolhido o preparo e sem pedir desde logo a dilação para recolhê-lo, estará preclusa a possibilidade de obter a relevação permitida pela lei. E recurso não preparado é recurso inadmissível” (A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, 1995, págs. 167/168).

Logo, o recurso preparado após a interposição, ainda que dentro do prazo recursal, é deserto.

Nega-se, pois, provimento ao agravo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 31 de agosto de 1999.

*Eder Graf,
Presidente e Relator.*

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 99.014814-9, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

Habeas corpus — Incabível a constrição pessoal pelo descumprimento de pacto garantido por alienação fiduciária — Busca e apreensão transmutada em depósito — Figura que não se subsume na exceção prevista no artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal, autorizativa da prisão civil — Orientação advinda do Superior Tribunal de Justiça — Ordem concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.014814-9, da comarca de Itajaí, em que é impetrante Dra. Neiva Solange Martins, sendo paciente Rodolfo Gustavo Dauer:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, conceder a ordem.

A Dra. Neiva Solange Martins, advogada, impetra ordem de habeas corpus em favor de Rodolfo Gustavo Dauer, em razão da prisão civil decretada na ação de busca e apreensão convertida em ação de depósito que lhe move Camvel Administradora de Consórcios S/C Ltda., asseverando inexistir sentença no processo que culminou com a prisão ora combatida, além da ilegalidade da prisão civil em se tratando de alienação fiduciária.

Concedida a liminar, a autoridade coatora prestou as informações, dando conta da revelia do demandado, bem como noticiando o proferimento de decisão terminativa nos autos em epígrafe.

Manifestação ministerial de Segundo Grau pela denegação da ordem postulada.

É o sumário relatório.

No caso em exame, combate-se a prisão civil decretada no bojo do processo de alienação fiduciária pelo douto Juiz Substituto da 3ª Vara Cível da comarca de Itajaí, porquanto o depósito advém de contrato de alienação fiduciária, descabida, pois, a constrição pessoal levada a cabo.

O Magistrado monocrático determinou a prisão civil, na esteira da orientação advinda do Pretório Excelso, permissiva da utilização da medida extrema, por considerar a alienação fiduciária um verdadeiro contrato de depósito, enquadrável desta feita, na exceção prevista no artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal.

Contudo, esta Câmara tem-se posicionado no diapasão dos recentes julgados exarados no seio do Superior Tribunal de Justiça, inadmitindo a prisão civil em casos como o dos autos, senão vejamos:

“Processo civil. Cautelar. Liminar concedida monocraticamente pelo rela-

tor. Prisão civil. Alienação fiduciária. Descabimento. Nova orientação da corte especial referendado pela turma. 1. Conforme decidiu a Corte Especial (REsp. n. 149.518—GO), em sessão realizada dia 5/5/99, descabe prisão civil em alienação fiduciária, por não se tratar de depósito típico. 2. Presentes o periculum in mora e o fumus boni iuris, resta referendada pela turma a liminar concedida pelo relator, com o escopo de comunicar efeito suspensivo a recurso especial para impedir a decretação da prisão dos réus em decorrência do contrato de alienação fiduciária de que tratam os autos” (STJ, MC 1899—SP (1999/00075547-2), rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira, j. em 31/8/1999).

E mais:

“Alienação fiduciária. Prisão civil. Inadmissibilidade. Não cabe a prisão civil de devedor que descumpra contrato garantido por alienação fiduciária. Orientação traçada pela eg. Corte Especial (REsp. n. 149.518—GO). Recurso ordinário não conhecido. Pedido que se conhece como habeas corpus substitutivo para conceder a ordem e afastar a cominação de prisão civil da paciente” (STJ, RHC n. 8540—MG (1999/0029342-8), rel. Min. Barros Monteiro, j. em 22/6/1999).

Bem elucidativa, para a análise do tema, a lição colhida do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial (REsp. n. 189688—RS), da lavra do insigne Min. Hélio Mosimann:

“Os presentes embargos atacam acórdão da eg. Quarta Turma, da relatoria do Min. Sálvio de Figueredo, publicado no DJ de 12/4/99, sintetizado na seguinte ementa:

‘Civil e processual civil. Recurso especial. Busca e apreensão. Ação de depósito. Conversão. Alienação fiduciária. Depositário infiel. Prisão civil. Impossibilidade. Mudança de orientação da turma. Entendimento majoritário. Recurso desprovido. I — é admissível pelo nosso direito a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor. II — Não obstante o entendimento da Corte Superior deste Tribunal, na linha do entendimento do Supremo Tribunal Federal, ratificado recentemente pelo seu Plenário (HC n. 76.561 e RE n. 206.482, ambos julgados em 27/5/98), a Quarta Turma resolveu majoritariamente modificar seu posicionamento anterior, passando a entender que ‘a legislação ordinária não permite se caracterize na alienação fiduciária um verdadeiro contrato de depósito, daí a inadmissibilidade da prisão civil do devedor’.

“Inconformada, a Administradora Gaúcha de Consórcios Ltda. interpõe os presentes embargos de divergência, trazendo a confronto decisão proferida pela colenda Quinta Turma desta Corte, onde asseverado que ‘o Decreto-Lei n. 911/69 considera que, na alienação fiduciária, o devedor ou alienante transforma-se em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que incumbem segundo as leis civis e penais.’ E, ainda, que ‘legítimo o decreto da prisão civil, se o réu, convenientemente intimado, deixa de devolver o bem ou quitar o débito’ (RHC n. 4.712—SP, rel. Min. Costa Lima, Revista dos Tribunais, vol. 727, págs. 102/104, maio/96). Entretanto, a divergência que ora se procura demonstrar não perse-

vera no presente momento, uma vez consolidado, no âmbito da Corte Especial (EREsp. n. 149.518—GO, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 5/5/99), o entendimento firmado no acórdão embargado. Assim, incidente, no caso, o enunciado da Súmula 168/STJ — não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado — inadmito os presentes embargos...” (STJ, Corte Especial, j. em 23/9/1999).

Nesta Corte já se decidiu:

“Habeas corpus. Depositário infiel. Ameaça de prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Conversão da ação de busca e apreensão em depósito. Descabimento. Ordem concedida. A autorização constitucional para a prisão civil é restrita às hipóteses previstas no art. 5º, inc. LXVII, da Magna Carta, não sendo dado ao exegeta emprestar qualquer extensão ao enunciado maior. Assim, quando a nossa Lei Fundamental autoriza a segregação civil do depositário infiel está referindo-se àquele decorrente de contrato típico de depósito e não ao conseqüente à atípica equiparação feita pelo Decreto-Lei n. 911/69, referentemente ao devedor fiduciante. Nessa hipótese, a privação da liberdade do devedor, ou a ameaça dessa privação, nada mais significa do que uma mera ‘prisão por dívida’, contrapondo-se à vedação peremptória a respeito constante do enunciado constitucional (art. 5º, LXVII), frente o qual a equiparação da alienação fiduciária em garantia, constante da norma do art. 1º do Decreto-Lei n. 911/69, resulta ineficaz juridicamente” (HC n. 98.015019-1, rel. Des. Trindade dos Santos).

“Habeas corpus — Alienação fiduciária em garantia — Busca e apreensão convertida em ação de depósito — Decreto de prisão do devedor alienante — Inaplicabilidade da prisão civil, posto inexistir o depositário infiel no empréstimo garantido com alienação fiduciária — A prisão civil, por dívida do depositário infiel, tal como recepcionado pela Carta Magna, deve-se restringir apenas ao modelo clássico de contrato em que o depositário recebeu a coisa para guardar, conservar e restituir — ordem concedida...” (HC n. 99.013205-6, rel. Des. Alcides Aguiar).

Do sobredito julgado vale transladar:

“Enfim, na alienação fiduciária o depósito do bem em mãos do devedor fiduciante é por demais atípico a partir do fato de não ser o credor o real proprietário do bem. A medida recepcionada pela Lei Maior só pode ser concebida na sua exegese mais restrita, donde não abrir ensejo à caracterização da figura do depositário infiel senão na sua modalidade própria e tradicional. A exclusão da expressão ‘na forma da lei’ utilizada no antigo texto constitucional e agora abolida, arreda possível elástico acerca do alcance da constrição da liberdade por dívida”.

Desfigurada, in casu, a condição de depositário infiel, porquanto desencadeada em conseqüência de ação de busca e apreensão transmutada em ação de depósito, insubsistente se mostra a prisão civil decretada pelo Juízo a quo, impondo-se, pois, a concessão em definitivo da ordem perseguida.

Participou do julgamento com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu e lavrou o parecer, pela

douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antonio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 21 de outubro de 1999.

João José Schaefer,
Presidente com voto;
Solon d'Eça Neves,
Relator.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 99.011260-8, DE SÃO FRANCISCO DO SUL

Relator: Des. Genésio Nolli

Habeas corpus. Pacientes condenados pelos delitos de abuso de autoridade e lesões corporais.

Cabimento da impetração para o reconhecimento de nulidade processual e da própria sentença, transitada em julgado. Conhecimento do writ.

Nulidades incorrentes.

Não constitui aditamento na aceção legal da palavra, requerimento oral do Promotor de Justiça, na instrução, visando sanar omissão da denúncia, que não tipificou um delito claramente descrito na exordial.

As lesões corporais leves e as culposas, com o advento da Lei n. 9.099/95, passaram a ser considerados delitos de ação penal pública condicionada à representação que, na hipótese, se encontra presente.

O fato de a sentença não fazer referência a duas imputações constantes da denúncia, em princípio só beneficiou os pacientes e não se reveste de nulidade

A sentença que ao analisar as circunstâncias do art. 59 do CP considerou-as iguais para ambos os réus. Princípio constitucional da individualização da pena que não foi violado.

Pena de perda da função pública aplicada com base na Lei de Abuso de Autoridade (Lei n. 4.898/65), e não com fundamento no art. 92, I, do CP. Ausência de irregularidade.

Não é o habeas corpus o procedimento próprio para argüir eventual suspeição do Magistrado.

Ordem denegada.

A restrita cognição do habeas corpus não comporta a análise da dosimetria da pena, mesmo que aplicada no máximo, eis que não é nulidade. Ordem não conhecida em relação a este argumento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.011260-8, da comarca de São Francisco do Sul, em que são impetrantes Marco Aurelio Soar e José Manoel Soar, e pacientes Ademar David e Sergio Murilo Vilela:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem e não conhecer com relação à dosimetria da pena.

Trata-se de habeas corpus impetrado pelos Drs. Marco Aurélio Soar e José Manoel Soar, em favor de Ademar David e Sérgio Murilo Vilela, condenados na comarca de São Francisco do Sul à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, além da perda do cargo e a inabilitação para o exercício de outra função pública pelo prazo de 2 (dois) anos, pela prática dos crimes previstos no art. 3º, letra a, da Lei n. 4.898/65, e art. 129, caput, do Código Penal.

Enumeram os impetrantes uma série de nulidades que, segundo entendem, teriam ocorrido: aditamento oral da denúncia; aditamento em crime de ação privada; inobservância das providências do art. 384, parágrafo

único, do CPP; a decisão silenciou sobre duas imputações; as condutas dos pacientes não foram individualizadas; a sentença aplicou pena máxima; e foi decretada a perda da função pública em afronta ao disposto no art. 92 do CP.

Dispensadas informações, os autos foram enviados à douta Procuradoria de Justiça que opinou pelo não conhecimento da impetração.

Julgado o Recurso Criminal n. 99.006907-9, mencionado na inicial e referente ao mesmo processo, foi determinado o seu apensamento ao presente habeas corpus e remetidos os autos novamente à Procuradoria-Geral de Justiça, a fim de que se manifestasse sobre o mérito da impetração.

Em nova manifestação o representante do Ministério Público opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Razão não assiste aos impetrantes.

1. Em primeiro lugar, inviável é cognição do writ com relação ao argumento de que a pena dos pacientes foi fixada no máximo.

O quantum da pena não é matéria a ser apreciada em sede de habeas

corpus. Passível de análise nesta via estreita seria a fixação da reprimenda dentro dos limites legais, o que efetivamente foi cumprido.

Assim, não conheço da ordem em relação a este argumento.

2. Com relação às demais alegações, cumpre salientar a possibilidade de conhecimento do habeas corpus para reconhecimento de nulidades processuais.

A propósito:

“Habeas corpus — É cabível, fazendo as vezes de revisão criminal, ainda quando a condenação haja transitado em julgado, e, inclusive, para a obtenção, se cabível, da declaração de prescrição ou de nulidade processual. Recurso ordinário a que se dá provimento em parte” (STF — RHC — RTJ106/94).

2. 1. Insurgem-se os impetrantes contra o que denominam aditamento oral.

Data venia, mas tal hipótese não ocorreu.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o Dr. Promotor de Justiça requereu fosse a denúncia complementada, com a inclusão do tipo penal do art. 129 do CP, porquanto, embora tivesse descrito o crime, não o capitulou.

Assim narrou a denúncia: “...e passaram a torturá-la, desferindo choques elétricos e socos, causando-lhe as lesões corporais descritas no auto de exame de corpo de delito de fls. 22”.

Portanto, não houve qualquer nulidade.

A hipótese destes autos não era de aplicação do disposto no art. 384, parágrafo único, do CPP, mas sim de

aplicação do art. 383, também do Estatuto Adjetivo Penal.

E o Magistrado assim decidiu, ressaltando que o pedido não implicava em nova configuração jurídica nem na agravação da pena.

Sobre o tema:

“A nova classificação jurídica dada aos fatos relatados de modo expresso na denúncia, não obstante a errônea qualificação penal por ela atribuída aos eventos delituosos, não tem o condão de prejudicar a condução da defesa técnica do réu desde que presentes, naquela peça processual, os elementos constitutivos do próprio tipo descrito nos preceitos referidos no ato sentencial. Defende-se o réu do fato delituoso narrado na denúncia, e não da classificação jurídico-penal dela constante. A regra do art. 384 do CPP só teria pertinência e aplicabilidade se a nova qualificação jurídica dada aos fatos descritos na peça acusatória do Ministério Público dependesse, para sua configuração, de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia” (STF — RT 662/364).

Em seguida ainda, mesmo que desnecessário, foi oportunizada a possibilidade de alterar sua defesa ou oferecer prova relativamente a essa questão, o que foi dispensado pelo procurador.

Acaso ainda insistissem os impetrantes na ocorrência de nulidade, data venia, entendo que esta somente ocorreria caso não fosse dada a oportunidade para a defesa manifestar-se, o que não ocorreu.

Dessa forma, rejeita-se o argumento.

2. 2. Outro argumento da presente impetração é o de que o Ministério Público não poderia aditar a denúncia pelo delito do art. 129 do CP, porquanto é de iniciativa privada, segundo o art. 88 da Lei n. 9.099/95.

Incorreram em equívoco os impetrantes.

O citado dispositivo legal não dispôs que a ação penal seria de iniciativa privada, mas, sim, condicionada à representação, isto é, ação penal pública condicionada.

Ao comentar o art. 88 da Lei n. 9.099/95, asseverou Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

“Fonte de antigas reivindicações das correntes mais modernas de pensamento, vem finalmente ao rol dos crimes de ação penal pública condicionada à representação do ofendido os previstos no art. 129, caput, e 129, § 6º, do Código Penal.

“O presente dispositivo deve necessariamente ser cotejado com o art. 91 ao expressar que ‘nos casos em que esta Lei passa a exigir a representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.’ Trata-se da chamada representação especial, de caráter transitório, mas que colhe todos os feitos em curso a partir da vigência da lei, sessenta dias após a sua publicação” (in Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, RT, 1995, pág. 378).

E, in casu, houve a efetiva apresentação, conforme se depreende do documento de fls. 5/6 (autos em apenso).

Rejeita-se também este argumento.

2. 3. Insurgem-se ainda os impetrantes quanto ao fato de a sentença não ter feito referência às imputações do art. 3º, letra i, e art. 4º, letra a, ambos da Lei n. 4.898/65.

Embora evidenciada a irregularidade, não comprovaram os impetrantes os prejuízos que os pacientes vieram a sofrer. Ademais, tal irregularidade só beneficiou os pacientes. Ainda, de ressaltar-se que eventual inconformismo, com tal omissão, deveria ser manifestado pelo representante do Ministério Público e não pela defesa.

O sistema processual penal brasileiro, como anotado na Exposição de Motivos ao CPP, não deixa “respiradouro ao frívolo curialismo que se compeza em espiolhar nulidades”, porque consagra o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa.

Apropriada à espécie a célebre lição do STJ:

“Já é tempo para deixar-se de espiolhar nulidades em tudo, prejudicando a essência do processo que é encontrar a verdade” (RHC n. 3.150/SP — rel. Min. Jesus Costa Lima — j. 10/11/93 — DJU 22/11/93).

Argumento que é rejeitado.

2. 4. Sustentam os impetrantes que a sentença não individualizou a conduta pessoal de cada um dos pacientes.

Conforme adequadamente analisou o Dr. Procurador de Justiça em seu parecer, o qual adoto como fundamento, “sem razão os impetrantes quando afirmam que a sentença não individua-

lizou a situação de cada um dos réus. É que, no caso, os réus, policiais, em conjunto, efetuaram a prisão ilegal e, na Delegacia de Polícia, em co-autoria descrita na denúncia, 'privaram a vítima Harison Anselmo de Miranda de sua liberdade, algemando-a com as mãos para trás, colocando-a num recinto reservado e passaram a torturá-la, desferindo choques elétricos e socos, causando-lhe as lesões corporais descritas no auto de exame de corpo de delito de fls. 12.' E a decisão analisa esse fato, sendo demasia exigir-se que o Magistrado dedicasse um capítulo para cada acusado".

O fato de ter analisado em conjunto as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP em nada invalida a sentença, porquanto o Magistrado, além de constatar a semelhança da situação dos pacientes, sempre fez referência aos dois réus.

Nulidade rechaçada.

2. 5. Pretendem os impetrantes ver excluída da condenação a pena de perda da função pública, ao argumento de que afronta o disposto no art. 92, I, do CP, que prevê a sanção com punição igual ou superior a um ano. E, conforme salientou, os pacientes foram condenados a apenas 6 (seis) meses de detenção pelo delito de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65).

Data venia, mas novamente os impetrantes incorreram em equívoco.

O disposto no art. 92, I, do CP, não é aplicável ao delito de abuso de autoridade, previsto em lei própria e específica (Lei n. 4.898 de 9/12/65), e que dispõe sobre a perda da função como pena principal e não acessória.

"Perda do cargo e inabilitação para função, penas acessórias ao tempo do Código Penal de 1940, que com o advento da nova Parte Geral do diploma passaram a constituir efeitos da condenação e penas restritivas de direito; ao passo que na Lei n. 4.898/65 são consideradas cominações principais, permitida sua aplicação cumulativa com multa e detenção. Não há, destarte, incompatibilidade entre as sanções da lei especial e novo sistema penal" (TACrimSP — Ac — rel. Gonzaga Franceschini — RJD 1/53 e JUTACrim 97/82).

"Ao condenado por abuso de autoridade devem ser impostas as interdições de direito da perda do cargo público e inabilitação temporária para o exercício de qualquer função pública, de conformidade com o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 6º da Lei n. 4.898/65" (TACrimSP — Ac. — rel. Nelson Schiesari — RT 572/357).

Argumento que, dessa forma, também é rejeitado.

2. 6. Por fim, cumpre afastar de plano a eventual suspeição do Magistrado, argüida nas entrelinhas da presente ação, porquanto não é o procedimento próprio para analisar tal pleito.

Ante o exposto, a ordem é denegada, não se conhecendo em relação à dosimetria da pena.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella, e lavrou o parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Nesse sentido:

Florianópolis, 17 de agosto de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente;
Genésio Nolli,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.008921-5 DE JOINVILLE

Relator: Des. Jorge Mussi

Habeas corpus — Ação penal — Atipicidade da conduta — Ausência de justa causa para a deflagração do procedimento criminal — Necessidade de exame de provas para o seu aferimento — Matéria não controvertida e de cunho objetivo — Admissibilidade.

Admissível, em sede de habeas corpus, o exame, ainda que perfunatório, de matéria não controvertida, consistente na alegada ausência de tipicidade da conduta narrada na peça inicial acusatória, imputada ao paciente e à co-ré não impetrante, dado seu cunho essencialmente objetivo.

Denúncia — Usura pecuniária — Comissão sobre dívida — Acusada que recebia dos credores percentual sobre os valores que conseguia cobrar e a título de remuneração deste serviço — Divisão da quantia percebida com o co-réu, quando este intervinha na negociação — Transação comercial normal — Acusado que, constituído pela co-ré, ajuizou em nome desta diversas ações de execução de título extrajudicial — Procedimento comum — Delito contra a economia popular sequer em tese configurado — Atipicidade das condutas — Ausência de justa causa para deflagração e continuidade do procedimento criminal — Constrangimento ilegal evidenciado — Ordem concedida para determinar o trancamento do Processo Crime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.008921-5, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é impetrante o Dr. Ralf Gert Simon, sendo pacientes Sérgio Gonçalves Ferreira e Marli Rejane Alves Pereira:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem para determinar o trancamento da Ação Penal n. 038.98.055698-5, instaurada contra os pacientes.

1 — Cuida-se de habeas corpus impetrado via fax pelo Dr. Ralf Gert Simon em favor de Sérgio Gonçalves Ferreira, advogado, e Marli Rejane Alves Pereira, contra ato do Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Joinville, objetivando ver trancada a ação penal a que respondem os pacientes por suposto cometimento de crime contra a economia popular (agiotagem), capitulado no art. 4º, letra a, § 1º, da Lei n. 1.521/51 (Processo Crime n. 038.98.055698-5).

Argumenta o impetrante que Sérgio Gonçalves Ferreira, na qualidade de advogado de Marli Rejane Alves Pereira, nada mais fez do que ajuizar diversas ações de execução de títulos judiciais em favor desta última, sua cliente, perante o Juizado Cível Especial da comarca de Joinville, e que o órgão acusador “se equivocou quando afirma que ‘os denunciados cobravam 5% sobre dívidas monetárias, superiores à taxa permitida por lei’ (fls. 2)”, quando bem demonstram as investigações que “a denunciada Marli Rejane percebia pelas cobranças o percentual de 5% sobre os valores cobrados a título de honorários”, e que “esses valores não eram adicionados nos acertos com os devedores, mas sim da quantia” devida, “o que é um percentual normal de ganho de cobrador de contas” (fls. 5), ofício desenvolvido por Marli.

Assim, e também porquanto o simples fato de o advogado perceber um percentual do que é cobrado, a título de honorários advocatícios, não configura ilícito algum, quer ver trancada liminarmente o processo criminal a que respondem os pacientes.

Aduziu, ao final, que este Tribunal de Justiça, por sua Segunda Câ-

mara Criminal, já trancou outra ação penal que tramitava contra os pacientes pelos mesmos fatos (HC n. 99.003593-0, de Joinville).

Juntada a petição original e os documentos nela indicados (fls. 16 a 170), ausentes os pressupostos à concessão antecipada do remédio heróico, denegou-se a liminar (fls. 172/4).

Oficiada a prestar informações, a autoridade impetrada noticiou que, presentes os requisitos de admissibilidade da ação penal, recebeu a denúncia (fls. 177). Trouxe aos autos cópia do processo crime a que respondem os pacientes (fls. 185 a 344).

Instada, a ilustre Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação do habeas corpus.

É o relatório.

2 — Merece concedida a ordem.

A ação penal que se visa seja trancada iniciou-se em razão de existência, perante o Juizado Cível Especial da comarca de Joinville, de 24 (vinte e quatro) ações de execução de título extrajudicial contra devedores diversos, que se entendeu tinham “como origem empréstimos pessoais”, tudo levando a crer que existia a possibilidade da prática de crime de agiotagem pelos pacientes, em co-autoria, motivo pelo qual o Magistrado determinou a remessa de cópia dos autos ao Ministério Público, para as providências cabíveis, e suspendeu o processo de execução que seguia contra Fabiana R. T. Cuareli, João Paulo dos Santos, Sônia Rieck de Mesquita e Maurília Amorim Carvalho, consoante os despachos de fls. 33, 69, 100 e 140 destes autos.

Encerrada a fase investigatória, houve o oferecimento de denúncia pelo Órgão Ministerial, onde nestes termos se descreve a conduta dos pacientes:

“Os denunciados, em comunhão de esforços e vontades, procederam diversas cobranças no Juízo desta Comarca, vindo à tona o conhecimento do crime de agiotagem praticado pela dupla.

“Os denunciados estavam obtendo ganhos ilícitos em detrimento de várias vítimas, cobrando comissões sobre dívidas, superiores à taxa permitida por lei.

“A denunciada Marli Rejane, conhecida agiota na Cidade, repassava seus créditos para seu procurador, o denunciado Sérgio, o qual intermediava na operação usurária.

“Foram vítimas da operação usurária dos denunciados Fabiana Cureli, Maurília Amorim Carvalho, Sônia Rieck de Mesquita e João Paulo dos Santos” (fls. 16)

Sobre o delito em tela, leciona a doutrina:

“A usura, de um modo geral, é conceituada como resultante da percepção de juros exorbitantes e lucros excessivos.

“(…).

“A usura pecuniária, no direito penal brasileiro, é a cobrança, exigência ou percepção de um exorbitante prêmio do dinheiro, em juros, comissões, descontos percentuais ou ágio de câmbio, como contraprestação do mútuo e de sua prorrogação, ou de permuta de moeda nacional por moeda estrangeira, ou o simples empréstimo sob penhor privativo de institutos

oficiais. A usura real é o lucro patrimonial desproporcionado, obtido ou estipulado, em qualquer contrato, abusando o beneficiário da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de uma das partes (...).

“Em algumas legislações o máximo permitido do prêmio ou vantagem usurária se acha fixado em lei.

“No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assim dispõe, no art. 192:

‘§ 3º. As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações diretas 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’.

“E a lei que se refere ao preceito constitucional continua a ser a Lei n. 1.521/51, que pune a prática da usura no art. 4º (Rui Stoco, “Leis Penais e sua Interpretação Jurisdicional”, RT, São Paulo, 1995, pág. 534, destacamos).

Dispõe o art. 4º, alínea a, e § 1º, da Lei n. 1.521, de 26/12/1951:

“Art. 4º. Constitui crime de mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

“a. Cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;

“(…).

“Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de Cr\$ 5,00 (cinco cruzeiros) a Cr\$ 20,00 (vinte cruzeiros).

“§ 1º. Nas mesmas penas incorrerão os procuradores, mandatários ou mediadores que intervierem na operação usurária, bem como os cessionários de crédito usurário que, cientes de sua natureza ilícita, o fizerem valer em sucessiva transmissão ou execução judicial” (o grifo é nosso).

Certo que o habeas corpus não se presta para a análise minuciosa dos fatos e que o trancamento de processo criminal, embasado na ausência de justa causa para a persecução penal, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos na denúncia, se constata que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente” (RHC n. 8.227/SP, rel. Min. Vicente Leal, publicado no DJU de 5/4/99, pág. 153, grifamos).

Julio Fabbrini Mirabete, na obra “Processo Penal”, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1995, pág. 706, não discrepa:

“(…) somente se justifica a concessão do habeas corpus por falta de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. É possível, entretanto, verificar perfunctoriamente os elementos em que se sustenta a denúncia ou a queixa, para reconhecimento da fuma-

ça do bom direito, mínimo demonstrador da existência do crime e da autoria, sem o qual há falta de justa causa para a ação penal”.

Dos ensinamentos de Vicente Greco Filho, in “Manual de Processo Penal”, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 394, acerca da matéria, retira-se ainda:

“(…) aliando-se o inc. VI do art. 648 com o inc. I, que considera ilegal a coação sem justa causa, a jurisprudência e a doutrina têm trancado a ação penal quando não houver base para a acusação, fazendo, assim, a análise das provas (...). Trata-se de um exame de que deve resultar, inequivocamente, a ausência, em tese, de possibilidade da acusação, de forma que a absoluta inviabilidade de processo signifique constrangimento indevido.

“(…) a análise da justa causa constitui uma garantia da liberdade, porquanto não teria sentido submeter-se alguém a um processo penal absolutamente inviável e, portanto, abusivo.

“Tranca-se a ação penal se não se forma juízo de probabilidade da ocorrência da infração e da autoria”.

Nesse vértice é cediça a jurisprudência:

“Habeas corpus — Exame de prova — Admissibilidade quando a matéria de fato não se apresentar controvertida” (RT 715/526).

No mesmo sentido:

“Habeas corpus — Trancamento da ação penal — Possibilidade — Fato descrito na denúncia que não se constitui em infração penal — Deferimento.

“Embora em regra o estrito âmbito do habeas corpus não se preste a viabilizar trancamento de ação penal, esta pode ter seu curso obstado antes da sentença, quando o fato descrito não constituir, com evidência manifesta, uma infração penal” (RT 722/459).

E, no caso sub judice, o aferimento da inexistência de justa causa apta a legitimar a coarctação da actio poenalis deflagrada contra os pacientes, bem como contra a co-ré, emerge de plano da exegese do delito capitulado na inicial acusatória e da simples leitura das declarações de Marli Rejane e das pretensas vítimas, juntados ao pedido.

Marli Rejane, ouvida pela autoridade policial, esclareceu:

“(…) que há cerca de quatro anos a declarante trabalhou no escritório de cobrança denominado ABC Assessoria de Cobrança, onde o marido da mesma era um dos proprietários, afirmando que faz quatro meses aproximadamente que, em virtude do referido escritório ter fechado nesta cidade, ocorreu a rescisão contratual da mesma; Que este escritório funcionava na Av. JK 410 — sala 806 — bloco A (Centro Comercial Cidade de Joinville); Que como funcionária do referido escritório a declarante recebia cheques de ‘postos de gasolina’, ‘mercados’ e outras ‘empresas’, os quais como não conseguiam obter o desconto junto aos bancos sacados, entregavam ao escritório ABC, para que a declarante procedesse à cobrança amigável e, caso não fosse possível, os Advogados do referido escritório procediam a execução; Que com o fechamento do escritório a declarante, de posse de cheques que

não conseguira cobrança amigável, e em virtude do fechamento da ABC, devolveu aos clientes, quando então os mesmos clientes procuraram a declarante solicitando para que insistisse na cobrança, sendo que via telefone entrou em contato com alguns dos devedores, ou seja, correntistas emitentes dos referidos cheques, (...); Que em virtude da declarante ter amizade com o Dr. Sérgio Gonçalves Ferreira, o procurou para que a ajudasse a efetuar as cobranças, quando então foi aconselhada a entrar com ação de cobrança em juízo; Que a declarante assinou uma procuração para o Dr. Sérgio — Advogado, entregando os cheques para que ajuizasse as ações; (...) Que houve cheques que foram ‘acertados’ no escritório do Dr. Sérgio, afirmando que às vezes as dívidas eram parceladas, e quando isso ocorria Dr. Sérgio somente repassava à declarante o valor que havia recebido bem como recibo de quitação e a declarante, por sua vez, repassava a seus credores, os quais de imediato pagavam à declarante pelos serviços prestados, no montante de 5% (cinco por cento) do valor percebido; (...); Que toda comissão que a declarante recebia, dividia com o Dr. Sérgio, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada um; Que confirma ter entrado em contato, via telefone, com todos os emitentes dos cheques que lhe foram dados para cobrança, objetivando uma cobrança amigável, afirmando também que devido ao grande número de cheques, clientes e emitentes não se vê em condições de nominá-los um a um, somente afirma tê-los entregue ao Dr. Sérgio, para que ajuizasse, tendo conhecimento de que as ações seriam em no-

me da declarante, não recordando o número de ações (...)” (fls. 40/1).

As presumidas vítimas, Fabiana Cuareli, Maurília Amorim Carvalho, Sônia Rieck de Mesquita e João Paulo dos Santos, emitentes dos cheques objetos do procedimento criminal que se pretende pôr fim, ouvidas pela autoridade policial, disseram:

Fabiana Regina Teodoro Cuaratli (sic) — que em 4/5/1997, passou as duas folhas objeto da ação de execução promovida pelos pacientes no “material de construção Devergile, localizado na Rua Minas Gerais, como forma de pagamento por materiais de construção”, sendo os mesmos pré-datados, “devido ao fato de ficar desempregada, não tive condições de quitar” a dívida (fls. 46);

João Paulo dos Santos — que emprestou várias folhas de cheques a uma prima sua, de nome Samara Sandra Soares, todas preenchidas e assinadas pelo próprio, que na medida em que os cheques iam sendo postos em cobrança, Samara cobria os débitos, mas “a partir de uma certa data, a mesma fugiu da cidade, deixando para trás um grande montante de dívidas e os cheques que o declarante lhe havia emprestado”, sendo que o cheque objeto da ação executiva sub judice, no montante de R\$ 93,00, o declarante não sabia a quem fora pago (fls. 72);

Sônia Rieck de Mesquita — que emitiu o cheque em análise em janeiro de 1997, no valor de R\$ 327,70, como garantia de pagamento de uma dívida, entregando-o a uma amiga sua, de nome Doraci Martins de Souza, a qual o utilizou para pagamento de mercadorias num Supermercado localizado no bairro Jardim Paraíso; que fez contato

com o advogado Sérgio, antes da audiência de conciliação e fez um acordo, “ficando acertado que a declarante pagaria a importância de R\$ 400,00, em duas parcelas de R\$ 200,00 — a primeira em 15/8 e a segunda em 15/9”, que desejou saber quem era a pessoa que a estava acionando judicialmente, recebendo a informação de que se tratava de Marli Rejane Alves Pereira, “proprietária de uma empresa de Assessoria de Cobrança, e que era cliente dos mesmos” (fls. 104/5).

Maurília Amorim Carvalho — que em 16/11/1996 emitiu o cheque de R\$ 496,33 para pagamento de compras ao Supermercado Rocha, localizado no bairro Vila Nova, em Joinville, na forma pré-datada; que em meados de 1997 “foi procurada por um cobrador, a mando de um advogado, (...) e que lhe apresentou um acordo de pagamento do cheque em questão” (fls. 145/6).

Importante citar os depoimentos dos comerciantes que receberam as cártulas postas em execução, confirmando que as deram à empresa em que trabalhava a paciente, para cobrança, leia-se:

“(…) Que ‘sou o proprietário do Material de Construção Devegili’; Que ‘vendi material para o esposo de Fabiana Regina Teodoro Cuareli, tendo recebido como forma de pagamento diversas folhas de cheques, não se recordando do valor’; Que ‘quando comecei a depositar os referidos cheques, os mesmos começaram a ser devolvidos por insuficiência de fundos’; Que ‘procurei a emitente dos cheques para tentar cobrar, mas todas as tentativas foram em vão’; Que ‘então passei as duas folhas de cheque em questão para a ABC Assessoria de Cobrança’;

(...)” (Aristides Waldir Devegili — fls. 47);

“(…) Que sendo apresentado ao declarante cópia do cheque LP-094081, da c/c de Sônia Rirck (sic) de Mesquita, no valor de R\$ 327,70, incluso nos autos, esclarece tê-lo preenchido, nos campos relacionados ao valor e data, o qual foi passado em seu mercado na época, por uma pessoa de nome Doraci (...); Que o cheque em questão foi dado em pagamento a compras efetuadas em seu estabelecimento comercial e, ao ser colocado em cobrança bancária junto ao banco sacado, o mesmo foi devolvido por falta de provisão de fundos; Que diante dos fatos, o declarante e sua esposa mantiveram vários contatos com Doraci, para recebimento do valor em questão (...), até o momento em que Doraci deixou de residir naquele bairro (...) Que em conversa com uma vizinha, sabendo que a patroa da mesma tinha uma empresa de assessoria, repassaram o cheque em questão para que essa providenciasse a cobrança do referido título (...)” (Antônio Antunes Tolomeotti — fls. 112/3).

No mesmo sentido são as palavras de Aparecida Dias Santana Tolomeotti, esposa de Antônio Tolomeotti, ouvida a fls. 114/5.

Pode-se constatar que Sérgio, procurado por Marli Rejane, que, por haver sido empregada de um escritório de cobranças que já encerrara suas atividades, possuía diversos títulos extrajudiciais para executar a pedido dos antigos clientes, dentre eles os cheques juntados nas ações de execução em análise, e, na qualidade de advogado por esta constituído, ingressou com ação de execução de título extra-

judicial contra as ditas vítimas, perante o Juizado Especial de Causas Cíveis da comarca de Joinville, objetos da ação penal em análise, bem como com diversas outras ações do mesmo tipo, perante este Juizado e também em outros Juízos.

As cártulas em questão, consoante depoimentos das nominadas vítimas, não eram derivadas de empréstimo de dinheiro da co-denunciada, mas sim de débitos com estabelecimentos comerciais diversos, em razão de aquisição de mercadorias.

Ora, não há falar em crime de usura e/ou agiotagem, pois a comissão reclamada por Marli não era referente a juros sobre a “concessão de crédito” ou “empréstimo pessoal”, da denunciada aos devedores executados, como entendeu o Juízo a quo, nem que cobravam “comissão sobre dívidas monetárias”, consoante denunciou o órgão acusador. A taxa demandada pela paciente, no montante de 5% sobre o valor do título extrajudicial que conseguia cobrar, não era exigida dos devedores, e sim dos credores, e a título de remuneração pelo serviço por ela prestado, sendo que tal percentual era ainda dividido meio a meio com o outro paciente, quando este intervinha no processo de cobrança, judicial ou extrajudicialmente. Nada mais justo e comum numa transação comercial normal e numa relação cliente/advogado.

Nesse sentido, é da jurisprudência:

“Crime contra a economia popular — Usura pecuniária — Inocorrência — Transação comercial normal — Absolvição mantida — Inteligência do art. 4º, a, da Lei n. 1.521/51 (TAPR — RT 536/385).

Assim, de uma análise superficial dos elementos que instruem o writ, especialmente da exposição dos fatos e dos elementos em que se sustentam a denúncia, conclui-se que esta não se apresenta lastreada em qualquer prova ou indício que evidencie a viabilidade da acusação por “crime de usura pecuniária” e/ou “agiotagem”, imputado aos pacientes, não encontrando arrimo em qualquer elemento do inquérito policial nem nas demais peças que a instruem.

E, consoante as decisões da Suprema Corte pátria:

— A imputação penal não pode ser o resultado da vontade pessoal e arbitrária do acusador. O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave poder-dever não se transforme em um instrumento de injusta persecução estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa, que se tem por inócua o comportamento atribuído ao réu ‘nem mesmo em tese constitui crime, ou quando, configurando uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação’ (RF 150/393, rel. Min. Orozimbo Nonato).

— O abuso de poder no oferecimento da denúncia, desde que inexistam qualquer incerteza objetiva em torno dos fatos subjacentes à instauração da persecução penal, revela-se suscetível de controle jurisdicional pela via do habeas corpus” (HC n. 70.763/DF, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, j. em 28/4/1994 — RTJ 165/877).

Nesse mesmo norte:

“Habeas corpus. Denúncia. Justa causa.

“É preciso que a narrativa expressa na denúncia que pretende apoiar-se, com exclusividade, em inquérito policial, aí encontre lastro em elementos que façam verossímil a acusação. Não pode ela repousar sobre exercício meramente especulativo” (RTJ 125/145).

3 — Ademais, como já deixou assentado o Superior Tribunal de Justiça, “utilizar-se de ação de execução para cobrar de devedor débito representado por nota promissória (título extrajudicial), não é crime. Poderia haver crime na forma de se conseguir o título. Possível vantagem indevida poderia estar representada no título, mas não conseguida pela sua execução” (RSTJ 65/180).

Do corpo do acórdão, que trata de assunto semelhante, transcreve-se:

“No caso em tela, houve, no mínimo, um certo açodamento do denunciante e do receptor da denúncia, tomando ambos a nuvem por Juno.

“Por ora, existe apenas uma alegação de agiotagem, levantada, de maneira parcial, pelo devedor, em seus embargos.

“Tal alegação, ainda fluida e volátil, não constitui prova ou indício suficiente de autoria e de materialidade, de modo a ensejar a oferta de uma denúncia sem o respaldo de um inquérito.

“Se a moda pega, ninguém mais poderá executar o seu devedor, porque a execução civil será respondida, de maneira constrangedora, com a instauração de uma ação penal, que poderá enquadrar alguns agiotas profis-

sionais, mas que terá, certamente, o objetivo mor de livrar da constrição judicial o patrimônio de outros tantos maus pagadores, como se o calote tivesse o condão de ser absorvido e absolvido pela agiotagem (tanto um quanto o outro, moralmente condenáveis).

“(…)

‘Utilizar-se de ação de execução para cobrar de devedor débito representado por nota promissória (título extrajudicial), não é crime. Poderia haver crime na forma de se conseguir o título. Possível vantagem indevida poderia estar representada no título, mas não conseguida pela sua execução.

‘A causa debendi de um título de crédito poderia decorrer de delito, mas não o configuraria o uso regular de procedimento judicial.

‘Mesmo o crime de usura, na falta de normas legais claras de fixação de limites de cobrança de juros (ainda não foi regulamentada a regra constitucional) hoje é uma ficção.

‘Portanto, não sendo típica a ação denunciada, inexistiria crime. A denúncia deveria ter sido rejeitada. O constrangimento se revela ilegal (…)” (RSTJ 65-183/5).

4 — Por outro vértice, e não obstante a fixação constitucional de 12% de juros ao ano para as transações comerciais, cumpre anotar que mesmo que a exigência recaísse sobre o devedor dos cheques objeto do processo crime sub examine, e fosse referente à cessão de crédito em seu favor, o que, frise-se, não é o caso, não se poderia inquirir de extorsiva a taxa de 5% do montante da dívida para remuneração do dinheiro emprestado,

pois, como já se decidiu neste Tribunal: “se os juros cobrados no comércio ou entre particulares estiverem em consonância com os da praxe diária e iguais ou abaixo daqueles praticados pelos bancos e financeiras, inegavelmente fica difícil afirmar a ocorrência da figura delituosa em questão” (Ap. Crim. n. 24.933, de São Bento do Sul, rel. Des. Paulo Gallotti, j. em 15/2/90).

Também nesse direcionamento, o seguinte julgado:

“Crime contra a economia popular — Usura pecuniária — Infração não configurada, sequer em tese — Juros cobrados pela acusada em consonância com os de praxe e aquém dos exigidos pelas instituições financeiras — Arquivamento do inquérito mantido — Inteligência do art. 4º, a, da Lei n. 1.521/51 (TJMS — RT 536/372).

5 — Evidente, destarte, o constrangimento ilegal que vêm sofrendo os pacientes com a deflagração do processo crime em exame, eis que desponta nítida a atipicidade da conduta de ambos, merecendo, por isso, concedido o remédio heróico, nos precisos termos do art. 648, I, do Código de Processo Penal, para fazer cessar a coação.

Já deixou assentado o Superior Tribunal de Justiça:

“Justifica-se o trancamento da ação penal por falta de justa causa, se o exame do habeas corpus demonstra que a denúncia é mera construção intelectual do Ministério Público” (RHC n. 536—PR — rel. Min. Jesus Costa Lima — publ. no DJU de 9/4/90, pág. 2.749).

Ainda nesse vértice:

“O trancamento da ação penal por falta de justa causa é possível de ser atendido através do writ, se nem em tese o fato constitui crime ou quando fora de dúvida que o indiciado não tem qualquer envolvimento na prática do delito que se lhe imputa (...)” (RHC n. 4.567—MA — rel. Min. Jesus Costa Lima — publ. no DJU de 28/8/95, pág. 26.641).

E, por fim, deste Tribunal:

“Habeas corpus — Trancamento da ação penal — Falsidade ideológica — Fato descrito na denúncia que, nem em tese, constitui crime — (...) — Atipicidade da conduta — Constrangimento ilegal caracterizado — Falta de justa causa para a deflagração criminal — Ordem concedida” (HC n. 98.013195-2, de Balneário Camboriú, deste Relator, j. em 22/12/98).

6 — Por todo o exposto, a Câmara concede a ordem para determinar o trancamento da ação penal instaurada contra os pacientes, por ausência de justa causa, forte no art. 648, I, do CPP.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Nilton Macedo Machado, lavrando parecer, pela ilustre Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 10 de agosto de 1999.

Alberto Costa,
Presidente;
Jorge Mussi,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.014416-0, DE BLUMENAU

Relator: Des. Francisco Borges

Habeas corpus. Estelionato. Inépcia da denúncia. Ilícito civil. Ausência de justa causa. Prisão preventiva. Pressupostos presentes.

Não é inepta, tampouco carente de justa causa, a denúncia que descreve fatos que, em tese, tipificam ilícito penal, lastreada em indícios suficientes de autoria.

A eventual identificação de ilícito civil e/ou penal, pode ser dirimida oportunamente, com a instrução do feito, quando será possível averiguar sobre a ocorrência da primeira hipótese que, no entanto, não inibe a incidência de ilícito penal. O que importa verificar é se, em determinado fato, configuram-se todos os requisitos do crime imputado, punível a tal título, sejam quais forem as relações, a modalidade e a contingência do mesmo fato.

“O habeas corpus não é meio próprio para declarar a inocência, antecipando julgamento que depende do acurado exame de pro-

vas” (HC n. 97.000549-0, de Itajaí, rel. Des. Amaral e Silva).

Atende aos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal a decisão que decreta a prisão preventiva amparada em fatos apurados em inquérito policial, portador de vasta e comprometedor documentação, e em depoimentos consideráveis, com prova da materialidade e indícios suficientes da autoria, admitindo o acusado o desejo de alienar seu único imóvel no distrito da culpa, a par da repercussão causada na sociedade local.

Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.014416-0, da comarca de Blumenau (1ª Vara Criminal), em que são impetrantes os Drs. José Geraldo Louzã Prado e outros, sendo paciente Antônio Agostinho Pinheiro Ciardullo:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Custas de lei.

Impetram os Drs. José Geraldo Louzã Prado, Adalberto Omoto e Eliana Luzia Anton ordem de habeas corpus em favor de Antônio Agostinho Pinheiro Ciardullo, alegando que “por suspeita de envolvimento em delito de estelionato, com impossível formação de quadrilha, se encontra sofrendo coação ilegal à ordem do Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da D. 1ª Vara Criminal daquela cidade e comarca de Blumenau, por ter o mesmo recebido uma denúncia que, a par ser totalmente inepta, é também destituída de causa justa para a instauração de qualquer ação penal, acolhida, ainda, promoção da D. Acusação Pública no sentido de seu arresto preventivo”.

Iniciam o longo e bem construído remédio heróico sustentando a

inépcia da inicial da peça acusatória, por não preencher os requisitos do art. 41 do CPP, eis que, apesar de imputar ao paciente a conduta descrita no art. 171 do CP, não descreve a ação perpetrada para tanto.

Aduzem inexistir justa causa para a deflagração da actio, por não descrever participação específica do acusado, bem como do fato delituoso, imputando-lhe a prática de estelionato no recebimento de verba a título de comissão, em negócio não realizado por circunstâncias alheias à sua vontade, “num universo de dezenas ou centenas de outros bem-sucedidos”, afigurando-se “além de um ilogismo, uma demonstração de completa insensibilidade na interpretação do espírito da Lei” (fls. 12), assinalando que contratos particulares de assunção de dívida inadimplidos repousam apenas na órbita civil.

Assim, fulcrados em entendimento doutrinário e jurisprudencial, sustentam que o inadimplemento contratual, como no caso, é mero ilícito civil, não podendo o negócio malsucedido caracterizar estelionato.

Discorrem acerca da ausência de “nexo causal entre a conduta do paciente e o evento supostamente lesivo,

sendo de realçar e sublinhar que no Direito Penal não se admite, de modo algum, a culpa presumida ou a responsabilidade objetiva" (fls. 16).

Atacam o decreto de prisão preventiva do paciente, porquanto, dos quatro acusados, somente o paciente foi segregado, sem justificativa plausível, mesmo possuindo mais de 65 anos de idade e sem qualquer antecedente a macular-lhe o passado, questionando se o motivo foi ter subscrito os aludidos contratos de confissão de dívida.

Aludem à ausência de comprovação da materialidade do delito, argumentando não ser suficiente para tanto as palavras das supostas vítimas, todas portadoras de documentos de confissão de dívida, referindo-se o Magistrado apenas à "vasta documentação".

Sustentam que não basta ao Julgador justificar convicção razoável "em termos de probabilidade" de autoria ou de participação criminosa do paciente, pois figura inexistente no Direito Penal, revelando, assim, a inconsistência da decisão hostilizada, por carecer da necessária fundamentação.

Dizem descabidas as "suposições" do Dr. Juiz acerca da necessidade de garantia da ordem pública, fato incompatível com a natureza do delito em tela, não bastando meras conjecturas de que o acusado poderá fugir da localidade ou impedir a atuação da Justiça, acrescentando que o paciente nunca deixou de comparecer às sessões da investigação policial e, quando decretada a prisão preventiva, foi imediatamente encarcerado.

Entendem que o Magistrado foi parcial ao expressar ser o acusado

"perigoso" e que voltaria a delinquir, sem atentar para o aspecto de que os fatos narrados ocorreram em 1995 e 1997 e que, ao contrário do mencionado, não possui antecedentes criminais, eis que absolvido em processo no qual era imputada semelhante prática delituosa.

Indeferida a liminar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Colhe-se dos autos que o paciente, juntamente com outros três indicados, está sendo processado pela prática dos delitos capitulados nos arts. 171 e 288 do Código Penal, na forma continuada e em concurso material, acusados de organizar uma sociedade celeris, unindo esforços, na qual mais especificamente o paciente, procurava pessoas necessitadas de recursos financeiros para seus empreendimentos, oferecendo-lhes empréstimos com juros subsidiados e em quantias expressivas, a ser obtidos no exterior, principalmente no Uruguai, sabedores os denunciados de que jamais cumpririam com o pactuado, pelo simples fato de que não existiam as organizações internacionais emprestadas dos valores prometidos e/ou mediadoras no negócio, ditas "firmas fantasmas", e criadas apenas para enganar os incautos, convencendo-os de que a transação era legal e o dinheiro seria liberado em cerca de 30 dias.

Para tanto, era cobrado das vítimas comissão em torno de 1%, sem que os negócios chegassem a bom termo, inexitosos sob as mais variadas evasivas e justificações dos indicados.

A denúncia relata que “os denunciados, previamente combinados, resolveram organizar uma *societas celeris*, unindo esforços para ludibriar pessoas que premidas pela necessidade de conseguir dinheiro para seus negócios, se tornavam presas fáceis.

“Assim, todos com funções definidas, passaram a buscar pessoas que tinham necessidade de dinheiro e então Antônio e Raul, se encarregavam de descobrir tais pessoas e os demais se faziam passar por pessoas com cargos e influência na área financeira internacional, buscando com isso dar maior credibilidade aos golpes” (fls. 54/57).

A partir daí, descreve, longa e pormenorizadamente as atitudes perpetradas pelo grupo na realização de supostos negócios de intermediação para captar capital no exterior, cujos valores não foram recebidos pelas vítimas, que teriam despendido tempo e dinheiro para patrocinar as aludidas intermediações, revelando o libelo acusatório atender suficientemente à norma contida no art. 41 do Código de Processo Penal.

É consabido não ser inepta a denúncia que descreve fatos que, em tese, tipificam ilícito penal, lastreada em indícios suficientes de autoria e, no caso vertente, está por demais evidenciada a suficiência do relato contido na exordial da ação penal, capaz de proporcionar a ampla defesa dos denunciados, perfeitamente adequada à lição de Julio Fabbrini Mirabete, para quem:

“A denúncia é uma exposição, por escrito, de fatos que constituem em tese um ilícito penal, ou seja, de fato subsumível em um tipo penal, com a manifestação expressa da vontade de

que se aplique a lei penal a quem é presumivelmente o seu autor e a indicação das provas em que se alicerça a pretensão punitiva” (Processo Penal, 3ª ed., Atlas, pág. 122).

E complementa:

“O artigo 41 do CPP trata dos requisitos que devem estar presentes na denúncia a fim de que possa ser ela recebida instaurando-se a ação penal condenatória. Exige-se em primeiro lugar, no artigo citado, que a denúncia contenha ‘a exposição do fato, com todas as suas circunstâncias’, dispondo-se, ainda, que será ela rejeitada quando ‘o fato narrado evidentemente não constituir crime’ (art. 43). O fato descrito deve ser subsumível a uma descrição abstrata na lei (tipo penal)”, concluindo, então, que “É inepta e não deve ser recebida a denúncia que não especifica, nem descreve, ainda que sucintamente, o fato criminoso atribuído ao acusado, que seja vaga, imprecisa, lacônica” (ob. cit., pág. 123), o que, a toda evidência, não é o caso dos autos.

De outro vértice, em princípio, insubsistente a assertiva de existência de mero ilícito civil e conseqüente ausência de justa causa para a deflagração da actio, pois apenas duas das mais de quinze pessoas ouvidas na condição de vítima apresentaram as aludidas confissões de dívida subscritas pelo paciente, ao passo que as declarações dos lesados foram unânimes ao descrever os fatos que permearam as intermediações do acusado e das escusas e evasivas apresentadas, após recebidos os numerários pagos a título de comissão, devendo salientar-se que não há mínima prova da existência do “universo de dezenas ou

centenas” de negócios bem-sucedidos.

Ademais, também não há como exaurir analiticamente as teses sustentadas, que envolvem exame aprofundado do elenco probatório, pois segundo Fernando da Costa Tourinho Filho: “(...) é de se observar que os Tribunais ou Juizes, na apreciação do pedido de habeas corpus, não podem nem devem fazer um estudo aprofundado das provas” (Processo Penal, vol. 4, 13ª ed., Saraiva, 1992, pág. 443).

Nessa trilha, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“Também somente se justifica a concessão do habeas corpus por falta de justa causa para a ação penal quando ela é evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. É possível verificar-se perfunctoriamente os elementos em que se sustenta a denúncia ou a queixa, para reconhecimento da ‘fumaça do bom direito’, mínimo demonstrador da existência do crime e da autoria, mas não se pode pela via estreita do mandamus trancar ação penal por falta de justa causa quando o seu reconhecimento exigir um exame aprofundado e valorativo da prova dos autos” (Processo Penal, 3ª ed., Atlas, pág. 690).

Já decidiu esta Câmara:

“Processo penal — Habeas corpus — Exame de prova — Excesso de prazo — Ordem denegada — Precedentes jurisprudenciais.

“O habeas corpus não é meio próprio para declarar a inocência, an-

tecipando julgamento que depende do acurado exame de provas” (HC n. 97.000549-0, de Itajaí, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 4/3/97).

Do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso em habeas corpus — Apelo que insiste na inépcia da denúncia, ilicitude da prova e improcedência da classificação efetuada pela peça acusatória — Descrição de fatos criminosos, em tese, com indícios de autoria — Extenso acervo probatório — Provas lícitas e ilícitas — Reexame de provas e deslinde do mérito.

“1. Não é inepta a denúncia que descreve fatos os quais, em tese, tipificam ilícito penal, lastreada, ainda, em indícios suficientes de autoria.

“2. Não é possível no extenso acervo probatório e sem um profundo reexame de provas, o que é vedado na via estreita do writ, destacar as provas lícitas, das ilícitas, visando o trancaamento da ação penal. Melhor será fazê-lo no decorrer da fase instrutória, ou ainda, mais apropriadamente, por meio de uma apelação, caso tenham sido estas albergadas no decreto condenatório.

“3. Ademais, se nem todas as provas apresentadas trazem o apontado vício, elas valem por si só, não se contaminando por aquelas que eventualmente o possuam.

“4. A improcedência da classificação levaria ao exame precipitado do mérito, o que não é possível fazê-lo nesta oportunidade. Contudo, eventual erro na classificação poderá ser corrigido na decisão definitiva, sem qualquer prejuízo da defesa, que se defende dos fatos e não da classificação jurídica dada a estes.

"5. Recurso improvido" (RHC n. 6.768/MG, rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 16/2/98, pág. 131).

A eventual identificação de ilícito civil e/ou penal, por certo, há de ser dirimida oportunamente, com a instrução do feito, quando será possível averiguar sobre a ocorrência da primeira hipótese, que, no entanto, não inibe a incidência de ilícito penal. O que importa verificar é se, em determinado fato, configuram-se todos os requisitos do crime imputado, punível a tal título, sejam quais forem as relações, a modalidade e a contingência do mesmo fato.

Colhe-se da jurisprudência:

"A distinção entre fraude civil e penal enseja danosa confusão especialmente no tocante ao crime de estelionato. O que importa verificar, pois, é se em determinado fato configuram-se todos os requisitos de tal crime, caso em que o fato é sempre punível a tal título, sejam quais forem as relações, a modalidade e a contingência do mesmo fato" (RT 543/347).

"De se reconhecer existência de fraude penal quando o escopo do agente é o lucro ilícito e fraude civil quando o escopo é o negócio" (JUTACrimSP 34/327).

"Não há diferença ontológica entre a fraude penal e a civil. Trata-se apenas de questão de grau ou de quantidade, a ser resolvida, em última análise, pela apreciação do juiz, que deverá considerar o conjunto das circunstâncias do fato, inclusive a capacidade das partes e suas limitações" (JUTACrimSP 78/400).

Não há, pois, como agasalhar a tese da ausência de justa causa para a instauração do procedimento criminal.

A materialidade está suficientemente confirmada pelo que se depreende da vasta e variada documentação carreada aos autos, dando conta de contratos assinados e não repassados às ditas entidades prestadoras, contas derivadas de locação de veículos e bilhetes de passagem aérea custeados por clientes, onde alguns até deslocaram-se ao Uruguai, sem obter êxito na empreitada, fatos admitidos pelo paciente, segundo declarou no inquérito.

Ressalte-se que o pedido de decretação da prisão preventiva do paciente ocorreu em face das informações das vítimas de que ele estaria tentando vender sua casa, fato confirmado inclusive pelo próprio denunciado (fls. 160), apontando os autos que o paciente teria sido a figura principal nas negociações entabuladas, tanto pelos contatos diretos e captação de clientes, como pelo recebimento das comissões, confirmando assim a existência de indícios suficientes de autoria e justificado o decreto voltado apenas contra o paciente.

A questão temporal também não lhe favorece a ponto de afastar a necessidade da segregação, pois os depoimentos dão conta de negociações ocorridas até em meados de 1998, cujos efeitos ainda propagam-se, envolvendo inúmeros lesados em operações altamente suspeitas, mesmo que não se adentre no elenco probatório, sujeito ao crivo do contraditório.

Quanto à decisão hostilizada (fls. 188/194), propriamente dita, atende aos requisitos do art. 312 do CPP, escorando-se nos fatos apurados no inquérito policial, portador de docu-

mentação e depoimentos consideráveis, oportunizando ao Magistrado o convencimento da existência de crime e indícios suficientes da autoria imputada ao paciente.

Não podem, com a devida vênia, ser consideradas de todo descabidas as ditas “suposições” e “meras conjecturas” do ilustre prolator do decisor, de que o paciente poderá fugir da localidade ou impedir a atuação da Justiça, quando mencionado nos depoimentos colhidos, inclusive do paciente, o fato de estar tentando vender sua casa, aliada a outros aspectos que podem ser pinçados dos autos, no exame mais acurado do seu conteúdo e que, obviamente, motivaram a convicção do prolator do questionado decisor.

Da mesma forma, a conclusão da necessidade da custódia do paciente para a garantia da ordem pública, em face da repercussão dos fatos naquela localidade, não se verificando, portanto, irregularidade ou nulidade na decretação da medida, mesmo em se tratando de crime de estelionato, ao contrário do sustentado na impetração.

A propósito, cita-se:

“Habeas corpus — Prisão preventiva — Estelionato e furto qualificado — Prova da materialidade e indícios suficientes de autoria — Medida decretada para a garantia da ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal — Princípio da confiança no juiz do processo.

“Primariedade, bons antecedentes, profissão definida e residência no distrito da culpa não são fatores que impeçam a decretação da prisão preventiva, se ocorrentes um dos motivos

previstos no art. 312 do CPP; no conceito de ordem pública, não se visa apenas a prevenir a reprodução de atos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão.

“Não se deve perder de vista que o juiz do processo, conhecedor do meio ambiente, próximo dos fatos e das pessoas neles envolvidas, dispõe normalmente de elementos mais seguros à formação de uma convicção em torno da necessidade da medida’ (RTJ 91/104)” (HC n. 98.017872-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Genésio Noll, DJ de 10/3/99).

De qualquer sorte, como assinalado no despacho que indeferiu a liminar, no que tange aos antecedentes criminais do paciente, mesmo que se tenham, nesta oportunidade, como irrelevantes eventuais efeitos da sua absolvição no processo instaurado na comarca de Xanxerê, onde imputou-se-lhe o mesmo delito, convém observar que ela foi admitida com fulcro no inciso VI do art. 386 do CPP (fls. 210), ou seja, “por não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”.

Acresça-se que as peças reproduzidas às fls. 164, 166, 179 destes autos e fls. 110, 112 e 121 dos autos originais, versam sobre deprecatas da Polinter de São Paulo/SP, em face de indiciamento do paciente em transações semelhantes com vítimas de Araquara/SP.

Enfim, não se pode olvidar que o paciente foi denunciado como incurso nos delitos capitulados nos artigos 171 e 288 do Código Penal e a Lei n. 9.034/95, em seu art. 7º, veda a concessão de liberdade provisória aos

agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.

Por esses fundamentos, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella, lavrando parecer, pela dou-

ta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 8 de setembro de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Francisco Borges,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 98.010983-3, DE JOINVILLE

Relator: Des. Souza Varella

Habeas corpus — Nulidade processual por cerceamento de defesa — Admissibilidade — Testemunha — Descumprimento do disposto no artigo 405 do Código de Processo Penal.

Ordem parcialmente concedida.

É cabível o habeas corpus para declaração de nulidade processual (STF — HC n. 60.264).

Não sendo encontrada testemunha devidamente arrolada, é necessário o cumprimento do estabelecido pelo artigo 405 da Lei Processual Penal, sob pena de nulidade, haja vista a possibilidade de substituição mormente quando os endereços da não encontrada não são criação da defesa.

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Habeas Corpus n. 98.010983-3, da comarca de Joinville (2ª Vara), em que é impetrante o Dr. Jorge Brenneisen, sendo pacientes Francisco Afonso Baruffi, Ivone Baruffi e Elza Albano Schultz:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder parcialmente a ordem.

O Dr. Jorge Brenneisen impetrou a presente ordem de habeas corpus em favor de Francisco Afonso Baruffi, Ivone Baruffi e Elza Albano Schultz.

Com a impetração objetiva, em síntese, a nulidade do processo a que responderam os pacientes pelas razões seguintes:

1 — cerceamento de defesa ante o indeferimento da inquirição de Sonia Bogado, devidamente arrolada na defesa prévia;

2 — ausência de intimação do defensor de Elza Albano Schultz para oferecimento das alegações finais;

3 — constrangimento ilegal por não ter sido reconhecido o direito de apelar em liberdade.

Com a inicial junta farta documentação, reproduzindo os documentos do processo.

Prestadas as informações, também acompanhadas de fotocópias, manifestou-se a d. Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Vilmar José Loef.

O ilustre Procurador de Justiça manifesta-se pela concessão da ordem, entendendo:

1 — deva a ordem ser concedida pelo cerceamento de defesa;

2 — no mesmo sentido pela ausência de intimação do defensor para oferecimento de alegações finais;

3 — pela denegação no que concerne ao direito de apelar em liberdade.

É o relatório.

De início consigna-se que a presente medida é cabível, razão pela qual é conhecida. Senão, vejamos: “É cabível, fazendo as vezes de revisão criminal, ainda quando a condenação haja transitado em julgado, e, inclusive, para a obtenção, se cabível, da declaração da prescrição ou de nulidade processual” (grifei — STF — HC n. 60.264, in RTJ 106/94).

Ainda, a circunstância de o paciente encontrar-se foragido não impede o habeas corpus (STF — HC n. 56.725).

Por isso, dele se conhece.

A presente ordem fundamenta-se nos três argumentos que vêm descritos no relatório.

O primeiro deles versa sobre a ocorrência de cerceamento de defesa, com prejuízo, pelo indeferimento da inquirição de Sonia Angela Bogado, testemunha arrolada na defesa prévia (fls.366).

O indeferimento ocorreu porque a pessoa indicada não foi encontrada no endereço indicado — Av. Presidente Kennedy, 900, Vila Guaira — Curitiba — PR — e, fornecido novo endereço — Av. Brasil, 1.933, Ponta Porã — MS —, outra vez não foi possível localizá-la, conforme se vê pelas certidões dos Oficiais de Justiça das comarcas de Curitiba e Ponta Porã (fls. 498 e 561).

Tais certidões provocaram o despacho de fls. 28 destes autos e 507 do processo originário, indeferindo a oitiva, entendendo-a como de “cunho protelatório”. O mesmo despacho determinou fosse o processo às partes, para as alegações finais, o que efetivamente ocorreu.

Ressalte-se que Sonia Angela Bogado não pode ser considerada como testemunha “fantasma”, pessoa inexistente, porque seu nome vem mencionado no ofício expedido pelo Sr. Delegado de Polícia Federal, na forma como se vê a fls. 280 e 281 destes autos e 167 e 168 do processo criminal.

Assim também ocorre com os endereços nos quais não foi encontrada, haja vista que estão mencionados nos documentos de fls. 288 e 301 destes autos de habeas corpus e 175 e 188 do processo a que respondem os pacientes na comarca de Joinville.

Ainda, a participação nos fatos, ou conhecimento deles, estão relatados nas declarações de Miguel Alves Calegarin e Nelson Luiz de Macedo, prestadas à Polícia Federal (fls. 284 e 287).

Dessa forma, necessário o cumprimento do disposto no artigo 405 do Código de Processo Penal, sob pena de prejuízo à defesa porque “o prazo que a lei confere aos acusados para substituir testemunhas não encontradas é prazo de defesa; prazo, portanto, cuja omissão acarreta nulidade, nos termos do artigo 564, III, e, do Código de Processo Penal” (RT 569/322). E, ainda: “Prova — Testemunha — Prazo para localização ou substituição não concedido — Ofensa ao princípio da ampla defesa — Nulidade do processo decretada — Inteligência e aplicação do artigo 405 do CPP — A não concessão de prazo para a localização ou substituição de testemunha, nos termos do artigo 405 do CPP, ofende o princípio da ampla defesa e implica nulidade do processo” (RT 673/312).

Destarte, a defesa deveria ter sido intimada para se manifestar, nos termos do suso mencionado artigo da Lei Processual, e não o foi, sendo certo que “o tríduo do artigo 405 se sujeita a regra processual genérica de que os prazos somente se contam da intimação regular e específica” (RTJ 66/68).

É este o entendimento desta Casa que, em acórdão da lavra do eminente Desembargador Alberto Costa deixou claro que, não tendo sido oportunizado ao defensor a providência prevista no artigo 405 do CPP, há nulidade por cerceamento de defesa (in Ap. Crim n. 25.612, de Blumenau).

A manifestação doutrinária é idêntica: “Se a testemunha arrolada não for encontrada, certificada tal circunstância pelo oficial de justiça, será dada vista para indicar outra em substituição, no prazo de três dias, sob pena de preclusão, possibilitando o prosseguimento do feito. Esse prazo de três dias começa a fluir a partir da intimação” (Código de Processo Penal Comentado — Fernando da Costa Tourinho Filho — vol. 2 — pág. 14).

Ora, não tendo o despacho de fls. 507 do processo que provocou a presente ordem, fotocopiado a fls. 28 desta medida, concedido a oportunidade para localização ou substituição de Sonia Angela Bogado, maculou o feito por cerceamento de defesa.

Em que pese entenda-se que tudo ocorreu em razão da dedicação e preocupação do digno Magistrado prolator do despacho indeferitório, em dar prosseguimento à ação penal, há necessidade da renovação processual, anotando-se que o Dr. Newton Varela Junior é reconhecidamente zeloso no exercício da função e cuja intenção tem sido a de agilizar a aplicação da lei penal com justiça, como sempre o faz, aliás, e consoante se infere do termo de fls. 398 do processo criminal.

Fosse a testemunha de existência duvidosa e fantasiosos os endereços fornecidos, a espécie tomaria outro aspecto. No entanto, pelas peculiaridades, o caso merece cuidado em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa, mormente em se tratando de pessoa referida por várias vezes na peça policial e com endereços mencionados em papéis de órgãos oficiais (Polícia Federal e Detran/PR).

Louve-se a atitude do Magistrado ao intimar o defensor para tal fim no termo de fls. 398 do processo principal e fls. 462 desta ordem. Todavia o novo endereço, desta feita em Ponta Porã, não era fictício, eis que fornecido pela Polícia Federal (fls. 288). Assim, deveria ser intimado a substituí-la ou indicar onde poderia ser encontrada definitivamente, no despacho de fls. 507 do processo principal e fotocopiado a fls. 28 deste, pois é preciso convir que a testemunha existe e "o argumento de que tal substituição poderia ocorrer indefinidamente cai, ante o poder do juiz de coarctar a prática de medidas procrastinatórias. Se estas ocorrerem, estará livre o juiz para coarctá-las" (TJSP — in RT 673/313). Na espécie, a peculiaridade está em que a testemunha não é fictícia porque mencionada pela própria autoridade policial federal (fls. 280/281), pelas pessoas que prestaram declarações (fls. 284 a 287) e cujos endereços estão contidos nos documentos de fls. 288 e 301, o primeiro expedido pelo Departamento de Polícia Federal, Superintendência Regional no Paraná, onde, inclusive, consta a sua qualificação, e o segundo fornecido pelo Departamento de Trânsito do Estado do Paraná — Detran/PR. Depreende-se, pois, que a pessoa e os endereços não partiram da imaginação da defesa. Por isso é preciso convir que a testemunha existe realmente e se é possível tratar-se de manobra protelatória, é também possível que não o seja, ante a circunstância de que os endereços explicitados não são criação do defensor. Ora, diante

dessas circunstâncias, seria mais conveniente dar cumprimento ao artigo 405 do CPP, no despacho de fls. 507, ante o princípio constitucional da ampla defesa, inclusive pela possibilidade de substituição da pessoa indicada por outra.

Note-se a impossibilidade de preclusão eis que, quando apresentou as alegações finais, o defensor já manifestou inconformismo pelo indeferimento constante no despacho de fls. 507 do processo criminal.

Concedida a ordem pelo primeiro dos argumentos da impetração, resta prejudicada a análise dos demais.

Diante de tais razões é que a Câmara, unanimemente, concede parcialmente a ordem para anular o processo a partir do despacho de fls. 507, tão-somente para oportunizar à defesa manifestação sobre a testemunha não encontrada.

Presidiu a sessão de julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Noll, e dela participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Paulo Gallotti, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 17 de novembro de 1998.

Amaral e Silva,
Presidente para o acórdão;
Souza Varella,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.015474-2, DE BLUMENAU**Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

Habeas corpus. Excesso de prazo. Instrução não encerrada. Processo em fase de inquirição de testemunhas de defesa. Demora injustificada à qual não deu causa o paciente. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

Estando o paciente preso por tempo superior a 150 dias sem o encerramento da instrução criminal, e não tendo ele causado qualquer embaraço ao andamento do processo, o excesso de prazo é atribuível à injustificada falha da máquina judiciária, configurando-se desta forma constrangimento ilegal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.015474-2, da comarca de Blumenau, em que é impetrante Jeremias Felski, sendo paciente Nadir Balansin:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

Nadir Balansin, na comarca de Blumenau, 1ª Vara Criminal, foi denunciado pela prática dos crimes definidos nos artigos 228, §§ 1º, 2º e 3º, 229 e 230, §§ 1º e 2º, combinado com o art. 299, todos do Código Penal, e ainda no artigo 10 da Lei n. 9.437/97, dizendo respeito, respectivamente, favorecimento da prostituição, casa de prostituição, rufianismo, falsidade ideológica e posse ilegal de arma de fogo. Encontra-se preso em decorrência de flagrante, devidamente homologado pela autoridade judiciária competente.

Por meio de habeas corpus, que tomou o número 99.010498-2, julgado em 10 de agosto de 1999, pretendeu, em vão, a concessão da liberdade provisória. Agora, em novo pedido, visa

responder o processo em liberdade, haja vista o excesso de prazo para o término da instrução, bem como alega constrangimento ilegal tendo em conta o "excesso de acusação". Nas informações prestadas, asseverou o Dr. Juiz de Direito, Luiz Carlos Cercato Padilha, "no que tange à alegada injusta causa, por excesso de acusação, tem-se que, preliminarmente, carece o paciente de interesse-utilidade, porque o remédio constitucional do habeas corpus, com sua devida licença, não é o meio adequado para a solução de questões acadêmicas (doutrinárias), não lhe trazendo, diante disso, qualquer proveito prático (o processo continuará)". No que diz respeito ao excesso de prazo, após tecer considerações acerca da impossibilidade, não raras vezes, de os prazos serem cumpridos à risca, em face do número de processos, sua complexidade e número de réus, asseverou que "Não bastassem tais argumentos, entende-se superada tal alegação de constrangimento ilegal, porque a instrução criminal ou formação da culpa está encerrada" (informação datada de 21 de setembro de 1999). Com vista dos autos, a douta

Procuradoria- Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Robison Westphal, manifestou-se pela denegação da ordem, por não ser a medida excepcional o meio adequado para discutir o “excesso de acusação”, e, com relação ao excesso de prazo, tendo em vista o encerramento da instrução, deixou de existir o constrangimento alegado, “consoante, em uníssono, tem estabelecido a jurisprudência”.

Na sessão de julgamento realizada no dia 5 de outubro próximo passado, quando em pauta o habeas corpus em referência, o impetrante, na Tribuna, de posse dos autos do processo, afirmou que a instrução não se encontrava encerrada, em oposição ao que fora asseverado nas informações já referidas (fls. 34). Nos termos do artigo 115, parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, este relator pediu vista dos autos, determinando, pelo despacho de fls. 74, a juntada dos documentos referidos pelo defensor, e que se encontram a fls. 41/73, bem como fossem requisitadas informações complementares ao Dr. Juiz de Direito, as quais foram prestadas (fls. 78/81). Dos documentos anexados, colhe-se no de fls. 42, que em data de 21 de setembro, no processo a que se refere o pedido de habeas corpus, foi prolatado o seguinte despacho: “Para realização da audiência, a fim de serem ouvidas as testemunhas arroladas na defesa prévia e residentes nesta cidade, designo o dia 15/10/99, às 14 horas, devendo estar presente, entretanto, o douto defensor, que o número máximo permitido por lei é a ouvida de 8 (oito) testemunhas. Depreque-se a ouvida das demais, intimando-se o defensor da expedição da referenciada carta precatória, que de-

verá ser cumprida em 20 (vinte) dias, em virtude de tratar-se de réu preso”. Nas informações complementares, o Dr. Juiz a quo defendeu a validade de sua informação — a instrução estava encerrada — pois, segundo afirmado, a Súmula 52 do egrégio Superior Tribunal de Justiça — “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo” — refere-se, tão-somente, ao artigo 401 do Código de Processo Penal, do seguinte teor: “As testemunhas de acusação serão ouvidas dentro do prazo de 20 (vinte) dias, quando o réu estiver preso, e de 40 (quarenta) dias, quando solto”. Cita, também, em abono ao seu posicionamento, o contido na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, in verbis: “X — O prazo da instrução criminal ou formação da culpa é ampliado (em cotejo com os estabelecidos atualmente): estando o réu preso, será de 20 (vinte) dias; estando o réu solto ou afiançado, de 40 (quarenta) dias”. E, conclui: “No caso vertente, tem-se que a instrução criminal ou formação da culpa findou no dia 10 de setembro de 1999 (fls. 250/255), tendo em vista a desistência, em 15 de setembro de 1999, por parte do respeitável órgão do Ministério Público oficiante (fls. 256v.), da inquirição da testemunha Adriana Aparecida dos Santos”.

Em parecer oral, manifestou-se o Dr. Procurador de Justiça pela concessão da ordem, por excesso de prazo.

É o relatório.

No que diz respeito ao primeiro argumento, razão não assiste ao impetrante, haja vista que o réu se defende do fato imputado, e não da classifica-

ção ou de seu excesso, a qual, nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal, será fixada, em definitivo, no momento procedimental oportuno. Ou, como nos diz Julio Fabbrini Mirabete: "No caso, o juiz, verificando que estão comprovados os fatos e as circunstâncias narrados na peça inicial, pode condenar o acusado dando ao delito a definição jurídica que entende cabível e não aquela articulada na denúncia, inclusive com a aplicação de pena mais grave. A definição jurídica a que a lei alude é a classificação do crime, é a subsunção do fato à descrição abstrata em determinado dispositivo legal, inclusive quanto às circunstâncias de infração penal. Compreende-se que essa definição seja alterada pela sentença porque o acusado se defende do fato criminoso que lhe é imputado e não dos artigos da lei com que ele é classificado na peça inicial. Estando descritos os fatos e circunstâncias, podem ser reconhecidas, embora não articuladas na denúncia ou queixa, qualificadoras e causas de aumento de pena, evidentemente com aplicação de pena mais grave. Mais do que isso, pode o juiz na sentença condenar por outro crime descrito, sem que tenha sido capitulado na inicial, ou seja, sem que houvesse específica imputação" (Processo Penal, Editora Atlas, 1998, pág. 453).

Nesse ponto, a ordem é denegada.

No tocante ao segundo argumento, razão assiste ao impetrante. A instrução criminal, que tem por finalidade precípua trazer para os autos todos esclarecimentos possíveis acerca do fato imputado, possibilitando que a prestação jurisdicional, a ser ofertada no momento procedimental pertinente,

resulte do integral exame do acontecido, não pode ser interpretada com parcimônia. Ao contrário, diz respeito a todos os atos de cunho probatório colocados à disposição das partes, consoante é possível depreender do conteúdo no artigo 394 e seguintes do Código de Processo Penal, sob a rubrica, justamente, "da instrução criminal", que vai desde o interrogatório até as alegações finais. Ou, como nos diz José Frederico Marques: "Ao lado do conceito lato de instrução, existe, pois, um conceito estrito, que é o de instrução probatória. Esta se desenvolve como um conjunto de atos processuais que tem por objeto recolher as provas com que deve ser decidido o litígio. As alegações, no entanto, não se limitam a apresentar argumentos sobre a *quaestionis juris*, visto que ali também são debatidos e focalizados fatos colhidos na prova. É que, nelas, como explica Jaime Gusasp, as partes procuram fixar dados do processo, apreciar o seu valor e formular em torno dos mesmos as necessárias apreciações críticas, oferecendo, assim, material lógico ao juiz, para a construção da sentença. Ainda sob o nome *juris de instrução*, costuma-se designar a fase processual em que se praticam os atos probatórios e se produzem as alegações finais conclusivas (ou alegações finais)" (Elementos de Direito Processual Penal, Editora Forense, 1ª ed., 2º vol., pág. 268). Assim, "A instrução probatória inicia-se com o interrogatório do acusado e vai até as alegações finais, abrangendo a instrução complementar a que o art. 499 alude" (E. Magalhães Noronha — Curso de Direito Processual Penal, Editora Saraiva, 1996, pág. 235). Portanto, exsurge, às escâncaras, que a instrução não está encerrada, pois,

no próximo dia 15, serão ouvidas as testemunhas arroladas pela defesa. Em decorrência, não há como negar, há excesso de prazo, pois o paciente encontra-se preso desde 30 de abril de 1999, há mais de 5 meses.

Em face do exposto, a ordem é concedida, pelo segundo fundamento — excesso de prazo para o término da instrução — devendo o paciente ser solto, se por outro motivo não estiver preso.

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

Macedo Machado, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 13 de outubro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.012166-6, DE PALHOÇA

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Habeas corpus — Pedido instruído com cópia integral do processo e informações prestadas em outro writ — Desnecessidade de novas informações.

“Não são indispensáveis as informações da autoridade coatora. Elas serão prestadas, quando necessárias (art. 662 do CPP)” (RSTJ 32/105).

Prisão em flagrante — Liberdade provisória — Prisão preventiva — Despacho carente de fundamentação — Ordem concedida.

Não é a extensão do decreto de prisão preventiva que determina a indispensabilidade da segregação cautelar, mas sim o seu conteúdo; além de estar comprovada a existência de crime e os indícios da autoria, como especialmente a presença de algum dos fundamentos descritos no artigo 312 do CPP, impõe-se a demonstração da existência de fato concreto, perfeitamente identificado no decisório, que leve à possibilidade de que, solto o agente, em perigo estará um dos pressupostos que a medida visa preservar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.012166-6, da comarca de Palhoça

(1ª Vara), em que é impetrante o Dr. Alexandre de Jesus Ferreira, e

pacientes Cláudio Roberto de Souza e Edmilson Pavesi:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

Trata-se de novo habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Alexandre de Jesus Ferreira, em favor de Cláudio Roberto de Souza e Edmilson Pavesi, presos na comarca de Palhoça e denunciados por infração ao art. 155, § 4º, incs. III e IV, do CP.

Alega o impetrante que não pode persistir a prisão baseada em decreto sem a fundamentação necessária, inexistindo quaisquer elementos ensejadores da prisão preventiva, eis que os pacientes são primários, possuidores de bons antecedentes, residência fixa e profissão definida.

Além disso, que a prisão somente pode ser efetivada após o trânsito em julgado da sentença condenatória, aludindo, assim, ao princípio constitucional da presunção de inocência.

A análise da liminar foi relegada ao retorno das informações, recomendando-se a remessa de cópia integral do processo, juntada pelo impetrante, inclusive com as informações prestadas pela autoridade judiciária nos autos do Habeas Corpus n. 99.011779-0 (fls. 130/132), impetrado anteriormente ao argumento de excesso de prazo e julgado prejudicado por esta egrégia Câmara Criminal em 3/8/99.

A liminar foi denegada pelo ilustre Des. Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Robison Westphal, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

1. Os pacientes foram presos em 24/6/99, com o flagrante devidamente homologado em 28/6/99, e em 30/6/99 os autos retornaram a Delegacia de Polícia para complementação das diligências requeridas pela representante do Ministério Público em exercício na 1ª Vara da comarca de Palhoça, onde o pedido de liberdade provisória foi indeferido “por estarem presentes os pressupostos para a decretação da prisão preventiva, mais precisamente para garantia da ordem pública” (fls. 63).

Após, foram prestadas informações no Habeas Corpus n. 99.011779-0, interposto ao argumento de excesso de prazo para o oferecimento da denúncia, sendo a ordem concedida liminarmente em 20/7/99 (comunicação em 21/7/99 — fls. 87 dos autos).

Na mesma data (20/7/99), a denúncia foi recebida, contendo representação para a decretação da prisão preventiva, “especialmente pelo fato de possível constrangimento sobre as testemunhas do fato” designando-se interrogatório dos pacientes para o dia 21/7/99, indeferido o pedido de reconsideração da decisão que negou aos pacientes a liberdade provisória, “mantendo na íntegra o despacho de fls. 30, entendendo ser necessária a manutenção da custódia dos acusados” (fls. 109).

Requisitados e interrogados, a Magistrada decidiu pelo deferimento do pedido de prisão preventiva, “para melhor elucidação da prática do delito

de furto qualificado previsto no Código Penal, como ressaltou o Ministério Público e também para que não haja constrangimento das testemunhas.

“O pedido de prisão preventiva foi embasado na legislação vigente, sendo medida de exceção, que deve ser aplicada somente quando for estritamente necessária, o que é o caso dos autos.

“A custódia dos acusados faz-se necessária principalmente pela natureza do crime ocorrido.

“Ressalte-se que existem nos autos indícios suficientes da autoria e prova da materialidade.

“Tal medida é necessária para a garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal” (fls. 118/120).

2. De pronto, afasta-se a possibilidade de decretação da prisão preventiva dos pacientes, pois persistia a prisão em flagrante devidamente homologada, porque a liminar concedida no HC n. 99.011779-0, de caráter provisório, não havia sido confirmada pelo órgão colegiado.

O que poderia ser decidido era a denegação de liberdade provisória ao fundamento de haver necessidade da prisão preventiva (CPP, art. 310, parágrafo único).

3. Não fosse isso, não há qualquer fundamentação a sustentar a manutenção da prisão dos pacientes diante do decreto atacado.

A prisão preventiva, embora implique sacrifício à liberdade individual, é ditada por interesse social, impondo-se sua decretação sempre que suficientemente demonstrada, por deci-

são fundamentada, diante da presença de qualquer dos pressupostos inscritos no art. 312 do Código de Processo Penal, vale dizer “como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Julio Fabbrini Mirabete, em seu Código de Processo Penal Interpretado, 4ª ed., SP, Atlas, 1996, pág. 376, ensina que “havendo prova da materialidade do crime e indícios suficientes da autoria, o juiz pode decretar a prisão preventiva somente quando exista também um dos fundamentos que a autorizam; para garantir a ordem pública; por conveniência da instrução criminal; ou para assegurar a aplicação da lei penal. Preocupa-se a lei com o periculum in mora, fundamento de toda medida cautelar”.

Prossegue o doutrinador:

“Trata-se de medida cautelar de privação de liberdade que exige uma exposição fundada em dados concretos que motivem sua adoção, não bastando que o magistrado se refira genericamente aos autos, ou transcreva simplesmente os dizeres da lei. Exige-se uma fundamentação que não diga respeito a meras suposições. Caso tal ocorra, haverá constrangimento ilegal ensejador de um pedido de habeas corpus...” (op. cit., 1994, pág. 381).

Ora, não se vislumbra, nas 5 (cinco) laudas do decreto atacado, qualquer referência fática plausível que evidencie a necessidade da segregação cautelar, repita-se, equivocadamente prolatado porquanto deve ser

entendido como de denegação da liberdade provisória.

Tenha-se presente que não é a extensão do decreto que determina a indispensabilidade da segregação cautelar, mas sim seu conteúdo; além de estar comprovada a existência de crime e os indícios da autoria, como especialmente a presença de algum dos fundamentos descritos no artigo 312 do CPP, impõe-se a demonstração da existência de fato concreto, perfeitamente identificado no decisório, que leve à configuração da possibilidade de que, solto o agente, estará em perigo um dos pressupostos que a medida visa preservar.

Não se cogite aqui a hipótese de fundamentação sucinta (porque não houve eis que apenas se indicou os requisitos do texto legal), a qual, de acordo com a doutrina de Fernando de Almeida Pedrosa, não se confunde com despacho carente de fundamento; entende o autor que “o despacho não necessita ser longo e atilado tal qual a análise do mérito em uma sentença condenatória. Pode ser sintético. Desde que traga, em seu âmago, a exposição sumária dos pressupostos em que se assenta o decreto de encarceramento preventivo, deixando expressa a conveniência da custódia, atendida estará a exigência legal...” (Processo Penal: O Direito de Defesa, Repercussão, Amplitude e Limites, RT, SP, 2ª ed., 1994, págs. 103/104).

No mesmo sentido, colhe-se do colendo Supremo Tribunal Federal:

“Na hipótese de prisão discricionária, o juiz deve mencionar de maneira clara e precisa os fatos que o levam a considerar necessária a prisão para a garantia da ordem pública ou

para assegurar a aplicação da lei penal substantiva. Não basta, de maneira alguma, não é fundamentação, fraudar a finalidade da lei e iludir as garantias da liberdade o fato de o juiz dizer apenas: Considerando que a prisão preventiva é necessária para garantir a ordem pública (...) ou então a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal (...) Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania de princípio: com elas o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar” (Hélio Tornaghi, Manual de Processo Penal, citado no despacho liminar do HC n. 79.271-5/RJ, da lavra do eminente Min. Marco Aurélio, em 7/5/99, publ. no DJU de 18/5/99, pág. 2).

Ainda da mesma Corte:

“A lei quer que o decreto de prisão preventiva seja materialmente fundamentado. Não basta que o Magistrado diga que a prisão é necessária ou conveniente. É mister que decline, objetivamente, o porquê. Pode fazê-lo concisamente, mas indicando, com precisão, em que consiste a necessidade ou a conveniência de que ela se relacione com os elementos dos autos” (RTJ 73/413, Min. Thompson Flores).

Acrescente-se, desta colenda Câmara:

“Habeas corpus — Falta de justa causa — Prisão preventiva — Ausência de fundamentação.

“1. ...

“2. A prisão preventiva deve ser convincentemente motivada. Não basta mera repetição das palavras constantes do texto legal. É necessário que sejam declinadas as razões pelas

quais, com a prisão, estaria garantida a ordem pública, ou se atenderia à conveniência da instrução criminal, ou seria assegurada a aplicação da lei penal....” (HC n. 12.159, de Balneário Camboriú, rel. Des. José Roberge, in DJ n. 9.284, de 26/7/95, pág. 5).

Acrescente-se que, nas três oportunidades em que a ilustre autoridade judiciária manifestou-se sobre os requisitos do art. 312 do CPP, não esboçou fundamentação adequada sobre a necessidade da prisão cautelar embasada em fatos concretos, resultando que “nulo é o decreto de prisão preventiva em que o juiz indica abstratamente as causas legais da medida constritiva, sem o registro de situações concretas que motivem suficientemente a sua adoção” (STF, RT 603/441).

Impõe-se, portanto, a concessão da ordem por total falta de fundamentação no decreto que segregou a liberdade dos pacientes.

4. Registre-se, ademais, que os pacientes não possuem antecedentes criminais certificados pela egrégia Corregedoria-Geral da Justiça, e certamente não se pode supor que tentem constranger as testemunhas, dois policiais militares e o gerente do Banco do Brasil da Agência de Palhoça, seguindo-se que a custódia provisória não se revelaria necessária para garantia da

instrução criminal, muito menos da garantia da ordem pública.

Por fim, não há motivos para se supor que, uma vez soltos, a lei penal não seja aplicada; “se o paciente porta os requisitos exigidos pelo art. 310 do CPP, e o seu endereço, mesmo fora do distrito da culpa, é conhecido e comprovado, merece ele o benefício da liberdade provisória, principalmente se esta foi negada unicamente porque reside em comarca diversa daquela da prática do delito” (HC n. 11.395, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nauro Colação, j. em 27/1/94).

5. Diante do exposto, concede-se a ordem para que os pacientes respondam ao processo em liberdade, expedindo-se alvará de soltura, se por al não estiverem presos, sem prejuízo de nova decretação se novos motivos a autorizarem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Procurador Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 10 de agosto de 1999.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 99.012542-4, DA CAPITAL

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Habeas corpus — Nulidades em processo com recurso já julgado por este Tribunal de Justiça — Matéria nova, não analisada

anteriormente — Conhecimento.

A circunstância de ter o Tribunal de Justiça conhecido e julgado apelação contra sentença condenatória não lhe impede reexaminar o processo, em habeas corpus, quando suscitada matéria virgem, não agitada anteriormente.

Crime militar — Condenação à pena privativa de liberdade inferior a quatro anos — Pretendida substituição por restritiva de direitos (Lei n. 9.714/98) — Impossibilidade — Ausência de previsão legal no CPM — Prevalência das normas especiais de Direito Penal Militar sobre a legislação penal comum.

A lei penal militar, até mesmo por exclusão contida no art. 360 do CP, é sempre especial em confronto com a lei penal geral.

A Lei n. 9.714/98 que alterou dispositivos do Código Penal, e trata da substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito, não pode ser aplicada aos crimes militares, não só porque incompatível com sua índole, mas também porque, neste aspecto, o Código Penal Militar como lei penal especial regula a matéria de modo diverso e não contempla possibilidade de penas substitutivas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 99.012542-4, da comarca da Capital (Auditoria da Justiça Militar), em que é impetrante o Dr. Rubens Ritter Von Jelita, sendo pacientes Genor Zamluchi e Edmar Eraldo Vergínia:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do pedido e denegar a ordem.

Trata-se de habeas corpus interposto pelo Dr. Rubens Ritter Von Jelita, em favor de Genor Zamluchi e Edmar Eraldo Vergínia, condenados pela Auditoria da Justiça Militar Estadual, ao cumprimento das penas de 2 (dois) anos de reclusão e 6 (seis) me-

ses de detenção, cada um, por infração aos arts. 305 e 319, ambos do Código Penal Militar, alegando que as penas cominadas possibilitam a substituição por restritivas de direitos, nos moldes da Lei n. 9.714/98.

A liminar foi denegada (fls. 104).

Solicitadas informações, prestou-as a autoridade dita coatora, dando conta da condenação imposta aos pacientes, bem como do indeferimento da aplicação dos benefícios da mencionada lei nova, diante da especialidade das regras do Código Penal Militar no ponto agitado.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Anselmo Agostinho da Silva, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

1. Admite-se o habeas corpus porque nele se apontaram questões formais novas, não discutidas nem apreciadas quando do recurso de apelação interposto contra a sentença condenatória (Ap. Crim. n. 99.002669-8), o que faz com que esta Câmara continue competente para conhecê-lo; a circunstância de ter o Tribunal de Justiça conhecido e julgado apelação contra sentença condenatória não lhe impede reexaminar o processo, em habeas corpus, quando suscitada matéria virgem, não agitada anteriormente.

2. A pretensão do impetrante de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a princípio não poderia ser conhecida pois, segundo o disposto na Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, "a aplicação da lei nova a fato julgado por sentença condenatória irrecorrível, nos casos previstos no art. 2º e seu parágrafo, do Código Penal, far-se-á mediante despacho do juiz, de ofício, ou a requerimento do condenado ou do Ministério Público" (art. 13).

Nesse sentido o verbete n. 611 da Súmula do colendo Supremo Tribunal Federal:

"Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das Execuções a aplicação de lei mais benigna".

Assim também consolidou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na aplicação do art. 13 da LICPP, cujo preceito coincide com o disposto no art. 66, inciso I, da Lei de Execução Penal, que delega ao juiz da execução a aplicação de lei posterior aos casos que de qualquer modo favo-

recer o condenado, conforme se vê das decisões prolatadas pelo colendo Supremo Tribunal Federal:

"A lex mitior não enseja pedido de revisão criminal. Incidência do artigo 13 da Lei de Introdução ao CPP. Revisão criminal. Lei mais benigna. Sua aplicação aos casos julgados se faz no juízo da execução. Lei de Introdução ao CPP, artigo 13" (RE n. 88.726—SP — rel. Min. Décio Miranda; idem RE n. 88.834—SP — rel. Min. Cunha Peixoto).

E ainda:

"Recurso crime — Revisão — Peticionário que pleiteia aplicação de lei nova mais benigna — Não conhecimento — Decisão condenatória já transitada em julgado — Competência do juízo das execuções criminais — Inteligência das Súmulas 23 do STJ e 611 do STF e dos arts. 521 do CPP, 13 da LICPP, 29 e § 2º do CP, e 66, I, da Lei n. 7.210/84" (RT 610/338).

Desse entendimento não discrepa este Tribunal:

"A teor do art. 13 e seus parágrafos, da Lei de Introdução ao CPP, os casos de novatio lei in mellius devem ser processados originariamente perante o juízo da execução quando o fato punível já tenha sido julgado por sentença condenatória irrecorrível" (JC 57/358).

No caso, apesar de a pretendida substituição não ter sido analisada na ocasião da sentença (quando já estava em vigor a Lei n. 9.714, de 25/11/98), nem objeto do recurso de apelação (em face da especialidade) diante do trânsito em julgado da sentença condenatória, foi agitada perante o juízo da execução (fls. 101), que a indeferiu, por decisão que enfrenta o recurso de

agravo que não pode ser substituído pelo habeas corpus, salvo constrangimento ilegal evidente.

Especificamente, sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça recentemente decidiu no sentido de que a aplicação de lei nova a fato definitivamente julgado é efetivamente incidente de execução, colhendo-se o seguinte precedente:

“Processual penal. Legítima defesa e suspeição. Temas não condizentes com a via do habeas corpus. Suspensão condicional do processo. Violação ao princípio da presunção de inocência. Não ocorrência. Prescrição. Lapso não verificado. Lei n. 9.714/98. Conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos ou multa. Matéria do juízo das execuções penais.

“(…)

“4 — A aplicação da Lei n. 9.714/98, com vistas à conversão de pena restritiva de liberdade em penas restritivas de direito ou de multa, não foi agitada na instância de origem.

“5 — Ordem denegada” (HC n. 8.909/MG, Min. Fernando Gonçalves, j. em 18/5/99).

3. Todavia, mesmo que o pedido a princípio devesse ser enfrentado por meio de recurso de agravo contra a decisão do Juízo da Execução, conhece-se-o diante do alegado constrangimento ilegal que pode decorrer até mesmo diante de procedimento recursal não exaurido.

4. O impetrante fundamentou o presente writ reportando-se aos julgados que aceitaram aplicabilidade dos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juíza-

dos Especiais Cíveis e Criminais e que, por ser norma extravagante mais benéfica ao réu, estendendo-se em parte ao Juízo Militar, imediata e retroativamente, respeitada a coisa julgada.

Sobre a aplicabilidade imediata de tais dispositivos, dentre outros, de caráter “de direito material ou, no mínimo, normas processuais materiais” (Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, Boletim IBCCrim n. 35, pág. 11), revolucionadores do sistema penal e processual penal brasileiro, a Comissão Nacional de Interpretação da Lei n. 9.099/95 (integrada pelos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Luiz Carlos Fontes de Alencar e Ruy Rosado de Aguiar Júnior, do STJ; Desembargadores Fátima Nancy Andrighi (DF) e Sidnei Agostinho Benetti (SP); Professores Ada Pellegrini Grinover e Rogério Lauria Tucci e pelo Juiz Luiz Flávio Gomes), coordenada pela Escola Nacional da Magistratura, em reunião realizada em Belo Horizonte, no último dia 27/10/95, concluiu:

“Segunda — São aplicáveis pelos juízos comum (estadual e federal), militar e eleitoral, imediata e retroativamente, respeitada a coisa julgada, os institutos penais da Lei n. 9.099/95 como composição civil extintiva da punibilidade (art. 74, parágrafo único), transação (arts. 72 e 76), representação (art. 88) e suspensão condicional do processo (art. 89)”.

Registre-se que hoje já há entendimento contrário, no âmbito da Justiça Militar da União, como se vê da Súmula 9, do colendo Superior Tribunal Militar:

“A Lei n. 9.099, de 26/9/95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cí-

veis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União”.

Não obstante, in casu, a hipótese é diversa, pois o impetrante objetiva a substituição da pena principal aplicada pela prática de crimes militares (dois anos de reclusão e seis meses de detenção), prevista na legislação especial — Código Penal Militar —, por restritiva de direitos, espécie esta já inserida no Código Penal, antes mesmo da edição da Lei n. 9.714/98.

5. Com o advento da Lei n. 9.714/98, ampliando as espécies e possibilidades de sanções substitutivas previstas no artigo 44 do Código Penal (em prosseguimento à reforma penal prevendo introdução de novas medidas sancionatórias benéficas previstas na já longínqua Exposição de Motivos à Lei n. 7.209/84), agitou-se a possibilidade de sua aplicação aos crimes militares assim definidos no Código Penal Militar.

Sabe-se que na atividade de aplicação da lei penal o Poder Judiciário deve efetivar os princípios e as regras visando à realização do Direito e a prática da Justiça.

De início, deve ser afastado qualquer cotejo entre a Lei n. 9.099/95 — que introduziu os institutos despenalizadores conhecidos —, com a examinada (Lei n. 9.714/98), porquanto esta contempla novas redações e ampliação das possibilidades de substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos (introduzindo também o denominado *sursis humanitário*), com a finalidade descarcerizadora (para utilizar expressão do grande Cezar Roberto Bitencourt, in *Novas Penas Alternativas*, SP, Saraiva, 1991,

pág. 104), cujas espécies já estavam inseridas no Código Penal, antes mesmo da edição da Lei n. 9.714/98.

O Direito Penal Militar, mesmo servindo como complemento do direito comum, é especial porque apresenta um corpo autônomo de princípios, com espírito e diretrizes próprias.

A doutrina bem diferencia o Direito Penal comum do Direito Penal especial porque, enquanto o primeiro se aplica a todos os cidadãos, o segundo tem o seu campo de incidência adstrito a uma classe restrita de cidadãos, conforme sua particular qualidade, lembrando Damásio E. de Jesus que “o critério para essa diversificação está no órgão encarregado de aplicar o direito objetivo. Como escreve José Frederico Marques, ‘direito comum e direito especial, dentro de nosso sistema político, são categorias que se diversificam em razão do órgão que deve aplicá-los jurisdicionalmente. Este é o melhor critério para uma distinção precisa, pelo menos no que tange ao direito penal; se a norma penal objetiva somente se aplica através de órgãos especiais, constitucionalmente previstos, tal norma agendi tem caráter especial, se a sua aplicação não demanda jurisdição própria, mas se realiza através da justiça comum, sua qualificação será a de norma comum. Atendendo a esse critério, teremos um direito penal comum e um direito penal militar’.

“No Brasil, o Direito Penal Militar pode ser indicado como Direito Penal especial, pois a sua aplicação se realiza por meio da Justiça Penal Militar” (Jesus, Damásio E. de. *Direito Penal*, 13ª ed., SP, Saraiva, 1988, vol. 1, pág. 8).

A propósito vale também lembrar a lição de Jorge Alberto Romeiro:

“Como esclarece Pietro Vico, a lei penal militar ‘seria excepcional se tomasse para seu fundamento jurídico exclusivamente a qualidade militar da pessoa do culpado, ou se a lesão de deveres perfeitamente idênticos e comum aos militares e a todos os outros cidadãos cominasse uma sanção diversa, ou também se estendesse sua eficácia além do quanto pudesse exigir a exata observância dos deveres militares. A lei penal militar, ao contrário, mira diretamente a incriminação de ofensas a especiais deveres, e tem em consideração a qualidade da pessoa enquanto ela se torna culpada da violação de tais deveres; nem se afasta do direito comum senão somente quando as disposições deste são incompatíveis com a índole dos crimes militares. Assim, a lei penal militar, embora formando o direito próprio e particular dos militares, é sempre, por outro lado, uma lei especial em confronto com a lei penal geral’.

“O direito penal militar é uma ‘especialização, um complemento do direito comum, apresentando um corpo autônomo de princípios, com espírito e diretrizes próprias” (Curso de Direito Penal Militar, SP, Saraiva, 1994, pág. 5).

Além disso, o Código Penal Militar tutela outros bens e interesses juridicamente relevantes que não são abrangidos pela lei penal comum, pois nesta não se constituem em fatos típicos e antijurídicos, como por exemplo os crimes de cobardia (arts. 363 a 365), abandono de posto (art. 390), deserção e falta de apresentação (art. 391), automutilação (art. 403), dentre

outros; isto porque, quando se fala no ordenamento jurídico militar, a lei penal militar visa primeiramente aos interesses do Estado e das instituições militares.

Nesse passo, repita-se com a ensinança de Jorge Alberto Romeiro, o direito penal militar é especial porque suas normas, ao contrário daquelas do direito penal comum destinadas a todos os cidadãos brasileiros, aplicam-se exclusivamente às pessoas sujeitas ao regramento militar, com deveres especiais para com o Estado, cujo sistema disciplinar deve ser mais rígido, com maiores exigências de observância das leis, dos regulamentos, das ordens, da disciplina e da hierarquia, indispensáveis à defesa armada e à existência das instituições do mesmo Estado.

Um Código Penal Geral não deve tratar de todos os crimes, havendo “os de feição toda própria, apresentando peculiaridades importantes, não apenas quanto à ação, mas também relativamente a seus efeitos ou consequências, à personalidade do delinqüente etc. Em princípio, p. ex., ninguém colocará no mesmo nível o autor de um delito político — o idealista que sonha melhores dias para sua pátria — e o autor de estupro ou latrocínio.

“Crimes existem também que reclamam critérios outros que não os do Código Penal (subordinando-se a razões de Estado, de política criminal etc.) e, conseqüentemente, não se conciliando com a rigidez e inflexibilidade de suas normas e princípios” (Franco, Alberto Silva et al. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, 6ª ed., SP, RT, 1997, vol. 1, tomo II, pág. 3.935).

Bem por isso, o Código Penal comum em vigor desde 1º/1/42 (Decreto-Lei n. 2.848, de 7/12/40), em sua parte especial (em artigo não muito invocado), excluiu expressamente do seu campo de incidência a legislação especial sobre os “crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores, e os crimes militares” (CP, art. 360), subordinando-os, no entanto, às suas regras gerais somente naquilo que “não colidam com as expressamente inscritas na legislação penal especial (art. 12 do CP)” (Mirabete, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado, SP, Atlas, 1999, pág. 1942).

O art. 12 do Código Penal não suscita qualquer dúvida e a doutrina tem assentado, com firmeza:

“A essas leis, a menos que disponham de forma diferente, aplicam-se as regras gerais do Código Penal, não apenas as contidas em sua Parte Geral, como também as que se encontram na Parte Especial, como a que conceitua funcionário público, por exemplo (art. 327)” (Bastos Júnior, Edmundo José de. Código Penal em Exemplos Práticos, Florianópolis, Ed. Terceiro Milênio, 1998, pág. 30).

Ora, regras gerais do Código Penal são as normas não incriminadoras, permissivas ou complementares, previstas na Parte Geral ou Especial. Em regra, estão contidas na Parte Geral, mas também podem estar descritas na Especial (ex.: conceito de funcionário público — art. 327). Por outro

lado, como afirma Damásio de Jesus “a legislação especial, conjunto de leis extravagantes, também pode conter regras gerais diversas das do Código. Neste caso, prevalecem aquelas. Em caso contrário, quando a lei especial não ditar regras gerais a respeito dos fatos que descreve, serão aplicadas as do Código” (ob. cit., pág. 127).

Pois bem. Especificamente quanto às penas decorrentes da prática de crimes, não custa lembrar que a Carta Magna enumera no art. 5º, inc. XLVI, o rol daquelas que a lei individualizará, dentre outras: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

O Código Penal, por sua vez, como lei geral, em simetria com o comando constitucional, dividiu-as em privativas de liberdade, restritivas de direitos, e multa (art. 32), e regulou sua forma de imposição e substituição, ditando também as regras básicas pelas quais deverão ser executadas (a especificação da execução está na Lei de Execução Penal), destacando-se que são reprimendas distintas, possuindo, cada qual, características próprias e diferenciadas entre si.

A seu turno, o Código Penal Militar classifica as penas em principais (art. 55): a) morte (previsão constitucional no art. 5º, XLVII); b) reclusão; c) detenção; d) prisão; e) impedimento; f) suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função; g) reforma, e acessórias (art. 98): I) perda de posto e patente; II) indignidade para o oficialato; III) incompatibilidade com o oficialato; IV) exclusão das forças armadas; V) perda de função pública, ainda que

eletiva; VI) inabilitação para o exercício da função pública e VII) suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela.

O Código Penal Militar não prevê qualquer pena como substitutiva de pena privativa de liberdade ao passo que, no Código Penal comum, está expressamente relacionada (derivada do comando constitucional) a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Assim, e sendo claro que a substituição (contida na parte geral do Código Penal comum) somente será aplicável aos fatos incriminados na legislação especial ou extravagante, se estas não regularem a matéria dispondo de forma diversa (art. 12 do CP), e como o Código Penal Militar tem comando específico sem previsão das denominadas "penas alternativas", resulta na sua inaplicabilidade aos crimes militares, que têm disciplina própria em lei especial que não a contempla.

Concluindo: a Lei n. 9.714/98 que alterou dispositivos do Código Penal, e trata da substituição das penas

privativas de liberdade por restritivas de direito, não pode ser aplicada aos crimes militares (sejam próprios ou impróprios) seja porque incompatível com a sua índole, mas também porque o Código Penal Militar, como lei penal especial, regula a matéria de modo diverso em face de sua especialidade, em a qual não se encontra previsão legal de pena substitutiva (salvo acessórias), prevalecendo como legislação penal especial sobre as regras de direito penal comum.

6. Diante do exposto, conhece-se do pedido e denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 17 de agosto de 1999.

Alberto Costa,

Presidente com voto;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

RECURSOS CRIMINAIS

RECURSO CRIMINAL N. 97.009433-7, DE JARAGUÁ DO SUL

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Recurso criminal — Suspensão do processo (art. 366, Lei n. 9.271/96) — Revelia — Prisão preventiva — Desnecessidade — Recurso desprovido.

A decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal não se justifica apenas pelo fato de o réu ter sido citado por edital e não comparecer em Juízo, pois é necessário que haja um motivo de maior relevância e que realmente coloque em risco o andamento do processo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 97.009433-7, da comarca de Jaraguá do Sul, em que é recorrente a Justiça, por seu Promotor, sendo recorridos Ivanildo Sirorski e Antônio Carlos Padilha:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, e, de ofício, cassar o despacho que suspendeu o processo, para que este tenha prosseguimento normal.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Jaraguá do Sul, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Ivanildo Sirorski e Antônio Carlos Padilha, dando-os como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal.

Não sendo encontrados para citação pessoal, foram citados por edital e, em virtude do não-comparecimento ou nomeação de defensor, o ilustre Promotor de Justiça pugnou pela suspensão do processo, bem como pela decretação da prisão preventiva dos acusados, por encontrar-se presente a situação prevista no art. 312 do CPP.

O MM. Juiz a quo, em despacho de fls. 111/114, determinou a suspensão do processo, baseado no art. 366 do CPP, com a nova redação dada pela Lei n. 9.271/96, indeferindo a decretação da prisão preventiva, ante a ausência de seus pressupostos legais.

Inconformado, o representante ministerial interpôs recurso em sentido estrito, objetivando o acolhimento do pedido de decretação da prisão preventiva dos acusados.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Maurílio Moreira Leite, manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

A pretensão recursal não merece prosperar.

A nova redação do art. 366 do Código de Processo Penal, advinda com a Lei n. 9.271/96, dispõe:

"Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312".

Primeiramente, vale ressaltar a posição adotada por esta Câmara Criminal, no seguinte sentido:

"Lei n. 9.271/96. Artigo 366 do CPP. Suspensão do processo e do curso do prazo prescricional. Impossibilidade de cisão da norma. Decisão cassada.

"Existindo no mesmo dispositivo, que se materializa processualmente, normas de direito material, com pre-

valência da norma anterior mais benigna, aplica-se a lei mais velha, com a ultratatividade da regra processual" (Rec. Crim. n. 96.008874-1, Jaraguá do Sul, rel. Des. José Roberge, j. em 17/12/96).

É importante também registrar a doutrina de Damásio de Jesus acerca do assunto:

"...A suspensão do prazo prescricional em face do sobrestamento da ação penal era desconhecida em nossa legislação. Logo, o art. 366, nesse ponto, é mais gravoso que o ordenamento legal anterior (novatio legis in pejus). Deve ser, por isso, irretroativo, não se aplicando às infrações penais cometidas antes da vigência da lei (CF, art. 5º, XL; CP, art. 2º, parágrafo único). De modo que, praticada a infração penal a partir da vigência da Lei n. 9.271/96, se o réu, citado por edital, não comparecer ao interrogatório, deixando de constituir defensor, ficarão suspensos o processo e a prescrição da pretensão punitiva. As infrações penais anteriores, entretanto, não são atingidas pela lei nova" (Código de Processo Penal Anotado, Ed. Saraiva, 13ª ed., SP, 1996).

Assim, ao caso dos autos, é inaplicável a nova redação do art. 366 do CPP, pois os fatos ocorreram em 14/8/95, ou seja, antes da vigência da Lei n. 9.271/96, não podendo, dessa forma, ser por ela atingidos.

No tocante à decretação da prisão preventiva dos acusados, deve subsistir a decisão do Magistrado, haja vista que operada com acerto.

O atual dispositivo (art. 366, CPP) menciona que o juiz, se for o caso, poderá determinar a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código

de Processo Penal (garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal).

O ilustre recorrente objetiva a decretação da cautelar como garantia da instrução criminal, uma vez que os recorridos, ao serem citados por edital, não compareceram em Juízo, presumindo-se que estejam evadindo-se da responsabilidade pelo crime perpetrado.

Ora, tal medida não deve ser aplicada de maneira tão drástica, apenas porque os acusados não foram encontrados, mas sim se houver algum motivo relevante que ameace o andamento do processo.

Válido é o magistério de Antônio Magalhães Gomes Filho, extraído do acórdão da lavra do eminente Des. Nilton Macedo Machado, que muito bem apreciou a matéria:

“Quanto à decretação da prisão preventiva do acusado ausente, é preciso ressaltar, inicialmente, o seu caráter de excepcional antecipação de um resultado possível do processo; por isso, não será admissível nos casos em que a restrição da liberdade não é normalmente esperada; essa a razão, aliás, da vedação da medida nos crimes culposos ou simplesmente apenados com detenção (art. 313, CPP), que também se aplica, evidentemente, à situação disciplinada pela nova lei.

“Por outro lado, igualmente será a necessidade da cautela, somada à presença de prova de existência do crime e indício suficiente de autoria, que poderá autorizar a sua decretação. Ao fazer expressa remissão ao art. 312, CPP, o próprio legislador enfatiza a ca-

utelaridade dessa medida de restrição ao direito de liberdade.

“Em resumo, não se trata aqui, como apressadamente se poderia supor, de um corolário automático da suspensão do processo pela ausência do réu. Semelhante entendimento viria a colidir, inclusive com o preceito constitucional da presunção da inocência (art. 5º, inc. LVII), que embora não vede as prisões anteriores à condenação, torna, certamente, inadmissível a prisão processual obrigatória, banida de nossa legislação pela Lei n. 5.349, de 1967 (Medidas Cautelares da Lei n. 9.271/96: produção antecipada de provas e prisão preventiva, in Boletim do IBCCrim, n. 42, Edição Especial, pág. 5)”.

Colhe-se ainda a seguinte conclusão:

“Por isso, ainda que o réu não atenda ao chamamento judicial, deixando de constituir advogado, a prisão cautelar só pode ser decretada em casos especiais, como garantia da ordem pública ou econômica (art. 86 da Lei n. 8.884, de 11/6/94), segurança da produção das provas urgentes ou da aplicação da lei penal (CPP, art. 312); a conveniência da instrução criminal não a justifica somente porque o réu, citado por edital, não tendo constituído defensor, deixou de comparecer ao interrogatório, salvo se estiver agindo de forma a colocar em risco a colheita de provas pela destruição intencional de vestígios, ocultação de objetos e produtos do crime, ameaçando ou pressionando, de qualquer forma, testemunhas e vítimas, o que não é o caso dos autos” (Recurso Criminal n. 96.008591-2, de Jaraguá do Sul, j. em 1º/10/96).

Assim, não obstante existam diversos precedentes deste Tribunal no sentido de que a escusa do acusado em atender ao chamamento judicial, dificultando o andamento do processo, justifica a decretação da cautelar, esse não é o caso, haja vista que não restou sequer demonstrado o requisito da conveniência da instrução criminal, salientando-se o fato de que o Magistrado poderia, se achasse necessário, ter decretado a prisão preventiva já no início do processo, o que não ocorreu, havendo, inclusive, outro despacho, sustentando a decisão atacada.

Finalmente, é de bom alvitre argumentar que, mesmo sofrendo condenação, os réus dificilmente serão privados de sua liberdade, visto que poderão ser agraciados com benefícios penais como o sursis ou cumprimento da pena em prisão albergue.

Diante do exposto, decidi a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, e, de ofício, cassar o despacho que suspendeu o processo, para que este tenha prosseguimento normal.

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. Maurílio Moreira Leite.

Florianópolis, 26 de fevereiro de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Álvaro Wandelli,
Relator.

RECURSO CRIMINAL N. 99.012546-7, DE SÃO FRANCISCO DO SUL

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Homicídios duplamente qualificados nas formas tentada e consumada. Alegação de ausência de animus necandi. Elementos evidenciando que o agente agiu de forma premeditada. Pronúncia mantida. Motivo fútil e surpresa. Réu que, por intermédio de terceiro, faz a ex-companheira sair de sua casa e, de inopino, atira contra ela e sua mãe, movido pelo ciúme que nutria desde a separação de ambos. Exclusão da primeira qualificadora. Recurso parcialmente provido.

Havendo qualquer indício de que o réu tenha agido de forma premeditada, com animus necandi, cabe ao Conselho de Sentença decidir qual a melhor solução ao caso, ainda que outra versão possa aflorar nos autos em seu favor.

Não há falar em motivo fútil se o réu agiu impulsionado pelo ciúme que tinha da vítima.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 99.012546-7, da comarca de São Francisco do Sul, em que é recorrente Claudio Antonio Alves, e recorrida a Justiça, por Seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para excluir a qualificadora do motivo fútil da pronúncia.

Custas legais.

Na comarca de São Francisco do Sul, Cláudio Antônio Alves e Rivaldavel Ribeiro foram denunciados pela prática de homicídio duplamente qualificado consumado contra Ivone Terezinha Tives e na forma tentada contra Fabiane Taís de Oliveira, porque, em 15/8/98, o primeiro, decidido a pôr fim à vida de Fabiane, sua ex-companheira, bem como de sua família, com o auxílio do segundo, que era taxista, dirigiu-se, armado de um revólver, à residência desta, para a praia de Ubatuba. Lá chegando, fez com que Rivaldavel chamasse Fabiane, enquanto ficava escondido. Assim que esta atendeu ao chamado, Cláudio apareceu, de surpresa, e desferiu-lhe um tiro, atingindo-a no braço esquerdo, causando-lhe lesões. Em seguida, entrou na casa, onde disparou duas vezes contra Ivone, mãe de Fabiane, que tentava proteger o filho desta, havido da união com o réu, causando-lhe a morte. Por fim, Cláudio atirou contra si mesmo, causando ferimentos sem maior gravidade, e fugiu, na companhia de Rivaldavel.

Instruído o feito, Cláudio resultou pronunciado, ficando incurso nas sanções descritas no art. 121, § 2º, II e IV, e art. 121, § 2º, II e IV, c/c o art. 14, II, todos do Código Penal, e Rivaldavel foi impronunciado, nos termos do art. 409 do CPP.

Inconformado, Cláudio recorreu, pretendendo, em síntese, a desclassificação do delito para a forma culposa, alegando que tudo não passou de “um trágico acidente”, posto que pretendia suicidar-se e acabou atingindo, sem dolo, as vítimas. Insurge-se, também, quanto à presença das qualificadoras e sustenta que “como consta da r. sentença, o exame de insanidade mental foi requerido e não foi deferido, o que caracteriza erro de interpretação”.

Em contra-razões, pugnou o Ministério Público pelo improvimento do recurso.

A decisão foi mantida pela autoridade judicial, que remeteu os autos a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

A materialidade dos crimes imputados ao recorrente encontra-se comprovada pelo auto de exame de corpo-delito de fls. 29 e do laudo de exame cadavérico de fls. 32/33.

A autoria é incontestada, tendo o réu confirmado, em ambas as fases processuais, que desferiu os disparos contra as vítimas, alegando, contudo, que a sua intenção era suicidar-se, findando por atingi-las de forma aciden-

tal, após violenta emoção que sofrera naquele momento.

Contudo, a pretendida desclassificação do crime para a sua forma culposa é inviável nesta oportunidade, em que indícios há de sobra de que tudo ocorreu de maneira premeditada, tendo o agente se armado e dirigido de Joinville à residência das vítimas, na cidade de São Francisco do Sul. Lá chegando, solicitou ao motorista do táxi, já conhecido de ambos, que chamasse Fabiane e lhe entregasse um bilhete, momento em que apareceu, de inopino, e desferiu o primeiro tiro contra esta, passando, em seguida, a atirar contra sua genitora, já no interior da casa.

Assim, não há como se admitir, por ora, a culpa, pois o réu, conscientemente, apontou sua arma para as vítimas e atirou, fugindo em seguida, sem prestar qualquer tipo de socorro.

Além disso, Fabiane declarou que, desde a separação, vem sofrendo ameaças por parte do réu (fls. 34/36 e 176).

Esta Corte, em hipótese semelhante, já se pronunciou:

“Processual penal — Única tese defensiva, consistente na ausência de animus necandi na conduta do réu, devidamente rechaçada — Sentença que, reconhecendo a viabilidade da tese acusatória (prova da materialidade e indícios da autoria) e a impossibilidade de, nesta fase, afastar-se o dolo e a qualificadora do tipo, pronunciou o réu — Juízo de mera admissibilidade — Inviabilidade de profunda valoração da prova colhida ou do elemento subjetivo que moveu o agente — Decisão suficientemente motivada — Preliminares afastadas.

“Tribunal do júri — Homicídio qualificado pelo motivo torpe — Duplicidade de versões — Desclassificação para a modalidade culposa inviável nessa etapa processual — Pronúncia que se impunha para que a sociedade decida qual das hipóteses é a que traduz a realidade dos fatos — Recurso defensivo improvido” (RC n. 99.004408-4, de Lages, rel. Des. Jorge Mussi, j. 11/5/99).

A qualificadora da surpresa é igualmente mantida, pois demonstrado ficou que o recorrente fez com que o taxista que o conduziu à residência da vítima a chamasse até a porta, momento em que apareceu, já de arma em punho, e começou a atirar.

As declarações do taxista Rivaldavel Ribeiro, que a tudo presenciou, estão a evidenciar a qualificadora supra:

“O indiciado Biba chegou correndo, apontando a arma para Fabiane, dizendo: tu me amas, tu me amas. Ato contínuo efetuou um disparo na direção de Fabiane...”, atingindo seu braço esquerdo, e disparou mais um tiro contra a mãe desta e contra si (fls. 12).

“As qualificadoras do homicídio só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes, sem qualquer apoio nos autos, pois também vigora quanto a elas o princípio do in dubio pro societate” (Recurso Criminal n. 97.012309-4, de Sombrio, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 30/10/97).

Contudo, a qualificadora do motivo fútil, reconhecida na pronúncia, há que ser excluída.

O recorrente agiu motivado pelo sentimento de ciúme que nutria com

relação à ex-companheira Fabiane desde o momento da separação e, segundo as declarações por ela prestadas em Juízo, este lhe teria dito que, se com ele não ficasse, não poderia ficar com mais ninguém (fls. 176).

E o ciúme, por si só, não significa motivo fútil, segundo o entendimento jurisprudencial predominante:

“Quando o agente atua impulsivo, premido, pressionado pelo sentimento do ciúme, fundado ou não, não se pode dizer que se cuida de motivo irrelevante, insignificante, fútil” (TJSP — Rec. — Rel. Diwaldo Sampaio — RT 595/349).

Ainda:

“Se depois de baleiar a vítima, sua antiga companheira, por se recusar a voltar ao lar, o acusado alveja a si próprio, tentando o suicídio, não há falar em motivo fútil” (TJSP — Rec. — Rel. Dirceu de Mello — RT 576/365).

Por fim, sustentou o recorrente que “o exame de insanidade mental foi requerido e não foi deferido, o que caracteriza erro de interpretação”.

Conforme salientou o representante do Ministério Público ad quem, a alegação não tem o condão de anular a provisional, pois esta Corte já assentou que “no procedimento escalonado do júri, as diligências ou a produção de

qualquer outra prova podem ser requeridas tanto pela acusação (art. 417, CPP) quanto pela defesa (art. 421), quando da apresentação do libelo-crime acusatório e sua contrariedade, não ensejando nulidade o indeferimento de testemunhas ou outras diligências, requeridas nas alegações finais, porque tal fase de diligências não está prevista antes da pronúncia” (RC n. 97.015287-6, de Palhoça, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

E, sendo estes os elementos até então carreados, a pronúncia é mantida, excluindo-se apenas a qualificadora do motivo fútil.

Diante de todo o exposto, conhece-se do presente recurso, porque próprio e tempestivo, e dá-se-lhe provimento parcial para excluir a qualificadora do motivo fútil.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias de Caro, Promotor de Justiça convocado.

Florianópolis, 14 de setembro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.003885-2, DE MAFRA

Relator: Des. Alberto Costa

Crime contra a saúde pública. Maconha. Porte para uso próprio. Condenação. Substituição da pena detentiva por multa substitutiva, mantida a multa-tipo. Recurso da defesa colimando a absolvição. Alegação de falta de regulamentação do art. 36 da Lei Antitóxicos para que possa a maconha vir a ser relacionada como substância capaz de causar dependência física e/ou psíquica; de insuficiência do auto de constatação de material tóxico e do laudo toxicológico para lastrearem uma condenação, dada a incerteza do primeiro, que não menciona o princípio ativo da maconha e ilegalidade do segundo, pois de sua realização a defesa não participou, formulando quesitos e indicando assistente técnico. Pleito alternativo postulando a aplicação das circunstâncias atenuantes legais estampadas no artigo 65, incisos II e III, letra e, do Código Penal, além da redução da reprimenda pecuniária, a isenção do pagamento destas e das custas processuais.

Pretensões defensivas improcedentes, exceto com relação à dupla imposição de pena de multa, substitutiva e tipo. Absorção da multa-tipo pela substitutiva em face do princípio da suficiência e ser a substitutiva mais benéfica ao apelante. Réu confesso na polícia e em Juízo. Confissão amparada pelos elementos probatórios constantes dos autos (termo de apreensão, exame toxicológico e prova testemunhal). Auto de constatação de substância tóxica que atende

aos preceitos legais, indicando, inclusive o princípio ativo da maconha, o tetrahidrocannabinol. Laudo toxicológico realizado com as formalidades legais, na Diretoria de Polícia Técnico-Científica, por perito oficial, em atenção ao preceituado na Lei Antitóxicos, desnecessária a participação da defesa. Cannabis sativa (maconha) constitui substância entorpecente metida no rol da Portaria n. 28, de 13 de novembro de 1986, da Dimed, considerada capaz de causar dependência física e/ou psíquica. Regulamentação do artigo 36 da Lei de Tóxicos. Pena-base fixada no mínimo legal e tornada definitiva. Impossibilidade de ser reduzida aquém deste patamar ante a presença de atenuantes legais. Pena detentiva por sinal substituída pela de multa, à qual não se aplicam as atenuantes e agravantes legais. Inadmissibilidade da dispensa do pagamento da multa substitutiva aplicada e das custas processuais, em face das condições econômicas do apelante. Recurso parcialmente provido apenas para decretar a absorção da multa-tipo pela substitutiva, adequado o valor de cada dia-multa aos parâmetros do artigo 38 e seus parágrafos, da Lei n. 6.368/76.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.003885-2, da comarca de Mafra, em que é apelante Jony Orlei Maiorki Ribeiro, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, tão-somente para decretar a absorção da multa-tipo pela substitutiva, adequando-se o valor de cada dia-multa aos parâmetros do artigo 38 e seus parágrafos, da Lei n. 6.368/76, mantidas as demais cominações da sentença.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Mafra, Jony Orlei Maiorki Ribeiro, Luiz Carlos da Silva e Edson Dorival de Lima, vulgo "Catarina", foram denunciados, os dois primeiros, nas sanções do artigo 16 da

Lei n. 6.368/76, e o último, nas sanções do artigo 12 da Lei Antitóxicos, porque, segundo descreve a proemial acusatória: "I — No dia 24 de março de 1995, por volta das 18 horas, durante uma busca domiciliar executada por policiais desta comarca, em uma residência sita na Rua Ervino Wilson Buch, s/n, nesta Cidade, foi encontrado em poder dos denunciados Jony Orlei Maiorki Ribeiro e Luiz Carlos da Silva dois papelotes contendo a substância cannabis sativa, popularmente conhecida por 'maconha' e que está classificada dentre aquelas capazes de determinar a dependência física e psíquica do usuário.

"Os denunciados Jony e Luiz traziam os papelotes consigo, cada qual com um, guardados junto às suas vestes, para o fim de uso próprio, em desacordo com a legislação e sem autorização legal.

“II — Na mesma oportunidade, foram encontrados, no interior de um rádio, no compartimento destinado às pilhas, cinco papелotes contendo a substância ‘cocaína’, os quais pertenciam ao denunciado Edson Dorival de Lima, vulgo ‘Catarina’, e que ali estavam guardados, para o fim de comercialização” (fls. 3).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Jony Orlei Maiorki Ribeiro e Luiz Carlos da Silva às penas de 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto, e 20 (vinte) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato, por infringirem o disposto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76, sendo a pena detentiva substituída pela pecuniária correspondente a 10 (dez) dias-multa; e Edson Dorival de Lima às penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, e 50 (cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato, por infringir o disposto no artigo 12 da Lei Antitóxicos.

Inconformados com a prestação jurisdicional desfavorável, os acusados Jony Orlei Maiorki Ribeiro e Luiz Carlos da Silva apelaram. O primeiro objetiva a absolvição, alegando, em preliminar, que o artigo 36 da Lei n. 6.368/76 precisa ser regulamentado para que a substância tóxica denominada “maconha” esteja relacionada, na portaria da Dimed, entre aquelas capazes de determinar dependência física e psíquica.

Por outro vértice, afirma que o termo de constatação de substância e a pesquisa toxicológica não se prestam para fundamentar uma condenação, haja vista a incerteza do primeiro e a flagrante contrariedade do segun-

do em relação ao inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, pois o acusado não teve qualquer participação em sua elaboração e, tampouco, pode formular quesitos e indicar assistente técnico.

Ademais, o laudo pericial da substância tóxica não fez qualquer menção ao princípio ativo da droga analisada.

Por derradeiro, requer a aplicação das atenuantes previstas nos incisos II e III, letra d, do artigo 65 do Código Penal, e a isenção do pagamento das penas de multas aplicadas, em virtude de sua pobreza.

O acusado Luiz Carlos da Silva deixou transcorrer in albis o prazo para apresentar as razões de seu inconformismo, muito embora o seu defensor nomeado tenha sido intimado para tal desiderato.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Valdir Vieira, pelo não conhecimento dos recursos, devendo os autos retornarem à origem, a fim de que o Ministério Público proponha, aos acusados, a suspensão do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95.

Esta egrégia Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, não conheceu dos recursos e determinou a baixa do processo à comarca de origem, para oportunizar ao Ministério Público a proposição da suspensão do processo aos apelantes, nos termos do artigo 89 da Lei n. 9.099/95 (acórdão de fls. 248/250).

Na origem, o Órgão Ministerial propôs a suspensão do processo em relação ao acusado Luiz Carlos da Sil-

va, a qual foi aceita, e deixou de fazê-lo em relação ao réu Jony Orlei Maiorki Ribeiro, em razão de estar respondendo a outro processo crime na Comarca (fls. 263).

Os autos retornaram a esta Superior Instância e foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer subscrito pelo Dr. Valdir Vieira, opinou pelo desprovimento do recurso.

Conforme se depreende da leitura do auto de prisão em flagrante e do interrogatório do apelante, o próprio é réu confesso, usuário de maconha.

Sua detenção foi realizada pelos policiais civis Javel Ratacheski Junior e Marcio Luiz Paloma, no interior da casa de Edson Dorival de Lima, vulgo "Catarina", que encontraram em seu poder um papelote contendo pequena quantidade de maconha.

Referidos policiais foram oitavados em Juízo, e a exemplo do que haviam dito no auto de prisão em flagrante, confirmaram a ocorrência dos fatos relatados na exordial acusatória.

A douta defesa do apelante objetiva a absolvição deste, em virtude de o delito previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76 não ter restado devidamente configurado. E para atingir tal desiderato argumenta, primeiro, que o artigo 36 da Lei Antitóxicos precisa, inicialmente, ser regulamentado para que a cannabis sativa (maconha) possa vir a ser relacionada na portaria da Dimed entre as substâncias capazes de determinar dependência física e/ou psíquica. Ao depois, o nobre advogado afirma que o termo de constatação de substância entorpecente e laudo toxicológico acostados aos autos não bastam para alicerçar uma condenação, à

vista da manifesta incerteza do primeiro e a flagrante contrariedade do segundo, eis que o apelante não participou de sua elaboração, sem poder formular quesitos e indicar assistente, fato violador do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal. Por derradeiro, o digno Defensor aduz que o laudo toxicológico não faz qualquer menção ao princípio ativo da droga analisada.

Como pleito alternativo, a defesa requer a aplicação das atenuantes previstas no artigo 65, incisos II e III, letra d, do Código Penal, a redução da reprimenda pecuniária e a isenção do pagamento destas e das custas processuais, em face de sua manifesta pobreza.

Assiste razão à defesa apenas quanto a redução da pena de multa, pois, tendo sido a pena de 6 (seis) meses de detenção substituída pela de multa, inviável a comportabilidade entre esta e a pena de multa-tipo igualmente aplicada pelo Magistrado, em virtude do princípio da consunção.

Já se decidiu:

"Representando a multa substitutiva, a reprimenda penal suficiente para o fato, não há razão para que seja imposta cumulativamente com a pena pecuniária originariamente cominada pelo dispositivo penal violado" (RJTJRS 134/110).

"Ainda que a pena seja cumulativa, nos termos do art. 60, § 2º, do CP, é possível a substituição da pena privativa de liberdade pela de multa. Esta, por si só, atendendo às finalidades da punição, não deve ser somada à multa prevista na lei para a infração e originalmente imposta, porque a absorve, não havendo razão, portanto, para a aplicação simultânea de duas penas

de natureza pecuniária" (TJMG — AC — RT 631/338, 680/335 e 676/286).

Na espécie dos presentes autos, a pena detentiva foi substituída por 10 (dez) dias-multa, e aplicada, *pari passu*, a pena de multa-tipo, fixada em 20 (vinte) dias-multa, estabelecido o valor de cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, atendidas as disposições dos artigos 60, § 2º, e 49, ambos do Código Penal.

Esta relatoria tem entendido como inaplicável a substituição da pena detentiva pela de multa em casos que tais, não só por tratar o artigo 16 da Lei de Tóxicos de penas cumulativas, detenção e multa, mas também em face do caráter especial da Lei n. 6.368/76.

Todavia, à falta de recurso acuatório e vedada a *reformatio in pejus*, a substituição da pena detentiva pela de multa fica mantida, permanecendo apenas a mais benéfica, a de 10 (dez) dias-multa, ajustado, todavia, o valor de cada dia-multa aos parâmetros do artigo 38, e seus parágrafos, da Lei Antitóxicos.

No mais, o recurso defensivo improcede. A uma, porque nos termos da Portaria n. 28, de 13 de novembro de 1986, da Dimed, a maconha constitui substância entorpecente, capaz de causar dependência física e/ou psíquica, encontrando-se, portanto, devidamente regulamentado o artigo 36 da Lei Antitóxicos. De outra parte, de nenhuma ilegalidade ou incerteza padece o auto de constatação anexado a fls. 28/29, o qual, por curial, tendo sido subscrito por perito oficial, limitou-se, apenas, como determina a lei, em emitir um juízo valorativo, de caráter provisório sobre o material tóxico apreendido. A duas, porque determi-

nando a Lei Antitóxicos em seus artigos 22, § 2º, e 25 que a elaboração do laudo toxicológico seja feito por perito oficial, no nosso Estado na Diretoria de Polícia Técnico-Científica, inviabilizadas ficam a formulação de quesitos e a indicação de assistente técnico por parte da defesa. A três, porque o laudo toxicológico juntado a fls. 112 reporta-se, explicitamente, ao princípio ativo da droga periciada, que é o Tetrahydrocannabinol. A quatro, por inaplicáveis à hipótese em julgamento as atenuantes legais apontadas pela defesa, à vista de a pena-base, tornada definitiva, ter sido estabelecida no mínimo legal, sendo pacífico nesta Corte, em plena consonância com decisões do Excelso Pretório e do colendo Superior Tribunal de Justiça, que as atenuantes legais não têm o condão de reduzir a pena-base aquém do seu patamar mínimo abstratamente cominado. Aliás, *in casu*, ainda que outro fosse o entendimento da Câmara, totalmente descabida seria a aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso II, do Código Penal, pois o apelante sabia muito bem o que fazia, ao adquirir, portar e usar maconha, não podendo, agora, querer valer-se de qualquer das hipóteses previstas no artigo 21 do Digesto Penal. De outra parte, tendo a pena detentiva sido substituída pela de multa, e não se aplicando a esta as atenuantes e agravantes legais, inadmissível ainda e aqui a redução da reprimenda. A cinco, por incabível a pretendida dispensa do pagamento da multa aplicada e das custas processuais, porque, ainda que seja um simples servente de pedreiro, se tem dinheiro para o vício tem-no ou deve tê-lo para satisfazer o ônus da condenação, em sua integralidade.

Por esses motivos, dá-se provimento parcial ao recurso, tão-somente para decretar-se a absorção da multa-tipo pela substitutiva, adequando-se o valor de cada dia-multa aos parâmetros do artigo 38 e seus parágrafos, da Lei n. 6.368/76, mantidas as demais cominações da sentença espancada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi, e

lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 12 de agosto de 1997.

José Roberge,
Presidente;
Alberto Costa,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.001071-3, DA CAPITAL

Relator: Des. Alberto Costa

Crime contra a saúde pública. Narcotraficância. Cocaína e maconha. Recurso defensivo alegando, em preliminar, a nulidade do processo, por ausência de defesa; haver dúvida quanto à materialidade do crime, em face das discrepâncias entre peso, forma de acondicionamento e data do encaminhamento da droga à perícia; e, não serem os expertos que assinaram o laudo os mesmos que realizaram a perícia na droga. Mérito: Negativa de autoria. Alegação de que a droga apreendida pertencia a terceiro, companheiro da apelante, e que as declarações das testemunhas inquiridas na fase investigatória não têm valor probante, eis que retratadas em Juízo. Pleito alternativo de desclassificação do delito para o previsto no artigo 16 da Lei de Tóxicos. Recurso do Ministério Público pleiteando a reforma parcial do decisum, a fim de ser determinado que a ré cumpra a pena irrogada em regime integralmente fechado. Preliminares de nulidade im procedentes. Conjunto probatório, pericial e testemunhal carreados para os autos que, antepondo-se às alegações da apelante, demonstram, quantum satis, sua culpabilidade. Material tóxico destinado ao comércio. Condição da apelante de usuária e viciada em cocaína e maconha. Situação não incompatível com a sua condição de traficante. Pleito desclassificatório para uso próprio inadmissível. Configuração do delito previsto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76. Condenação mantida. Recurso defensivo desprovido. Regime de pena. Crime considerado hediondo. Pena a ser cumprida integral-

mente no regime fechado, em face do preceituado no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90. Recurso do Ministério Público provido. Valor do dia-multa que deve seguir os parâmetros do artigo 38 e seus parágrafos da Lei n. 6.368/76 e não a sistemática dos artigos 49 e 60, caput, do Código Penal. Laudo de exame de dependência toxicológica que, após a sua conclusão e remessa a Juízo, deve ser juntado e não meramente pensado aos autos (Lei n. 6.368/76, art. 25). Em face do princípio da presunção de inocência insculpido no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, o réu só terá o seu nome inscrito no rol dos culpados após o trânsito em definitivo da sentença que o condenar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.001071-3, da comarca da Capital (Vara de Exceção Criminal do Estreito), em que são apelantes e apeladas a Justiça, por seu Promotor, e Cleide Cristina Linhares:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, negar provimento ao recurso defensivo e, por maioria de votos, dar provimento ao recurso ministerial, para fixar o regime de pena a ser cumprido integralmente fechado.

Custas na forma da lei.

Na comarca da Capital, Vara de Exceção Criminal do Estreito, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Cleide Cristina Linhares, dando-a como incurso nas sanções do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, porque, conforme narra a exordial acusatória: "No dia 13 de agosto de 1997, por volta da 0h30min, policiais civis, durante ronda destinada à investigação da prática de tráfico de entorpecentes, dirigiram-se à residência da ora denunciada, localizada na Rua Valdemar Ouriques, n. 609, Bairro

Capoeiras, nesta Cidade e Comarca, em virtude de informações apontando para o seu envolvimento com tal atividade ilícita, e, em lá chegando, procederam à prisão em flagrante da acusada Cleide Cristina Linhares, a qual trazia consigo, no bolso de seu casaco, 7 (sete) 'papelotes' e 2 (dois) invólucros de plástico, tipo 'bucha' (conforme termo de apreensão de fls. 8), contendo certa quantidade de cocaína, substância entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, totalizando 16,8g (dezesseis gramas e oito decigramas) do referido pó, de coloração branca, consoante laudo de constatação de fls. 9, acondicionada em embalagem própria para o seu 'comércio', no exato momento em que tentava aquela efetuar a venda do supramencionado tóxico para dois 'clientes usuários', Juarez José dos Santos e José Celso Rodrigues (fls. 10/11)" (fls. 2).

Concluída a instrução criminal, restou a acusada Cleide Cristina Linhares condenada às penas de 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 50

(cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao disposto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76.

Irresignados, o representante do Ministério Público e a acusada, por cota nos autos, apelaram. O primeiro objetiva a reforma parcial da sentença, a fim de que o cumprimento da pena irrogada à acusada seja efetivado integralmente em regime fechado, eis que se trata de crime hediondo, não podendo prevalecer o entendimento da Togada que, ao determinar o regime de pena, admitiu a progressão deste, fixando-o inicialmente no fechado.

A acusada, em suas razões, requer, preliminarmente, seja declarado nulo o processo, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, haja vista: a) a ausência de defesa, em face de seu advogado ter admitido os fatos narrados na denúncia, negando a sua versão apresentada quando do interrogatório; e, b) a dúvida quanto à materialidade, em virtude das discrepâncias entre o peso, a forma de acondicionamento e a data de encaminhamento da cocaína apreendida e a submetida à perícia. Assevera, ainda, que os peritos que assinaram o laudo pericial não foram os mesmos que realizaram o exame toxicológico.

No mérito, pugna pela absolvição, sob o argumento de ser a prova amealhada frágil para ensejar um decreto condenatório, pois embasada na confissão extrajudicial, obtida sem a presença de defensor, e nas palavras das testemunhas presenciais que a inocentaram. Alternativamente, requer a desclassificação do delito para o previsto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76.

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 provimento do recurso ministerial e pelo desprovimento do recurso defensivo.

Em relação à primeira nulidade invocada, por ausência de defesa, carece ela de procedência, pois o advogado constituído se propôs, ao apresentar a defesa prévia, em provar no curso do processo a inocência da acusada, tendo, inclusive, arrolado testemunhas. Ademais, estando presente à inquirição das testemunhas de acusação, não reperguntando aos policiais civis no visível interesse da ré, eis que estes carregaram em seus depoimentos contra ela, reperguntou a duas testemunhas que na fase investigatória acusaram-na de traficar cocaína e, em Juízo, retrataram suas declarações.

Além disso, o defensor constituído, após admitir que a ré era apenas viciada no uso de cocaína e maconha, requereu a absolvição dela por entender que a prova recolhida era insuficiente para condená-la, alegando, ainda, que a droga apreendida pertencia ao seu companheiro.

Quanto à segunda preliminar de nulidade argüida, sobre haver dúvida contra a materialidade, em face da diferença de quantidade e peso de material apreendido, e sobre a data do ofício que encaminhou a droga à perícia, verifica-se que tal não ocorreu, pois o laudo de constatação é provisório, inclusive quanto ao peso do material e sua quantidade. Ora, 7 papelotes mais 2 buchas correspondem, matematicamente comprovado, os 9 pacotinhos,

impedindo enfatizar que não há diferença entre papelotes e buchas no sentido estrito da palavra.

Em relação ao peso do material apreendido, se a maior ou menor, é irrelevante, pois é sabido que o laudo pericial é feito por amostragem. E que à data aposta no ofício que encaminhou a droga apreendida à perícia constata-se que houve mero equívoco da autoridade, eis que onde está escrito 23 de junho de 1997, a fls. 15, deveria constar 13 de agosto de 1997.

Por derradeiro, inconsistente a última nulidade requerida, uma vez que o laudo pericial está rubricado em todas as suas folhas (36/37) por dois peritos oficiais, nada havendo a acrescentar a respeito.

No mérito, o reclamo defensivo não pode prosperar, uma vez que a prova dos autos, documental e oral, demonstra de modo cabal que a apelante mantinha em seu poder maconha e cocaína, para a narcotraficância.

Na verdade, consoante se depreende da prova coletada, a acusada encontrava-se em sua residência quando foi abordada por dois policiais civis que para lá se dirigiram, no intuito de investigar denúncia de estar ocorrendo, naquele local, tráfico de drogas, e, ao abordarem a ré, encontraram, em um dos bolsos de seu casaco, que trajava, 7 papelotes de cocaína e 2 buchas de maconha, acondicionadas em invólucros plásticos, prontos para ser comercializados.

Levada à delegacia, ao ser lavrado o flagrante, a acusada usou de seu direito constitucional de permanecer calada, manifestando seu interesse de prestar declarações somente em Juízo.

Com a ré, a polícia deteve duas pessoas que se encontravam na casa dela e, segundo declararam na polícia, tinham ido àquele local para adquirir droga, ou seja, comprar cocaína (Juares José dos Santos — fls. 13, e José Celso Rodrigues — fls. 14).

Em Juízo, quando interrogada, a acusada negou a narcotraficância, dizendo-se viciada, e afirmou que a droga consigo apreendida não era sua e sim de seu companheiro.

Ora, como afirma a acusada, se a droga era de propriedade de seu companheiro, por que não alegou tal fato quando teve oportunidade de prestar seu depoimento na polícia, tendo preferido permanecer calada? Se não era sua, deveria ter negado a propriedade já naquele momento. Se não o fez, é porque realmente a droga lhe pertencia e, na forma em que se encontrava embalada, seria usada para a venda.

Por outro vértice, temos os depoimentos dos policiais civis que realizaram a diligência que acabou com a prisão em flagrante da ré, prestados coerentemente e harmônicos entre si, tanto na polícia como em Juízo, que, se isentos de suspeita ou má-fé, têm o mesmo valor probante atribuído às pessoas não pertencentes aos quadros da polícia civil ou militar.

De outra sorte, muito embora as testemunhas presenciais, que prestaram depoimentos no flagrante e acusaram a ré de tráfico de tóxicos, terem retratado suas declarações em Juízo, verifica-se que tal não convence, pois é nítida a intenção de se beneficiarem e, evidentemente, de não se prejudicarem.

A culpabilidade da apelante desponta demonstrada nos autos, sem sombra de qualquer dúvida, e a súplica desclassificatória carece de procedência, pois a sua condição de usuária de drogas não lhe retira a condição de traficante, pois, segundo os expertos que subscreveram o laudo de dependência toxicológica, imprópriamente apensados aos presentes autos, a apelante, em relação ao artigo 12 da Lei n. 6.368/76, possuía, à época do fato, a plena capacidade de determinar-se de acordo com o entendimento do caráter ilícito do dito fato.

Pelo acima exposto, o recurso defensivo merece ser desprovido.

Por outro lado, o recurso do Órgão Ministerial pugnando pela reforma do decisum, a fim de que o regime de pena seja cumprido integralmente no fechado, merece provimento, uma vez que, segundo reiteradas decisões deste Tribunal, por suas Câmaras Criminais, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o regime de pena nos chamados crimes hediondos, no qual se insere o do artigo 12 da Lei de Tóxicos, é cumprido integralmente em regime fechado, consoante preceito estampado no § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90.

Derradeiramente, recomenda-se à nobre Magistrada que compatibilize o valor de cada dia-multa aos parâmetros do artigo 38 e seus parágrafos da Lei n. 6.368/76, aplicável à espécie, e não o artigo 49 do Código Penal, esclarecendo-se, finalmente, à guisa de instrução, que o exame de dependência toxicológica, a teor do artigo 25 da Lei Antitóxicos, uma vez ultimado, deverá ser juntado aos autos e

não simplesmente apensados, como ocorrente in casu. Da mesma forma, giza-se a manifesta erronia do decisum guerreado em determinar a inscrição do nome da ré no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, eis que a tanto impede o princípio da presunção de inocência estampado no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal.

Por esses motivos, nega-se provimento ao recurso defensivo e, por maioria de votos, dá-se provimento ao recurso ministerial, para fixar o regime de pena a ser cumprido integralmente fechado.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Álvaro Wandelli. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 12 de maio de 1998.

José Roberge,
Presidente;
Alberto Costa,
Relator

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Álvaro Wandelli:

Já externei por diversas vezes meu posicionamento acerca da flagrante inconstitucionalidade do dispositivo da Lei n. 8.072/90, que veda a progressão de regime nos chamados Crimes Hediondos (§ 1º do art. 2º), por ferir o princípio da individualização da pena, inserto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição da República, ainda mais após a edição da Lei n. 9.455/97, que dispõe sobre o crime de tortura, diante

da isonomia entre os crimes reconhecida pela Carta Magna.

A Lei n. 8.072/90, em seu artigo 2º, § 1º, determina o cumprimento integral da pena privativa de liberdade em regime fechado, nos crimes hediondos, na prática de tortura, no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e no terrorismo. Discutível, contudo, a constitucionalidade desse dispositivo, em face do princípio da individualização da pena, previsto entre os Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, XLVI, da CF).

É inegável que a grande maioria da jurisprudência, inclusive do nosso Tribunal, entende ser incabível a progressão de regime, em se tratando de crime hediondo, sendo que o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela constitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, com a seguinte ementa:

“À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional” (HC n. 69.603 - Plenário, j. 18/12/92, DJU 23/4/93, pág. 6.922).

Em sentido contrário, partidário da tese da inconstitucionalidade do referido artigo, doutrina Jaques de Cargomo Penteadado:

“Há muito nos afastamos da pena tarifada. Uma coisa é fixar limites amplos para determinação do regime inicial de cumprimento da pena. Outra,

bem diversa, impedir progressão ao regime menos rigoroso depois de descontado certo período e apurado mérito do reeducando. A individualização repele qualquer tentativa de catalogação dos réus. Isto já seria uma medida de cunho generalizante, contrária à intenção individualizadora do Texto Constitucional (Ives e Bastos, ob. cit., pág. 237). Pena individualizada é a fixada pelo Poder Judiciário com determinação da forma inicial e acompanhamento do progresso para, saindo do regime original, aproximar o reeducando da liberdade gradativamente” (Pena Hedionda, in RT 674/286).

Esse posicionamento encontra ressonância no artigo 112 da Lei de Execução Penal, verbis:

“A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão”.

O cumprimento da pena em regime fechado, sem possibilidade de progressão, sem dúvida conduz à antiga concepção da sanção como finalidade unicamente repressiva, com um caráter exclusivamente expiatório e retributivo, contrária à moderna concepção de função socializadora da pena, que consiste em oferecer ao delinqüente o máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes, ao seu ingresso numa vida fiel ou conformada com o dever-ser jurídico-penal, visando à prevenção da reincidência por meio da colaboração voluntária e ativa daquele.

O sistema progressivo, além de compatível com o consagrado princípio da individualização da pena, tem caráter reeducativo e possibilita ao condenado, de acordo com o mérito demonstrado durante a execução, promoção a regime menos rigoroso, antes de atingir a liberdade. Por isso, a progressão constitui importante estímulo à ressocialização, o que não ocorre se a pena tiver de ser cumprida em regime integral fechado. Nesse último caso, como diz Jaques Camargo Penteado, “se o virtuoso aguarda recompensa pelo sacrifício, não é lícito esperar regeneração do infrator que não terá apreciado seu mérito eventual” (Pena Hedionda, ob. cit.).

Vale, sem prejuízo da brevidade, a transcrição do voto vencido do eminente Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento do HC n. 69.603-1/STF, que praticamente exauriu a matéria:

“Tenho como relevante a arguição de conflito do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 com a Constituição Federal, considerando que o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no n. XLVI do art. 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso.

“Preceitua o parágrafo em exame que nos crimes hediondos defini-

dos no art. 1º da citada Lei, ou seja, nos de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, genocídio, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e, ainda, terrorismo, a pena será cumprida integralmente em regime fechado.

“No particular, contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sócio-psicológicas que lhes são próprias, mas do epíteto criminoso no qual, por isto ou por aquilo, acabaram por se envolver. Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.

“Tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do mal pelo mal causado e que sabidamente é contrário aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está

umbilicalmente ligada à própria pena, no que acenado ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja de despersonalização?

“Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos -dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isto, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. Por sinal, a Lei n. 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem

que tenha progredido no regime. É que, pelo art. 5º da Lei n. 8.072/90, foi introduzido no art. 83 do CP preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançarem a liberdade condicional, desde que não sejam reincidentes em crimes de tal natureza — inciso V. Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional. Descabe a passagem do regime fechado para semi-aberto, continuando o incurso nas sanções legais a cumprir a pena no mesmo regime. No entanto, assiste-lhe o direito de ver examinada a possibilidade de voltar à sociedade, tão logo transcorrido quantitativo superior a dois terços da pena.

“Conforme salientado na melhor doutrina, a Lei n. 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada sob o clima da emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade.

“Por ela, os enquadráveis nos tipos aludidos são merecedores de tratamento diferenciado daquele disciplinado no Código Penal e não Lei de Execuções Penais, ficando sujeitos não às regras relativas aos cidadãos em geral, mas a especiais, despontando a que, fulminando o regime de progressão da pena, amesquinha a garantia constitucional da individualização.

“Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a

observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar-se o art. 59 do CP que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade — e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) — e a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

“Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984.

“Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.

“Com isto, concedo parcialmente a ordem, não para ensejar ao paciente qualquer dos regimes mais favoráveis, mas para reconhecer-lhe, porque cidadão e acima de tudo pessoa humana, os benefícios do instituto geral que é o da progressão do regime de cumprimento da pena, providenciando o Estado os exames cabíveis”.

O que se deve ter em mente, e é exatamente este o alcance que se deve empregar à garantia constitucional da individualização da pena, compatível com o atual estágio do Direito Penal, é que a segregação pura e simples do homem do convívio social tem aspecto de mero castigo, quando, hodiernamente, tem-se que o objetivo principal da sanção criminal é a recuperação do delinqüente, e isso só pode ser conseguido pelo emprego inteligente de processos de reeducação, e não apenas isolando-o completamente da sociedade, sem esperança nenhuma até o termo final do tempo de sua condenação.

Não obstante a insistência da jurisprudência amplamente dominante em admitir como constitucional a referida norma, vem tomando corpo sérias movimentações a favor do retorno para todos os crimes do sistema progressivo de execução da pena, ainda mais após a edição da Lei n. 9.455/97, que dispõe:

“Art. 1º, § 7º — O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”.

Imaginando-se, pois, a prática de crime hediondo, como é a tortura, e não por disposição legal, mas por disposição constitucional, instala-se a desigualdade entre os condenados por

este crime e os demais, chamados de hediondos, pois, somente para o primeiro incidirá a regra do citado art. 1º, § 7º.

E, como bem assinalou o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, no julgamento unânime do Recurso Especial n. 140.617—GO, pela 6ª Turma do colendo Superior Tribunal de Justiça, em 12/9/1997, cuja ementa tem o seguinte teor:

“REsp. Constitucional. Penal. Execução da pena. Crimes hediondos (Lei n. 8.072/90). Tortura (Lei n. 9.455/97). Execução. Regime fechado — A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou regime comum, considerando-se inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei n. 8.072/90 conferiu-lhes a disciplina jurídica, dispondo: ‘A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado’ (art. 2º, § 1º). A Lei n. 9.455/97 quanto ao crime de tortura registra no art. 1º, § 7º: ‘O condenado por crime previsto nesta lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado’. A Lei n. 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei n. 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a Lei dos Crimes Hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos progressão de regime”.

E, na 2ª Câmara Criminal do vizinho Estado do Rio Grande do Sul, te-

mos, inclusive, entendimento pela inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, neste particular, em face da Lei n. 9.034/95 (Crime Organizado), que dispõe no seu art. 10 que “os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado”:

“Progressão de regime. Crime hediondo. Norma constitucional que cerceia direitos ou garantias deve ser interpretada restritivamente, inclusive pelo legislador ordinário. O princípio da individualização da pena deve ser observado também na fase de execução, sendo absolutamente ilegítima a consideração do fato delituoso para fins de concessão dos benefícios executórios. A lei de combate ao crime organizado prevê o início de cumprimento da pena, seja qual for o crime decorrente de quadrilha ou bando, em regime fechado, e a recente Lei da Tortura, crime equiparado aos hediondos, autoriza a progressão, com o que esta, diante do princípio isonômico, perdeu a eficácia o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos” (Agravo, rel. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. em 7/8/97).

Ou seja, ao crime hediondo, praticado por quadrilha ou bando, incidirá o pefalado art. 10 da Lei n. 9.034/95 e não o art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, verdadeiro contra-senso.

Estas as razões pelas quais divergi dos meus pares.

Florianópolis, 30 de setembro de 1998.

Álvaro Wandelli.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.005588-1, DE CHAPECÓ**Relator: Des. Alberto Costa**

Apelação criminal — Homicídio culposo — Imprudência — Sentença absolutória — Recurso do assistente de acusação, pleiteando a condenação — Preliminar de intempestividade do apelo suscitada pelo representante do Parquet do Segundo Grau de Jurisdição — Prefacial de extemporaneidade recursal improcedente — Elementos probatórios constantes dos autos, assentados nas declarações do próprio apelante e de duas testemunhas que o acompanhavam no caminhão a demonstrar ter o acidente ocorrido por culpa exclusiva do réu, na forma de imprudência, culpa in committendo — Sentença reformada — Condenação decretada — Pena privativa de liberdade aplicada substituída por uma pena restritiva de direitos e multa — Preliminar de intempestividade rejeitada — Recurso provido.

— *Conforme expressamente dispõe o artigo 598 e respectivo parágrafo único do Código de Processo Penal, se o assistente do Ministério Público não se habilita antes da sentença, terá o prazo de quinze dias para recorrer, que começará a fluir a partir do trânsito em julgado para a acusação (Ap. Crim. ns. 22.349, de São Bento do Sul; 30.865, de Chapecó; 41.842, de São Domingos; e 97.007306-2, de Gaspar, acompanhando o entendimento do Excelso Pretório e sua Súmula 448).*

— *Age com culpa, na forma de imprudência, o sujeito ativo que, desatado das cautelas e cuidados necessários, em se conduzindo com arrojo e insensatez, seja porque já conhecedor das precárias condições da estrada por que trafegava à direção de pesado caminhão; seja porque não tomou as cautelas adequadas para impedir que o trator, solto como estava, mal-acondicionado no piso da carrocera do veículo, dele pudesse deslizar; seja, enfim, porque permitiu à inditosa vítima se aboletasse no assento do trator e uma outra pessoa se sentasse na esteira daquela máquina, ensejando a derrapagem e o tombamento do caminhão, e, por via de conseqüência, o deslizamento do pesado trator e a ocorrência do evento danoso descrito na denúncia, pouco importando a diminuta velocidade imposta ao veículo.*

— *O fenômeno da derrapagem constitui acontecimento que não escapa à previsibilidade de qualquer motorista que trafegue em*

pistas enlameadas, cascalhadas, arenosas ou molhadas, cumprindo acautelá-lo para evitá-lo, sob pena de ser responsabilizado pelas conseqüências.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.005588-1, da comarca de Chapecó (1ª Vara), em que é apelante o Assistente do Ministério Público, sendo apelados a Justiça, por seu Promotor, e Magno Cesar Schneider:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, afastar a preliminar de intempestividade e, no mérito, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Chapecó, 1ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Mario Cezar Schneider, dando-o como incurso nas sanções do artigo 121, § 3º, do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: "...No dia 24 de outubro de 1994, por volta das 16h30min, em Linha Matte, interior do município de Guatambu, nesta comarca, ocorreu um acidente de trânsito, quando o caminhão marca Chevrolet placa HY 0011, pertencente à Prefeitura Municipal de Guatambu, dirigido pelo acusado Mario Cezar Schneider, veio a derrapar no leito carroçável e, por conseqüência, tombar à margem da estrada, ocasionando a morte de Antonio Alcides de Moraes, por traumatismo torácico (laudo de fls. 5), que ocupava a carroceria do citado veículo.

"Na oportunidade, o motorista infrator, dirigia o pesado veículo, carregando um trator. Em face do tombamento ocorrido, dito trator caiu sobre a

vítima, ocasionando-lhe morte instantânea.

"A culpa do infausto acontecimento é do acusado, pois, naquele dia, além de dirigir o caminhão, com a pesada carga, em velocidade incompatível, demonstrando imprudência, cumpria o trajeto daquela estrada vicinal, em terreno escorregadio, pois haviam ocorrido chuvas no local. Indiferente ao estado precário da rodovia, desatento quanto aos cuidados que deveria tomar e, pela marcha excessiva, não logrou estancar o automotor a tempo de evitar a derrapagem e tombamento, propiciando as conseqüências relatadas..." (fls. 2/3).

Na audiência de instrução e julgamento, o Órgão Ministerial propôs a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, a qual não foi aceita pelo acusado e seu defensor.

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, absolvendo Mario Cezar Schneider com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Neste ínterim, aportou nos autos petição dos familiares da vítima, por intermédio de defensor, requerendo a habilitação como assistentes de acusação e apresentando recurso de apelação, eis que inconformados com o edito absolutório.

O Magistrado a quo, a fls. 49v., após manifestação negativa do Órgão Ministerial, deferiu a admissão do assistente de acusação e recebeu o re-

curso por ele interposto, com fundamento no artigo 598, parágrafo único, do Código de Processo Penal, e Súmula 448 do Supremo Tribunal Federal.

Em suas razões, o assistente de acusação alega ter restado comprovada, nos autos, a culpabilidade com que agiu o acusado no evento danoso, na forma de imprudência, pois transportava a vítima na carroceria aberta do caminhão, sem nenhuma proteção; o trator que estava sendo carregado não estava preso; conduzia o veículo indiferente ao estado precário da estrada e pela marcha excessiva empreendida, não logrou estancar o automotor a tempo de evitar a derrapagem e o acidente.

Oferecidas as contra-razões, nas quais o Dr. Promotor de Justiça reitera os termos da prefacial de extemporaneidade do apelo, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Valdir Vieira, pelo provimento do recurso.

Inicialmente impende enfatizar que o Dr. Promotor de Justiça e o douto defensor do apelado, nas contra-razões oferecidas, suscitaram preliminar de intempestividade do recurso aforado pelo Assistente do Ministério Público, ao argumento de o órgão acusatório ter sido intimado da decisão absolutória em 13 de junho de 1997 e fluído o prazo para apelar em 19 de junho de 1997. O pleito recursal do acusador particular, porque protocolado em 23 de junho de 1997, foi aforado a destempo, pelo que não deve ser conhecido.

A prefalada prejudicial de extemporaneidade do recurso improcede.

Ora, se o assistente do Ministério Público, como no caso dos presentes autos, não se habilitou antes da sentença, terá o prazo de quinze dias para recorrer, que começará a fluir a partir do trânsito em julgado para a acusação, conforme expressamente dispõe o artigo 598 e respectivo parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido a jurisprudência deste Tribunal, inserta nas Apelações Criminais ns. 22.349, de São Bento do Sul; 30.865, de Chapecó; 41.842, de São Domingos; e 97.007306-2, de Gaspar, acompanhando a ensinança do Excelso Pretório e sua Súmula 448.

E não discrepa desse entendimento a doutrina pátria, consoante muito bem anotado por Julio Fabbrini Mirabete:

“A regra concedendo o prazo de quinze dias só se aplica àquele que não estava habilitado e que, portanto, não é intimado da decisão, justificando-se o prazo mais dilatado” (Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, São Paulo, 5ª ed. atualizada até abril de 1997, pág. 767).

In casu, o doutor Promotor de Justiça foi intimado da decisão monocrática no dia 13/6/97, uma sexta-feira, razão pela qual o prazo para recorrer ultimou-se no dia 20/6/97. E o assistente de acusação que se habilitou nos autos tão-somente no dia 23/6/97, por intermédio da petição de fls. 43/44, mista de requerimento de admissão no feito e de aforamento da súplica recursal, fê-lo tempestivamente dois dias depois do término do prazo para even-

tual inconformismo do órgão acusador.

Por isso, rejeita-se a preliminar suscitada tanto pela acusação quanto pelo apelado.

Quanto ao mérito, a razão está, evidentemente, com o recorrente.

Com efeito, a prova recolhida nos autos, principalmente a emanada das declarações do próprio réu, e das testemunhas Alcides José Dutra (fls. 12) e Valdelírio Mendes (fls. 19 e 29v.), ocupantes do caminhão sinistrado, demonstra, de modo satisfatório, que o desditoso acidente causador da morte da vítima Antonio Alcides de Moraes deu-se por culpa exclusiva do acusado, na forma de imprudência, culpa in committendo, imprevisão ativa.

Essa culpa do réu, na forma de imprudência, caracterizou-se, no caso sub examen, em agir o agente ativo, o ora apelado, desatado das cautelas e cuidados que se faziam necessários, com arrojo e insensatez, seja porque já conhecia as precárias condições da estrada pela qual trafegava com o pesado caminhão; seja porque não tomou as cautelas adequadas para impedir que o trator, solto como estava, mal-acondicionado, pudesse deslizar sobre o piso da carroceria; seja, enfim, porque permitiu à inditosa vítima Antonio Alcides de Moraes se aboletasse no assento do trator, e a testemunha Alcides José Dutra se sentasse na esteira daquela máquina.

Ademais, pouco importa se a velocidade imposta ao caminhão fosse pequena. Interessa, sim, para a configuração da terrível imprudência com que se houve o acusado, o fato de arrostar o perigo, nada fazendo para impedir que a vítima e a testemunha Alci-

des José Dutra se posicionassem sobre o trator, solto na carroceria; e de dirigir o pesado caminhão em condições totalmente adversas, de tempo, momento e local, com o piso da estrada molhado e fofo, ensejando a derrapagem e o tombamento do caminhão, e, por via de consequência, o deslizamento do pesado trator e a ocorrência do evento danoso descrito na denúncia.

Quanto ao fenômeno da derrapagem, necessário salientar tratar-se ele de acontecimento que não escapa à previsibilidade de qualquer motorista que trafegue em pistas enlameadas, cascalhadas, arenosas ou molhadas, cumprindo acautelá-lo, sob pena de ser responsabilizado pelas consequências.

Nesse sentido, a orientação pacífica da jurisprudência dos tribunais.

A culpa *stricto sensu* do apelado, na forma de imprudência, desponta demonstrada no caso dos presentes autos, sem sombra de qualquer dúvida, e em virtude de ele ter transgredido os elementos configuradores do delito previsto no artigo 121, § 3º, do Código Penal. Merece reforma a douta sentença que o absolveu com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, ditando-se-lhe, destarte, provimento condenatório.

No que tange à dosimetria da pena, é bem de ver que o apelado não registra antecedentes criminais, sendo portador de boa conduta social e personalidade normal. As circunstâncias da infração são próprias do tipo e por isso não serão consideradas nesta fase. Quanto às consequências da infração, revelam-se graves, pois a morte da vítima deixou na orfandade seus fi-

Ihos Débora, Vanessa e Dieme Moraes, todos menores de 10 (dez) anos (docs. de fls. 46/48), e em situação de intensa dificuldade sua companheira Maria de Fátima Dias, eis que, como mecânico, sustentava a família. No que pertine à culpabilidade do apelado, reputar-se-á como muito censurável, eis que, sendo ele possuidor de senso médio, era de se lhe exigir que agisse de conformidade com o direito.

Quanto ao comportamento da vítima, pouco concorreu para o evento danoso.

Nos termos do artigo 59 do Código Penal, acima analisados, fixa-se ao acusado a pena-base de 1 (um) ano de detenção, tornada definitiva em face da inoccorrência de agravantes e atenuantes legais, e bem assim de causas de especial aumento ou de diminuição de pena.

O apelado cumprirá a pena em regime aberto.

De outra parte, preenchendo o apelado os requisitos do artigo 44, incisos I a III, do Código Penal e considerando o disposto no parágrafo único do aludido dispositivo legal, substitui-se a pena privativa de liberdade por uma

restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade e ao pagamento da pena de multa, estabelecida em 10 (dez) dias- multa, cada dia no seu valor mínimo legal.

Ante o exposto, afastada a preliminar de intempestividade do recurso, a Câmara, à unanimidade, dá provimento ao apelo para, reformando a decisão guerreada, dar o apelado como incurso nas sanções do artigo 121, § 3º, do Código Penal e condená-lo ao cumprimento da pena de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, substituída pela pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade e pagamento da pena de multa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 3 de novembro de 1998.

José Roberge,
Presidente;
Alberto Costa,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.001194-1, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Alberto Costa

Crime contra o patrimônio — Furto duplamente qualificado (art. 155, § 4º, incisos I e IV, do CP) — Condenação — Pleito absoluto fulcrado na insuficiência de provas, por embasado exclusivamente nos depoimentos prestados por policiais — Pretensão alternativa de desclassificação do delito para a sua forma tentada, e de redução da pena, com a aplicação do benefício estampado no § 2º

do art. 155 do CP, em face, também, da incorrência da agravante da reincidência e pela ocorrência do bis in idem, pois, ante o concurso de qualificadoras do furto, uma delas foi usada como causa de especial aumento — Negativa de autoria dissociada do contexto probatório amealhado — Valor do testemunho do policial civil ou militar como supedâneo à condenação — Declarações de testemunhas de defesa que não favorecem ao apelante — Pretensão absoluta im procedente — Negativa de autoria dissociada do contexto probatório amealhado — Palavras das vítimas dando conta da subtração da res furtiva, nem todas recuperadas — Crime consumado e não meramente tentado — Inaplicabilidade da benesse do furto privilegiado à espécie, em virtude do valor dos objetos furtados ter superado, em muito, o valor de um salário mínimo — Tese absoluta e alternativa de desclassificação do delito para a forma tentada, com a aplicação do furto privilegiado, inacolhidas.

Pena — Individualização — Reincidência do apelante indemonstrada nos autos — Qualificadora do furto (concurso de pessoas) incidente na primeira fase da dosimetria — Reincidência do apelante descomprovada nos autos, considerada na segunda fase, e qualificadora do furto (concurso de pessoas) aplicada na terceira fase da dosimetria como causa de especial aumento — Inadmissibilidade — Ocorrência do bis in idem — Adequação da pena — Estabelecimento do regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva.

Recurso parcialmente provido.

— “O policial, civil ou militar, não está impedido de depor tão e só em razão da condição funcional que ostenta, sendo pacífico o entendimento pretoriano no sentido de que o depoimento desse servidor público tem o mesmo valor probante atribuído às pessoas não pertencentes aos quadros da polícia civil ou militar, se isento de má-fé ou suspeita, como no caso” (Ap. Crim. n. 27.838, de São José).

— Desde que as declarações das testemunhas de acusação encontrem forte ressonância nas palavras das vítimas e na prova testemunhal produzida pela própria defesa, queda despicienda a tese defensiva da negativa de autoria.

— A falta de apreensão dos objetos furtados, quando eles se percam, pereçam, são consumidos ou os meliantes lhes dêem fim ignorado, constitui empeco à configuração do furto em sua forma tentada.

— “A figura do furto qualificado é incompatível com o furto privilegiado, até por uma questão de topografia eis que o benefício do § 2º somente alcança o caput do artigo.

“As exceções que a jurisprudência vem admitindo, exige minuciosa análise de caso a caso no afã de poupar delinqüente primário, violador eventual de objeto de restrito valor, das conseqüências maléficas do cárcere” (JC 73-565/6).

— “As circunstâncias estampadas nos incisos I a IV do § 4º do artigo 155 do Código Penal constituem qualificadoras do furto, e quando presentes, por exemplo, duas delas, a primeira qualificará o delito, enquanto a segunda, quando muito, poderá ser considerada como circunstância judicial, amoldada ao artigo 59 do Código Penal, porque, na verdade, referidas qualificadoras não são enquadráveis às hipóteses dos artigos 61 e 62 do Estatuto Repressivo Penal, e, muito menos, guardam qualquer compatibilidade com as causas de especial aumento de pena previstas nas Partes Geral e Especial do supramencionado Diploma Legal” (Ap. Crim. n. 28.872, de Tangará, deste Relator).

— A substituição da pena reclusiva nos moldes preconizados no artigo 44, inciso I, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.714, de 25/11/98, torna-se inviável quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem não ser essa substituição suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.001194-1, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que é apelante Enir José Soares, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso para reajustar a reprimenda para 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 15 dias-multa.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Criciúma, 1ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Enir José Soares, vulgo “Mito”, e Jair Fernandes, vulgo “Dedeco”, dando-os como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: “Na madrugada do dia 19 de dezembro, por volta das 24 horas, na Rua Des. Pedro Silva, s/n, nesta, os denunciados, previamente acumpliciados com animus furandi, romperam a porta principal do prédio do DAE/Ipesc/Junta Médica, adentrando no seu interior, ocasião em que subtra-

iram, para proveito próprio, um estabilizador de voltagem Megacomp Eletrônica Ltda., n. 2026633, patrimônio n. 1996778 e uma máquina de escrever, manual, Olivetti, n. 166790 (Termo de Apreensão de fls.)" (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Enir José Soares e Jair Fernandes às penas de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e 20 (vinte) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato, por infringirem o disposto no artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal.

Inconformados, os acusados, por cota nos autos, apelaram objetivando a absolvição.

Jair Fernandes alega que não restou comprovada sua participação no delito, estando a prova embasada apenas nos depoimentos dos policiais participantes da diligência.

Alternativamente, requer a desclassificação do delito para a sua forma tentada e a redução da pena aplicada, por exacerbada.

O acusado Enir José Soares sustenta inexistir prova suficiente à condenação, pois alicerçada esta apenas em suposições e nos depoimentos dos policiais. Requer, alternativamente, a desclassificação do delito para a forma tentada.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. André Carvalho, pelo provimento parcial dos recursos, a fim de ser reconhecida a figura da tentativa e a redução da pena, por incorrente a agravante da reincidência.

Neste ínterim, o defensor de Enir José Fernandes encaminhou a este egrégio Tribunal de Justiça petição emendando as razões recursais, as quais após juntada aos autos, foram encaminhadas à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, ratificou o exarado a fls. 109/112, subscrito pelo Dr. André Carvalho.

Esta egrégia Segunda Câmara Criminal, por acórdão de fls. 132/135, à unanimidade, concedeu habeas corpus, de ofício, para anular a decisão apelada, em virtude de o Magistrado a quo não ter apreciado uma das teses defensivas, qual seja, a do furto privilegiado.

Na origem, nova sentença foi prolatada, irrogando aos acusados Enir José Soares e Jair Fernandes as penas de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e 20 (vinte) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato, por infringirem o disposto no artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal.

Inconformado, o acusado Enir José Soares apelou objetivando a absolvição, alegando não restar comprovado ter praticado o delito que lhe é imputado, estando a condenação embasada apenas nos depoimentos prestados pelos policiais participantes da diligência.

Alternativamente, requer: a) a aplicação do benefício estampado no § 2º do artigo 155 do Código Penal, haja vista ser o apelante primário e de pequeno valor a res furtiva; b) o reconhecimento da figura da tentativa, pois foi surpreendido, com seu comparsa, na posse dos objetos furtados, os quais

foram largados no chão e empreenderam fuga, não havendo, em momento algum, a posse tranqüila da res furtiva; e, c) a diminuição da pena aplicada, por exacerbada, em virtude da inocorrência da reincidência, e porque, no concurso de qualificadoras, a segunda não pode ser usada como causa de especial aumento, sob pena de incorrer no bis in idem.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância e foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, opinou pelo provimento parcial do recurso, apenas para o fim de ser minorada a reprimenda irrogada, haja vista ter ocorrido a figura da tentativa e pela inocorrência da agravante da reincidência.

A pretensão absolutória carece de qualquer procedência, eis que a prova testemunhal emanada das declarações dos policiais militares Nixon Delfino Marques (fls. 57/58) e Edio Nunes (fls. 59/60) demonstra de maneira clara e inequívoca terem sido o apelante Enir José Soares e seu comparsa Jair Fernandes os autores do injusto típico penal descrito na denúncia.

Referidos policiais militares realizaram a prisão dos réus, cumprindo diligência ordenada pelo Copon, à vista da notícia de que havia ocorrido um arrombamento no prédio do DAE/Ipesc/Junta Médica. Em lá chegando, depararam com os meliantes nas imediações do estabelecimento, carregando uma máquina de escrever e o outro um estabilizador de voltagem.

Ao avistarem os agentes policiais, os réus desfizeram-se dos objetos e fugiram em desabalada carreira,

culminando por serem presos, logo em seguida.

O co-réu Jair Fernandes não recorreu do decisum condenatório, e a ilustre defesa do apelante, no afã de inocentá-lo, busca desconstituir a prova originária dos depoimentos dos policiais militares, ao enfoque de apresentarem-se desvaliosos, por terem os milicianos participado da diligência que redundou na lavratura do auto flagrancial e no oferecimento da denúncia.

No entanto, sem razão a defesa: a uma, por não terem oferecido qualquer contradita quando da tomada dos depoimentos das testemunhas antes referidas; a duas, por ser mais do que pacífico o entendimento de que os policiais civis e militares não estão impedidos de deporem sobre fatos que tomaram conhecimento nas diligências de que tenham participado. Seus depoimentos têm idêntico valor ao que se dá ao de qualquer outra pessoa, imerecendo aceitação somente quando desarmônicos, suspeitos ou eivados de má-fé, que não é, evidentemente, o caso dos presentes autos.

Já se decidiu: “O policial, civil ou militar, não está impedido de depor tão e só em razão da condição funcional que ostenta, sendo pacífico o entendimento pretoriano no sentido de que o depoimento desse servidor público tem o mesmo valor probante atribuído às pessoas não pertencentes aos quadros da polícia civil ou militar, se isento de má-fé ou suspeita, como no caso” (Ap. Crim. n. 27.838, de São José).

Ora, sendo característica do furto dar-se quase sempre às escondidas, em horas tardias, como ocorrente in fattispecie, e, surpreendidos os réus

na faina criminosa, na posse da res furtiva tão e só pelos aludidos policiais, curial emprestar aos depoimentos deles relevante valor probatório, sob pena de, optando pela rejeição, ensejar aos réus enveredarem-se pelos caminhos da impunidade, com o desarme e a inutilidade do braço repressor da sociedade.

Demais disso, merece enfatizar-se que as declarações das testemunhas em referência encontram forte ressonância na prova coligida, inclusive na produzida pela própria defesa.

Com efeito, é bem de ver que a testemunha de defesa Pedro Paulo Elias, perante o Magistrado a quo, declarou ter sabido por intermédio da vizinhança que os acusados, seus vizinhos, envolveram-se no delito de furto, os quais — realce-se — Pedro Paulo, vira na noite dos fatos, juntos, por volta das 19 horas.

A autoria do delito apresenta-se mais que manifesta, rejeitando-se, portanto, a tese absolutória.

No que tange ao clamor defensivo visando à desclassificação do delito de furto qualificado consumado para a sua forma tentada, e em que pese a força do parecer ministerial nesse sentido, melhor não é a sorte do apelante, pois os elementos probatórios arregimentados nos autos conspiram contra essa pretensão.

De fato, ao serem oitivados, os representantes das vítimas, do Departamento de Edificações Obras Hidráulicas e do Ipesc, senhores Egidio Stefano Stopassoli e Bruno Scheneider Bortoluzzi, respectivamente, afirmaram terem sido subtraídos daquelas repartições públicas os objetos descri-

tos nos autos, inclusive os especificados nas suas declarações.

Vários foram recuperados, apreendidos, outros não, como as máquinas calculadoras (duas) subtraídas do Ipesc, inegavelmente pelos réus, no dia assinalado na exordial acusatória.

Claro está que, se alguns dos bens furtados pelos réus desapareceram e não retornaram às mãos das vítimas, como, v. g., as calculadoras acima referidas e o tal estojo de Normógrafo, aludido pelo representante do D.E.O.H. a fls. 42, o furto consumou-se em sua inteireza, não havendo falar em ocorrência de mera tentativa.

Nesse passo, convém assinalar que, segundo remansosa jurisprudência dos nossos tribunais, a falta de apreensão dos objetos furtados, quando eles se percam, pereçam, são consumidos, ou os meliantes lhes dêem fim ignorado, não constitui empeco à configuração do furto.

Por sobre tudo isso acrescenta-se a circunstância de a res furtiva ter estado fora da vigilância das vítimas por dilatado tempo, de tal modo que parte dela somente foi encontrada em um matagal existente nas imediações do prédio do D.E.O.H./Ipesc/ Junta Médica na manhã do dia dos fatos, alertada a polícia por uma vizinha do prédio.

Com toda certeza, os réus estiveram por mais de uma vez no interior do prédio antes referido, naquela noite, no labor delituoso, escondendo, ou depositando parte do material subtraído no tal matagal, com o inegável escopo de apanhá-lo mais tarde.

Nessa conformidade, configurado, às escâncaras, o delito de furto, em sua forma qualificada, não há como dar

guardada à pretensão desclassificatória almejada pela defesa.

No que concerne ao pedido de aplicação do privilégio inscrito no § 2º do artigo 155 do Código Penal, assim se expressou esta egrégia Câmara na Apelação Criminal n. 28.857, de Porto União, relatada pelo eminente Desembargador José Roberge, transcrita in Jurisprudência Catarinense 73, págs. 565/566, cuja ementa é a seguinte:

“Furto qualificado e furto privilegiado.

“A figura do furto qualificado é incompatível com o furto privilegiado, até por uma questão de topografia eis que o benefício do § 2º somente alcança o caput do artigo.

“As exceções que a jurisprudência vem admitindo, exige minuciosa análise de caso a caso no afã de poupar delinqüente primário, violador eventual de objeto de restrito valor, das conseqüências malélicas do cárcere”.

Na espécie dos presente autos, embora o apelante apresente primariedade técnica, não faz jus ao benefício, eis que o valor dos objetos subtraídos, exclusivamente os devolvidos às vítimas graças à intervenção da polícia e o aviso de terceiro, estimados em R\$ 685,00 (seiscentos e oitenta e cinco reais) (fls. 46), superou, em muito, o valor de um salário mínimo, não se confundindo, ademais, o pequeno valor da coisa, se fosse esse o caso em julgamento, com a diminuição ou a inexistência de prejuízo pela restituição da coisa ou pela composição do dano.

Destarte, inaplicável à hipótese vertente o privilégio pretendido pelo apelante.

Por outro lado, procede o pleito recursal na parte que se insurge contra a dosimetria da pena realizada pelo Dr. Juiz de Direito a quo, colimando a defesa a diminuição da reprimenda, com a exclusão da agravante da reincidência e o indevido aumento fulcrado no reconhecimento de qualificadora do furto como causa de especial aumento.

De fato, ao individualizar a pena do apelante e de seu comparsa, o Togado não se houve com acerto, haja vista que, já na primeira fase da dosimetria, após a análise dos elementos do artigo 59 do Código Penal, ao qual inclui a qualificadora do inciso IV do § 4º do artigo 155 do Digesto Penal, estabeleceu a pena-base em 3 (três) anos de reclusão.

Ora, a referida qualificadora, do modo como foi posta na sentença, agiu como verdadeira circunstância legal de agravação da pena, cogitável apenas na segunda fase da fixação da pena, se compatível com qualquer dos incisos do artigo 61 do Código Penal.

Quanto muito, e com ressalva do entendimento pessoal deste relator, referida qualificadora poderia imigrar para o artigo 59 do Estatuto Repressivo Penal a título de circunstâncias do crime.

Mas, a tanto parece não ter cogitado o Magistrado a quo, eis que, ao analisar os elementos do precitado artigo 59, considerou as circunstâncias do crime como normais à espécie.

De outra parte, na segunda fase da dosimetria, o digno Juiz de Direito sentenciante fez incidir sobre o quantum apurado na fase anterior a agravante da reincidência (CP, art. 61, I), aumentando a reprimenda em 6 (seis) meses.

Acontece, todavia, que o apelante não é reincidente, conforme se deduz das certidões de fls. 23 e 25, cujas condenações datam de 1989 e 1990, com a reincidência prescrita.

Na terceira fase da aplicação da pena, o Togado considerou como presente a causa de especial aumento do concurso de agentes (inciso IV, § 4º, do art. 155, do CP), aumentando a reprimenda de 1 (um) ano, tornando definitiva a pena em 4 (anos) e 6 (seis) meses de reclusão.

Apresenta-se devidamente evidenciado que o ilustre Sentenciante reconheceu uma qualificadora do furto como causa de especial aumento de pena, entendimento que não encontra o mínimo respaldo legal.

É da jurisprudência desta Corte de Justiça o entendimento de que “— As circunstâncias estampadas nos incisos I a IV do § 4º do artigo 155 do Código Penal constituem qualificadoras do furto, e quando presentes, por exemplo, duas delas, a primeira qualificará o delito, enquanto a segunda, quando muito, poderá ser considerada como circunstância judicial, amoldada ao artigo 59 do Código Penal, porque, na verdade, referidas qualificadoras não são enquadráveis às hipóteses dos artigos 61 e 62 do Estatuto Repressivo Penal, e, muito menos, guardam qualquer compatibilidade com as causas de especial aumento da pena previstas nas Partes Geral e Especial do supramencionado Diploma Legal” (Ap. Crim. n. 28.878, de Tangará, deste Relator).

Como se vê, o MM. Juiz estabeleceu um verdadeiro *bis in idem*, ao incluir a qualificadora do concurso de agentes estampada no inciso IV do §

4º do Código Penal, na primeira fase da dosimetria, como se fora uma agravante legal, e ao depois, na terceira fase, reconhecendo-a como uma causa de especial aumento.

O mesmo equívoco operou-se relativamente à fixação da pena de multa.

Afastadas, pois, da condenação, a agravante da reincidência, por que inócua, e a qualificadora do inciso IV do § 4º do Código Penal, como agravante legal e causa de especial aumento, por absoluta inadmissibilidade, a aplicação da pena do apelante fica estabelecida na seguinte conformidade: culpabilidade censurável em grau médio, pois dispunha ele da perfeita consciência da ilicitude de sua ação, sabendo ou devendo saber que atuava contrariamente ao direito. Portador de maus antecedentes, com processo em andamento (fls. 23), apresenta má conduta social e personalidade voltada para a prática de crimes contra o patrimônio. O desejo da obtenção de lucro, desatado do trabalho honesto, motivou-o para o crime. As circunstâncias do crime, ligadas ao fato de unir-se a comparsa para a prática do delito, revelam maior insensibilidade moral em relação ao patrimônio alheio. As conseqüências do crime foram relativamente graves, porque as vítimas não recuperaram integralmente os objetos furtados. Já o comportamento das vítimas em nada contribuiu para a conduta do apelante.

À vista dos elementos do artigo 59 do Código Penal, analisados acima, fixa-se a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, tornada definitiva ante a ausência de agravantes e atenuantes legais, e bem assim

de causas de especial aumento e de diminuição de pena.

Atendidos os parâmetros dos artigos 49 e seu § 1º, 60, caput, e 59, ambos do Código Penal, estabeleceu-se a pena de multa-tipo basicamente em 15 (quinze) dias-multa, cada dia no seu valor mínimo legal.

O pagamento da pena pecuniária dar-se-á de conformidade com o preceituado na decisão recorrida.

O regime de pena será o aberto, cujas condições deverão ser ditadas pelo Juízo da Execução.

Inviável a substituição da pena reclusiva nos moldes preconizados no artigo 44, inciso I, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.714, de 25/11/98, em virtude de a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem não ser essa substituição suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso apenas para reajustar a reprimenda e estabelecer o regime aberto para o respectivo cumprimento, mantidas as demais cominações da sentença recorrida, vencido o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, que concedia habeas corpus, de ofício, ao co-réu não apelante para excluir o acréscimo indevido na pena como causa de aumento inexistente.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi e Nilton Macedo Machado, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 4 de maio de 1999.

José Roberge,
Presidente;
Alberto Costa,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado:

Reconhecendo-se que o provimento parcial da apelação não é fundado em motivos de caráter exclusivamente pessoal, uma vez que se trata de circunstância qualificadora objetiva (concurso de pessoas), imperativa a extensão do julgado ao co-réu, reduzindo-lhe igualmente a pena a teor do que dispõe o art. 580 do Código de Processo Penal: “a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundada em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros”.

Colhe-se, por oportuno, a transcrição das palavras do ilustre Min. Vicente Cernicchiaro, em despacho no Habeas Corpus n. 7.768—RJ, de 27/8/98, DJU de 4/9/98:

“Como o recurso é facultativo, provocará eventual modificação relativamente ao recorrente. Não alcança terceiro que não desejou recorrer. É o que, na Teoria Geral dos Recursos, se denomina — apelabilidade subjetiva. Resulta, então, o segundo julgado refletir-se quanto ao recorrente (claro, por consequência, relativamente também à contraparte). Não alcança o co-réu.

“A complexidade de princípios que comandam o processo penal obriga amenizar essa rigidez. Não direi exceção, mas consequência lógica. Trata-se do disposto no art. 580, CPP, verbis: ‘No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal,

aproveitará aos outros’. Hoje, onde se lê art. 25, leia-se art. 29.

“Essa norma resulta do princípio da verdade real. O processo penal se justifica. O Estado só pode punir alguém por haver praticado infração penal. E mais. Conforme as características dessa infração. Nesta, há circunstâncias essenciais (elementos constitutivos) e acidentais (agregam-se às elementares), embora, na Teoria Geral do Direito, fala-se também em tipo fundamental e tipo derivado.

“Esses elementos (circunstâncias) são objetivos (não consideram características pessoais), ou subjetivos (projetam características, ou dados da pessoa).

“A definição do crime e a fixação da pena muitas vezes levam em conta circunstâncias subjetivas (ex. — crime de estupro — sujeito passivo: mulher; crime de rapto — sujeito passivo: mulher honesta). A individualização da pena também se refere a essa característica. É circunstância agravante o crime cometido contra ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.

“De outro lado, ‘não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime’ (CP, art. 30).

“Imagine-se A e B condenados pelo crime de lesão corporal por agressão a C, esposa de A. A sentença condenou-os pelo crime definido no art. 129, CP, e majorou para ambos a pena pela circunstância de delito contra cônjuge.

“Imagine-se ainda que somente A recorreu, arguindo inexistência do fato e não ser casado com a vítima.

“Se o Tribunal der provimento ao recurso, cumpre analisar o dispositivo:

“a) negado o fato, A (recorrente) será absolvido;

“b) reconhecido o fato, e também A ser cônjuge de C (vítima), mantém-se a circunstância agravante.

“Essa decisão repercutirá em B, apesar de não haver recorrido, nos termos que seguem:

“a) negado o fato, também será absolvido;

“b) reconhecido o fato e que A é casado com C, excluir-se-á a circunstância agravante — crime cometido contra cônjuge. É circunstância de caráter pessoal. Assim, apesar de não haver recorrido, B será beneficiado, na

hipótese imaginada, com diminuição da pena.

“Isso é possível porque o recurso devolverá ao tribunal competente a reapreciação da matéria decidida. E, por imperativo de Justiça, estender-se-á, nos limites do julgado, o mesmo tratamento normativo ao co-réu. A doutrina trata o fato como — alcance do julgado”.

Por essas razões e em cumprimento ao comando do art. 580 do CPP, concedia habeas corpus, de ofício, ao co-réu não apelante para excluir o acréscimo indevido na pena decorrente de causa de aumento inexistente.

Florianópolis, 9 agosto de 1999.

Nilton Macedo Machado.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.013732-0, DE CURITIBANOS

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Júri — Apresentação de documento em plenário sem prévia comunicação à parte contrária — Inteligência do art. 475 do CPP — Protesto do representante ministerial constado em ata — Prejuízo demonstrado — Nulidade reconhecida.

O Código de Processo Penal veda a exibição de documentos em plenário, cujo conteúdo verse sobre matéria de fato do processo, sem que tenham sido comunicados à parte contrária com a antecedência, pelo menos, de três dias, sob pena de nulidade, se restar demonstrado o prejuízo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.013732-0, da comarca de Curitiba, em que são apelantes a

Justiça, por seu Promotor, e o Assistente de Acusação, sendo apelados Marco Aurélio Ribeiro e Adelmo de Moraes:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes provimento, anulando o julgamento, para que a outro sejam submetidos os réus, prejudicado o segundo argumento recursal, referente à alínea d do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Curitiba, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Marco Aurélio Ribeiro, Adelmo de Moraes, Sérgio Evair Alencar, Valdir Gomes Damasceno e Édison Normélio, dando-os como incurso, o primeiro, nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV; art. 129, caput, c/c art. 69; o segundo, nas mesmas disposições, combinadas com o art. 29; e os demais, por infração aos arts. 121, § 2º, II e IV, 129, caput, e 135, c/c arts. 69 e 29, todos do Código Penal, porque:

“No dia 3 de novembro de 1995, aproximadamente à 0h15min (durante a madrugada), um grupo de rapazes e moças encontravam-se no interior da Lanchonete ‘Cachorrão’, situada no Edifício Gaboardi Center, no centro desta cidade, momento em que assistiam a uma partida de futebol na TV.

“Ali também chegaram e adentraram, à paisana, os soldados Marco Aurélio Ribeiro e Adelmo de Moraes, ambos componentes da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, o primeiro portando dois revólveres, um calibre 38 e outro 32, e o segundo portando um revólver calibre 38 (termo de apreensão de fls. 22 — armas particulares), acompanhados de mais um amigo de nome Adejaime José Kern, os quais exibiam aos presentes ostensivamen-

te as suas armas, gerando um clima de preocupação entre os presentes.

“Advertida pelos jovens e preocupada com o comportamento dos denunciados Marco Aurélio e Adelmo, a proprietária do estabelecimento, de nome Adriana Krieger Camargo, resolveu abordá-los na mesa onde se encontravam, tentando convencê-los a se retirarem do local, oportunidade em que Marco Aurélio respondeu-lhe ‘Nós podemos entrar armados aqui sim, somos policiais’ (fls. 4), e em seguida, quando os denunciados levantavam-se para ir ao balcão, Marco Aurélio bateu em um copo, quebrando-o.

“Nervosa com o comportamento dos ora denunciados, Adriana Krieger Camargo — a proprietária — telefonou para a Radiopatrulha local, número 190, relatando os fatos, solicitando com urgência a presença da Polícia.

“Alguns minutos após — diga-se ‘longos’ para a necessidade e tipo de trabalho — chegou uma viatura da PM (Kombi) com três Policiais Militares, ora também denunciados, Sérgio Evair Alencar, Valdir Gomes Damasceno e Édison Normélio de Oliveira Matos, os quais, previamente sabedores, subiram a escadaria do prédio e se dirigiram ao estabelecimento, passando na calçada, ao lado de Marco Aurélio, deixando-o para trás, sem ao menos desarmá-lo, apesar de terem sido informados pelos jovens Gean Guimarães, Fernando Dalligna, de que os mesmos estavam armados, tendo este último recebido um soco no rosto, desferido pelo denunciado Adelmo de Moraes, pelo simples fato de tê-lo apontado à Guarnição Militar de que era um dos elementos armados.

“Na calçada da avenida, defronte da Lanchonete falada, junto à escadaria que dá acesso à mesma, permaneceram os jovens Heron Bini da Frota Júnior, Dionei Fernando Dalligna, Maurício Tagliari e a vítima Luciano Maurício dos Santos, bem como o denunciado Marco Aurélio Ribeiro, oportunidade em que Marco, súbita e sorrateiramente, voltou-se contra a vítima Luciano e no momento em que dizia ‘porque você estava rindo de mim lá dentro’, e Luciano respondia ‘que não estava rindo de ninguém’, aproximou-se da vítima e a sangue frio, sem motivo e sem que a vítima esperasse ou suspeitasse, sem qualquer chance à defesa de sua vida, desferiu um disparo do revólver calibre 38, acertando-a na região precordial na linha marmária E, transfixando o tórax, saindo o projétil na região posterior, linha paramediana E, causa efetiva da morte da infeliz vítima, conforme mostra o auto de exame cadavérico de fls. 13.

“Em seguida ao disparo efetuado contra a vítima Luciano, o denunciado Marco Aurélio, de arma em punho, virava-se contra os demais jovens que ali encontravam-se, quando, ante um gesto de extrema sorte e agilidade de Heron Bini da Frota Júnior, fora Marco Aurélio imobilizado, momento em que uma vez mais efetuou um segundo disparo ‘chamuscando’ a mão de Heron, cujo ferimento encontrava-se descrito no auto de fls. 14, sendo então, somente e tão-somente neste momento, materializada a intervenção dos demais denunciados componentes da Guarnição da PM local, intervenção feita pelo denunciado Evair, no objetivo de desarmar o denunciado Marco Aurélio.

“Após isso, retirou-se a Guarnição Militar sem prestar qualquer socorro à vítima Luciano Maurício dos Santos e sem desarmar os dois denunciados, os quais entraram na viatura policial devidamente armados, e sem algemas; tudo aos olhares dos denunciados Normélio de Oliveira, inertes, acomodados, incumbidos que estavam do desarmamento dos denunciados Marco e Adelmo e conseqüente prisão dos mesmos.

“E finalmente, com a ausência de qualquer provocação da vítima para os denunciados, e sem qualquer motivo que justificasse o bestial ato, os denunciados Marco Aurélio e Adelmo agiram em concurso para o homicídio perpetrado, portando-se ambos desde o início até o fim com adesão de ações, com a consciência evidente de cada um dos denunciados de contribuir para a ação do outro, com comportamentos positivos de forma eficaz à prática do homicídio, com o conluio dos demais denunciados”.

A denúncia foi recebida apenas em relação aos acusados Marco Aurélio Ribeiro e Adelmo de Moraes, sendo que os demais são policiais militares e encontravam-se em serviço no dia dos fatos, o que deslocou a competência para o julgamento à Auditoria da Justiça Militar do Estado.

Processados regularmente, foram pronunciados nos termos da denúncia, sendo submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri, quando o acusado Adelmo de Moraes restou absolvido, diante do acatamento pelos jurados da tese da negativa de autoria; já o réu Marco Aurélio Ribeiro restou condenado à pena de 1 (um) ano e 10

(dez) meses de detenção, por infração ao art. 121, § 3º, do Código Penal.

Inconformados, apelaram o representante do Ministério Público e o Assistente de Acusação, pleiteando a anulação do julgamento, em virtude da ocorrência de nulidade posterior à pronúncia (art. 593, III, a, CPP), conforme o art. 475 do CPP, bem como por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, d, CPP).

Após as contra-razões, ascenderam os autos a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Demétrio Constantino Serratine, manifestou-se pela decretação da nulidade do julgamento.

É o relatório.

Com razão o ilustre parecerista.

Verifica-se que na ata do julgamento foi registrado o seguinte: “Pelo Ministério Público, foi requerido que se consignasse em ata a utilização do Jornal do dia 15/9/97, mostrado aos Srs. Jurados, sendo que o referido jornal trazia uma reportagem sobre os fatos em julgamento” (fls. 469).

A nulidade aventada tem por fundamento a produção de documento, em plenário, sem prévio conhecimento do órgão acusador, ferindo o disposto no art. 475 do Código de Processo Penal:

“Durante o julgamento não será permitida a produção ou leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de três dias, compreendida nessa proibição a leitura de jornais ou qualquer escrito, cujo conteúdo versar sobre matéria de fato constante do processo”.

Com efeito, a apresentação do referido artigo de jornal contraria tanto o disposto no art. 475 do CPP como o princípio constitucional do contraditório, haja vista que a notícia se referia à matéria de fato constante dos autos e a acusação foi pega de surpresa com tal manobra da defesa, planejada com o intuito de desconstituir a tese do homicídio qualificado, fazendo o Conselho de Sentença reconhecer o crime de homicídio culposo, na modalidade de imprudência.

Ainda mais incontestável o prejuízo sofrido pela acusação, se considerarmos que o defensor leu apenas o trecho da reportagem que lhe interessava, qual seja: “Luciano foi morto depois de uma discussão com os acusados na porta de um bar, que estava sendo inaugurado no centro da cidade” (fls. 478), o que obviamente influenciou na decisão dos jurados, pois, tanto as testemunhas de defesa, como as de denúncia, além dos próprios réus, nas oportunidades em que foram ouvidos, negaram a ocorrência de qualquer discussão com a vítima.

Considerando-se que o art. 475 do CPP visa precipuamente a proteger a parte de ser surpreendida por documento novo, que verse sobre fato relevante dos autos, e que tal prova repercutiu no espírito dos jurados, influenciando no resultado do julgamento, ficando demonstrado o real prejuízo à acusação, caracterizada restou a nulidade, fator determinante para que os réus sejam submetidos a novo julgamento.

Válida é a lição do destacado penalista Magalhães Noronha, ao tratar da produção de novas provas durante a fase do *judicium causae*:

“Uma das limitações probatórias que encontramos, nesta fase do processo, é a de produção de documentos. Veda o Código a exibição deles, sem que tenham sido comunicados à parte contrária com antecedência de, pelo menos, três dias, compreendendo-se na expressão documento qualquer escrito (mesmo jornais), cujo conteúdo versar a matéria de fato objeto do processo. Já assim dispunha o art. 69 do Decreto-Lei n. 167. A razão em que o legislador se inspira é a de evitar surpresas para a parte contrária. No sistema contraditório, adotado pelo Código, urge que se faculte sempre à parte adversa a contraprova, a fim de que o julgador possa livremente apreciá-la” (in Curso de Direito Processual Penal, 21ª ed., 1992, Saraiva, SP, pág. 274).

O ilustre jurista Magarinos Torres, citado por Espínola Filho em seu Código de Processo Penal Anotado, vol. IV, pág. 470, preleciona que “o objetivo da lei foi, evidentemente, evitar... a confusão, deslealmente infligida a uma das partes pela exibição de documento novo em plenário, que poderia ser falsa atestação de alguém em escrito particular, ou ilusórias declarações ou opiniões publicadas, sem autenticidade, no próprio dia do plenário”.

A jurisprudência já fixou:

“REsp. — Processual penal — Júri — Prova — Verdade real — Apresentação de documento em plenário — O processo penal busca a verdade real. Enseja qualquer meio de prova (Constituição, art. 5º, LV), desde que não obtido por meio ilícito. Não confundir, porém, exercício do direito de provar com abuso do direito de provar. Impõe-se a lealdade processual. Ve-

dada a apresentação de documento no plenário do Tribunal do Júri, sem prévia ciência da parte contrária, implica nulidade evidenciado que, do fato, decorreu prejuízo” (REsp. n. 22.953, São Paulo, j. em 26/9/94, in DJU de 31/10/94, pág. 29.528).

Aplica-se ao caso vertente, mutatis mutandis:

“Nulidade — Exibição em plenário de anterior processo crime contra o acusado — Surpresa para este — Protesto de seu defensor constante de ata — Julgamento insubsistente — Preliminar acolhida — Inteligência do art. 475 do CPP. A ata é, nos julgamentos do Júri, o relato fiel de seu desenvolvimento. E se dela consta oportuno protesto da defesa contra a exibição em plenário de anterior processo movido ao réu, acarretando-lhe surpresa o fato, é de ser decretada a nulidade do julgamento, por preterição da norma constante do art. 475 do CPP” (TJSP — AC — rel. Dirceu de Mello, RT 581/285).

No caso em tela, repita-se, os testigos e os próprios apelantes negaram a ocorrência de qualquer desavença anterior ao crime, ou seja, antes do primeiro disparo não houve qualquer discussão ou desforço físico, de modo que o réu Marco Aurélio apontou e disparou deliberadamente sua arma contra a vítima Luciano.

Marco Aurélio somente foi agarrado na seqüência dos fatos, após o primeiro e fatal disparo.

De tal sorte que o disparo contra Luciano não ocorreu de forma acidental como acreditaram os Srs. Jurados ao desclassificar o crime de homicídio qualificado para homicídio culposo, induzidos que foram pela manobra da

defesa, que trouxe a lume a reportagem jornalística já aludida, surpreendendo a acusação e, assim, causando evidente prejuízo.

Por fim, só para argumentar, vale a pena tecer alguns comentários a respeito da influência dos meios de comunicação e da liberdade de imprensa em nosso meio social.

Se a liberdade de expressão é essencial a um Estado Democrático de Direito, e garantida pela Constituição Federal, deverá limitar sua atividade no estrito parâmetro legal, haja vista que, num país tão pobre culturalmente como o nosso, a responsabilidade do jornalista é maior ainda, não sendo tolerável a publicação de apenas uma das versões dos fatos, principalmente em relação àqueles que geram polêmica na comunidade, como foi o caso vertente, pois o direito de informar somente se justifica se exercido com o exclusivo escopo de promover o bem comum.

A respeito, tem-se:

“A liberdade de comunicação assegurada pela Constituição Federal em seu art. 5º, IX, não há absolutamente de ser compreendida de forma absoluta e irrestrita. Como qualquer outra liberdade encontra limites, não

se podendo, a pretexto de informar, trazer a público afirmações que não encontram ressonância na própria fonte. Não se pode, na interpretação de um relatório (ou escrito de qualquer natureza), extrair conclusões que não guardam fidelidade com o original consultado” (TACrimSP — AC — voto vencedor Carlos Bueno — RJD 23/267).

Diante do exposto, decidi a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes provimento, anulando o julgamento, para que a outro sejam submetidos os réus, prejudicado o segundo argumento recursal, referente à alínea d do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 24 de março de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Álvaro Wandelli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.014855-0, DE VIDEIRA

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Favorecimento da prostituição. Prova testemunhal relutante e contraditória. Índícios emergentes exclusivamente do inquérito policial, sem a garantia do contraditório. Absolvição. Recurso provido.

“As ações dos homens são, em regra geral, ditadas pelos interesses de cada um, interesses materiais e morais de espécies variadíssimas e daí vem a ser a prova testemunhal considerada a meretriz das provas” (in Questões Essenciais do Direito e Nulidades Processuais, 2ª edição, vol. 1, 1959, pág. 142).

Se não há nos autos prova de certeza pela veracidade da versão da acusada, mas não há, de igual modo, elementos suficientes para afastá-la, ou seja, o peso das circunstâncias de fato anteriores que presumem a presença ou não do elemento subjetivo do crime, alinhadas em favor de cada uma das versões, se equivale, ante os depoimentos relutantes e contraditórios das testemunhas, a absolvição é medida que se impõe.

“Com suporte apenas na prova do inquérito policial obtida sem a garantia do contraditório incabe decreto condenatório” (JC, vol. 14/368).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.014855-0, da comarca de Videira (1ª Vara), em que é apelante Ivanir Carmen Zago, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, para absolver a apelante, com base no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Videira, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Ivanir Carmen Zago, dando-a como incurso nas sanções dos arts. 228, caput, §§ 1º e 3º, 229, 230, caput e § 1º, c/c art. 71, todos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória:

“A denunciada Ivanir Carmen Zago, desde meados do mês de janeiro do corrente ano, vem aliciando menores, induzindo-as à prática de prosti-

tuição com o fim de lucro, mantendo lugar destinado à prática de prostituição.

“Assim é que trouxe as menores R. A. E. (16 anos) e R. F. E. (15 anos), para residirem em sua casa, sendo que, como condição para que ali permanecessem, deveriam fazer ‘programas sexuais’ com clientes da denunciada.

“Segundo o apurado na peça investigatória, a denunciada cobrava cerca de R\$ 40,00 (quarenta reais) por programa realizado, sendo que ficava com 50% desse valor, entregando o restante às menores, tirando proveito da prostituição alheia.

“Para atingir o intento, a denunciada mantinha, anexo a um salão de beleza que funcionava como fachada, um bar, com quartos destinados a encontros para fins libidinosos, os quais eram alugados para os clientes” (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, a acusada restou condenada ao cum-

primento da pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime de favorecimento da prostituição, na forma qualificada dos parágrafos 1º e 3º do art. 228 do Código Penal.

Inconformada com a decisão monocrática, a acusada apelou tempestivamente, alegando que as provas carreadas aos autos não são suficientes para embasar edito condenatório, pelo que requer a absolvição, nos termos do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Com as contra-razões os autos ascenderam a esta Instância, onde a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Paulo Huáscar Viana, opinou pelo “conhecimento e provimento do recurso, absolvendo-se a recorrente” (fls. 74).

É o relatório.

Na verdade, verifica-se nas provas carreadas aos autos um verdadeiro festival de contradições, consubstanciado pelos depoimentos das testemunhas, que ora afirmam, ora negam e ora já não sabem mais o que disseram.

A vítima R. A. E., ouvida durante a fase investigatória, disse que “procurou o ‘Instituto da galega’ pois a depoente já conhecia a referida, e pediu para a mesma se podia ali ficar até arranjar emprego, ao que a Galega lhe disse que poderia ficar mas que teria de efetuar ‘programas sexuais’ com clientes que se deslocavam até a casa, que os clientes para sair com as meninas tinham de tomar bebidas alcoólicas e que do valor cobrado pela Gale-

ga da bebida a depoente recebia um percentual de 20%, que os programas também eram cobrados pela ‘Galega’ sendo na ordem de R\$ 10,00 o quarto por o tempo de quarenta minutos e na média de 30,00 reais o programa sendo que ‘Galega’ ainda descontava em média de R\$ 10,00 de cada programa que a depoente efetuava, sobrando para a depoente em média de R\$ 20,00 por cada programa efetuado, que quando a depoente efetuou programas a casa somente mantinha a depoente e sua irmã, que os programas realizados sempre foram no interior da casa, pois na mesma existem quartos para tal finalidade, que a depoente acha que ‘Galega’ descontava R\$ 10,00 de cada programa efetuado a título de pagamento da alimentação e do pouso pois a depoente também residia na dita casa” (fls. 6).

Em Juízo, afirmou “que nunca viu ninguém frequentar dito bar; que nunca fez programas sexuais com homens no estabelecimento da acusada; que de vez em quando saía para programações noturnas, mas nunca trouxe nenhum rapaz na residência da acusada” (fls. 29).

R. F. E., também vítima, na Delegacia de Polícia, repete as palavras da irmã (fls. 7); em Juízo, asseverou “que passou a residir em companhia de sua irmã R. na casa da acusada; que esta possuía um salão de beleza no local e um bar, mas este estava desativado; que a acusada orientou a informante e sua irmã para que arranjassem rapazes fora do seu estabelecimento, quando fossem a bailes ou outras programações noturnas, e que poderiam posteriormente utilizar o quarto onde dormiam para programas sexuais, e para tal deveri-

am cobrar certa importância em dinheiro; que de fato fizeram programas sexuais com rapazes, trazendo-os até o estabelecimento da acusada; que para tal cobravam determinado valor; que o valor não era fixo, dependendo do cliente; que davam uma pequena quantia do que ganhavam para a acusada" (fls. 30).

Por sua vez, a mãe das vítimas, Tereza Marlene da Silva Elias, afirma que somente depois esteve no local dos fatos, "onde observou que havia um salão e dois quartos, sendo um onde suas filhas dormiam à época; que não lhe foi mostrado as demais dependências; que quando indagou das menores o que faziam no estabelecimento da acusada, estas disseram que não se prostituíam em tal local, apenas vinham alguns rapazes e as convidavam para sair; que as menores relataram que a acusada dava-lhes comida e vestimentas; que indagou-lhes sobre o que as menores davam em troca sendo que essas disseram que a acusada não queria nada" (fls. 31).

Mas, estranheza mesmo causam os depoimentos da testemunha Carlos Gomes de Gois.

Durante as investigações policiais, informou que Ivanir "mantém atualmente um 'Instituto de cabeleireira', o qual o depoente informa que é só fachada pois por ali adentram clientes que se dirigem até as instalações do antigo bar, onde é fornecida bebida alcoólica e que sabe através de boatos que são ofertados aos clientes através de pagamento 'meninas de programas sexuais', que tais programas são realizados nas dependências da residência de 'Galega', que por diversas vezes o depoente viu e ouviu 'meninas' na

porta do 'Instituto' se 'oferecendo' aos homens que pela rua transitavam, que referidas meninas sempre se vestiam com roupas 'provocantes'" (fls. 12).

Já perante o Juiz Monocrático declarou que "não sabe dizer se também é mantido um bar na residência da acusada; que o depoente viu três gurias, não podendo precisar a idade, na frente do estabelecimento da acusada e também próximo à casa da mesma; que o depoente tem um barzinho que funciona próximo à casa da acusada e via o movimento de veículos, que paravam na frente da casa da mesma; que não sabe dizer se as meninas saíam com os ocupantes dos veículos; que via as meninas na casa da acusada durante o dia e estas se vestiam normalmente com roupas curtas; que via caminhões de bebida efetuando entregas na residência da acusada; que não sabe dizer se a acusada mantinha quartos em sua residência, destinados a encontros sexuais"; e, quando inquirido pelo Ministério Público sobre o teor de suas declarações no inquérito, às perguntas respondeu: "que o depoente se recorda de ter prestado declarações na delegacia de polícia; que foi procurado por duas vezes pelo delegado, para que prestasse o depoimento na delegacia de polícia; que não foi coagido a prestar declarações; que esclarece que a assinatura do termo de fls. 12 é sua; que lido o depoimento para o depoente, este disse que não declarou os fatos ali existentes, sendo que os fatos declarados pelo depoente são aqueles constantes no presente termo de audiência; que o depoente não sabe por que os fatos contidos no depoimento de fls. 12 são diferentes dos fatos relatados nesta audiência" (fls. 35).

Na mesma esteira os depoimentos prestados pela testemunha Luiz Carlos Cagnin (fls. 13 e 42).

Vale a transcrição do comentário de Borges da Rosa sobre a prova testemunhal, que se acredita apropriado ao caso em tela, em face do flagrante desencontro das palavras das vítimas e das testemunhas:

“As ações dos homens são, em regra geral, ditadas pelos interesses de cada um, interesses materiais e morais de espécies variadíssimas e daí vem a ser a prova testemunhal considerada a meretriz das provas” (in *Questões Essenciais do Direito e Nulidades Processuais*, 2ª edição, vol. 1, 1959, pág. 142).

Certo mesmo é que não há nestes autos prova de certeza pela veracidade da versão da acusada, mas não há, de igual modo, elementos suficientes para afastá-la. O peso das circunstâncias de fato anteriores que presumem a presença ou não do elemento subjetivo do crime, alinhadas em favor de cada uma das versões, se equivale; da mesma forma que os depoimentos relutantes e contraditórios das testemunhas aceitam o relato da acusada, do conjunto de provas coligido na fase policial emergem indícios da verdade esposada pela acusação.

Ocorre que, em Juízo, como se verificou, o conjunto probatório altera-se, afastando por completo a certeza exigida para a condenação e, “mesmo que existam indícios indicativos da responsabilidade do agente, inadmissível é a prolação de decreto condenatório se os contra-indícios fazem emergir profundas e fundadas dúvidas quanto à incriminação” (Apelação Criminal n. 21.588, de São José do Ce-

dro, rel. Des. Marcio Batista, in JC 53/476), ainda mais quando esses indícios, ante o princípio do contraditório, exsurtem exclusivamente da prova colhida durante a formação do inquérito policial.

Como bem lembrado pelo Dr. Procurador de Justiça, em parecer de fls. 73/74, “in casu, não há prova segura de que as vítimas tenham sido levadas a prostituir-se nas dependências do salão de beleza, de propriedade da acusada, muito menos que esta as tivesse de qualquer modo induzido, persuadido, atraído ou facilitado a fazê-lo e, para tanto, basta confrontar as declarações da menor R. F. E. (fls. 30) que serviram de base para o decreto condenatório com as declarações de sua irmã R. A. E. (fls. 29), também vítima, de sua progenitora (fls. 31) e demais testemunhas ouvidas no contraditório criminal” (fls. 73).

Certo é, registre-se, que a tendência moderna firma-se no sentido de que “os indícios têm a mesma eficácia probante que qualquer outra prova, face ao princípio do livre convencimento” (in *A Prova por Indícios no Processo Penal*, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Saraiva, 1994, pág. 103), isso porque “a prova indiciária é tão válida como qualquer outra” (Da Prova no Processo Penal, Adalberto Aranha, 1983, pág. 136), mas para que essa força seja reconhecida e aplicada faz-se necessário seja respaldada, ainda que de forma mínima, por elementos colhidos durante a fase instrutória, circunstância que incorre neste autos.

Admitir-se um decreto condenatório nessas circunstâncias é ferir de morte os mais elementares princípios

constitucionais de garantia da justa e correta aplicação da lei penal, pois, "tratando-se de condenação, é preciso, pelo menos, a existência de provas, que, embora de probabilidade, venham, por sua acumulação e harmonia, a constituir uma prova plena, dando assim lugar à certeza" (in Borges da Rosa, obra citada, pág. 131).

Ensina Hélio Tornaghi que "nesse caso é que a máxima in dubio pro reo se aplica em toda sua força. Existem, no processo, elementos que levariam a considerar o réu culpado, mas há outros que permitem supô-lo inocente. Estabelece-se a dúvida no espírito do juiz e, nesse estado de incerteza, ele absolve" (in Instituições de Processo Penal, 2ª edição, 1978, págs. 4/393).

É com toda força que se aplica na hipótese a máxima de Blackstone, que sabiamente dizia "ser melhor absolver cem culpados que condenar um inocente" (in RJTJRS 118/101).

O colendo Supremo Tribunal Federal assentou:

"Ante a inexistência ou insuficiência dos elementos probatórios, deve o juiz, como ordinário efeito consequencial, proferir o non liquet" (RTJ 143/160).

Da mesma forma, deste Sodalício, o entendimento:

"Não pode haver condenação sem prova plena do crime e de sua autoria. Indícios, ainda que veementes, desautorizam-na. Para a condenação exige-se certeza, não bastando, sequer, alta probabilidade, que é apenas um juízo de incerteza em nossa mente em torno à existência de certa realidade" (Apelação Criminal n. 29.164, de Laguna, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Diante do exposto, e porque "com suporte apenas na prova do inquérito policial obtida sem a garantia do contraditório incabe decreto condenatório" (JC, vol. 14/368), dá-se provimento ao recurso, para absolver a apelante nos termos do artigo 386, VI, do Código de Processo Penal.

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. Paulo Huáscar Viana.

Florianópolis, 10 de fevereiro de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto vencido;
Álvaro Wandelli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.001610-0, DE SÃO JOAQUIM**Relator: Des. Álvaro Wandelli**

Tentativa de estupro e atentado violento ao pudor. Vítima menor. Desistência voluntária. Absolvição mantida quanto ao crime tentado.

Se a não-consumação do delito se dá por ato voluntário do agente e não por circunstâncias alheias à sua vontade, que exige fatores externos à conduta, temos a figura da desistência voluntária.

Recurso ministerial parcialmente provido para aumentar a pena-base do atentado violento ao pudor e excluir o aumento previsto no artigo 9º da Lei n. 8.072/90.

“A aplicação do artigo 9º da Lei n. 8.072/90 nos crimes sexuais contra menor de quatorze anos, onde não resultou lesões corporais graves ou morte, configura bis in idem. O aumento previsto no dispositivo pressupõe, além da violência (real ou ficta), o resultado lesão grave ou morte” (HC n. 72.070-6, rel. Min. Francisco Rezek, j. 21/11/95).

Provimento parcial do recurso da defesa para considerar a atenuante da confissão espontânea.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.001610-0, da comarca de São Joaquim, em que são apelantes Alexandre Olivério e a Justiça Pública, por seu Promotor, e apelados Alexandre Olivério e a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes provimento parcial, para aumentar a pena-base e excluir o aumento da pena a que se refere o artigo 9º da Lei n. 8.072/90; e, por maioria de votos, incluir a confissão como circunstância atenuante, vencido o Exmo. Sr. Des. José Roberge.

Custas legais.

Na comarca de São Joaquim, o representante do Ministério Público ofertou denúncia contra Alexandre Olivério, dando-o como incurso nas sanções do artigo 213, caput, c/c o artigo 14, inciso II, em concurso material com o artigo 214, caput, c/c o artigo 224, letra a, todos do Código Penal, porque, de acordo com a exordial acusatória:

“1. No dia 14 de novembro do corrente ano (1995), por volta de 10h30min, M. V. O., residente e domiciliada em Bom Jardim da Serra na saída para Altos do Bairro São José, saiu de casa e deixou sua filha, ora vítima, F. O. da S., menor com 3 (três) anos de idade, aos cuidados do denun-

ciado Alexandre Olivério, irmão daquela e tio desta. Já por volta de 11h30min do mesmo dia Alexandre Olivério, aproveitando-se da situação e com a intenção clara de satisfazer sua concupiscência num ato brutal e desumano, passou a despir F., e após retirar suas calças, tentou introduzir seu pênis na vagina da vítima, a fim de com ela manter conjunção carnal.

“Não conseguindo, ‘forçou’ a vagina da pequena vítima usando um de seus dedos, resultando em sangramento e desvirginamento desta (cf. auto de exame de corpo de delito e conjunção carnal de fls. 5).

“2. Para esconder sua atitude vergonhosa e para não levantar suspeitas de sua irmã, trocou as vestes da vítima F. Porém, ao chegar em casa, M. V. notou que alguma coisa havia acontecido com sua filha F., eis que chorava muito e apontava para a barriga dizendo que o denunciado Alexandre Olivério a tinha ‘judiado’, com o que compareceu ao hospital local e constatou que sua filha havia sido vítima de estupro. Chamou a Polícia que logrou prender em flagrante delito Alexandre Olivério” (fls. 2/3).

Ao término da instrução criminal, Alexandre Olivério restou condenado à pena de 9 (nove) anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao disposto no artigo 214, caput, c/c o artigo 224, letra a, ambos do Código Penal, tendo sido absolvido quanto ao crime do artigo 213, caput, em sua forma tentada, também do Código Penal.

Irresignado, recorreu o sentenciado, a tempo e modo, requerendo a nulidade do processo, em vista da ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal, e, alternati-

vamente, a exclusão do aumento de pena concedido em razão da menoridade da vítima, fixando-a em 6 (seis) anos.

Recorreu também a acusação, objetivando a alteração da pena imposta, aumentando-se a pena-base, e excluindo-se a qualificadora do artigo 223 do Código Penal, além de condenar o sentenciado por tentativa de estupro, em concurso material com o crime de atentado violento ao pudor.

Rebatidos os recursos, foram os autos remetidos a este grau de jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serfatine, pelo conhecimento e provimento parcial de ambos os inconformismos, para afastar a qualificadora do artigo 223 do Código Penal, e condenar Alexandre Olivério nos termos da exordial acusatória (artigo 213, caput, c/c o artigo 14, inciso II, em concurso material com o artigo 214, caput, todos do Código Penal), devendo a pena ser ajustada.

É o relatório.

Compulsando os autos verifica-se que assiste razão em parte ao douto parecerista, sendo que aos recursos deve-se dar provimento parcial.

Passa-se, assim, à análise dos argumentos recursais, sendo importante esclarecer que o réu não se insurgiu contra sua condenação pelo crime de atentado violento ao pudor, tendo requerido a absolvição, baseado em fator diverso (nulidade do processo), razão pela qual abstém-se da análise do referido delito neste grau de jurisdição.

I — Legitimidade do Ministério Público para a ação penal

O fundamento da defesa circunscribe-se basicamente na questão da legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal, pois se trata de imputação por crimes contra os costumes com violência presumida e não real, que se processa mediante ação penal privada (queixa) e não por denúncia, peça própria da ação penal pública.

Argumenta, ainda, que mesmo estando caracterizada a violência real, continuar-se-ia tratando de ação penal privada, por ser o artigo 225 do Código Penal de natureza especial, sendo inaplicável, dessa forma, o artigo 101 do mesmo diploma legal, que trata da ação penal no caso de crime complexo (fls. 87/95).

Não obstante, tais alegações não merecem respaldo, tendo como óbice o disposto no artigo 225, § 1º, I, que assim dispõe:

“§1º Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

“I — se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família”.

Indisfarçável a carência econômica da representante legal da vítima, mãe solteira de 3 crianças, com apenas 20 anos de idade, do lar, e que naquele dia precisou da cooperação de seu irmão a fim de poder comprar o leite para sustento de seus filhos.

Some-se a tais circunstâncias o fato de que a genitora da ofendida, mesmo diante da situação de emergência com a qual se deparou, utilizou-se do Sistema Público de Saúde a fim de conseguir autorização para internação de sua filha, gratuitamente.

O entendimento dominante é no sentido de que a miserabilidade da vítima decorre de suas próprias condições pessoais, pois, “pobre, para efeito de agitar a ação penal pública condicionada, não é o miserável ou indigente, mas toda e qualquer pessoa que, em não dispondo de riqueza material, encontre dificuldade em desviar do seu ganho parcimonioso importância suficiente à condução da queixa-crime” (TJSP — AC — rel. Djalma Lofrano — RT 571/275).

O fato de não ter sido juntado atestado de carência econômica da vítima não impede o Ministério Público de intentar eventual ação penal, pois, de acordo com as informações trazidas aos autos, é evidente que se trata de pessoa que não pode prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.

Nesse sentido, registre-se a decisão proferida por este egrégio Tribunal de Justiça:

“A falta de recursos da vítima ou de seu representante legal para prover às despesas do processo pode ser evidenciada de outras formas além do atestado de miserabilidade, durante todo o processo, até a prolação da sentença” (Habeas Corpus n. 96.011031-3, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Afastada a condição de procedibilidade que vincula o início da ação penal à iniciativa da vítima, por meio de queixa-crime, deve-se fazer uma indagação com relação ao que dispõe a Súmula 608 do STF.

Segundo aquele enunciado, “no crime de estupro, praticado mediante

violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

Muito embora o réu tenha sido condenado por atentado violento ao pudor, com violência presumida pela idade da vítima, o perito, ao realizar o exame de corpo-delito de fls. 8, afirmou que havia vestígios de violência, de maneira que, na verdade, ocorreu violência real, sendo o Ministério Público, dessa forma, competente para a propositura da respectiva ação penal.

Ainda que diverso o entendimento, ou seja, que não tivesse ocorrido violência real, não seria caso de ilegitimidade ativa do Parquet, uma vez que, nos casos de ação penal pública condicionada à representação, a jurisprudência é pacífica no sentido de que basta a demonstração da vontade inequívoca da vítima em ver o acusado da prática do delito processado, sendo desnecessária a representação formal.

Sob esse prisma, manifestou-se este egrégio Tribunal de Justiça:

“A doutrina e os tribunais têm declarado a desnecessidade de rigor formal na representação, admitindo-a como presente em certos atos que contêm manifestações de vontade da vítima evidenciadoras de intenção de que seja processado o suspeito da prática do delito, como o boletim de ocorrência e as declarações feitas no inquérito policial como em juízo, com expressa indicação de uma pessoa como sendo autora do crime” (Apelação Criminal n. 96.008353-7, de Canoinhas, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Dentro desses parâmetros, rejeita-se a preliminar alegada pela defe-

sa, de ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal.

II — Tentativa de estupro e desistência voluntária

O representante do Ministério Público, insatisfeito com a decisão que absolveu o réu da imputação quanto à tentativa de estupro, alega, em grau de apelação, que não se pode falar em insuficiência de provas quando as evidências existentes com relação ao estupro tentado são inarredavelmente as mesmas que contornam o atentado violento ao pudor, crime pelo qual o acusado foi condenado (fls.112).

Subsume-se dos autos, no entanto, que a decisão de Primeira Instância não merece ser reformada, neste mister.

Não se olvide que o réu, extrajudicialmente, declarou seu intuito de praticar conjunção carnal com a vítima:

“Que esclarece o depoente que na data de hoje, por volta das 10h30min, foi solicitado por sua irmã M. V. que o conduzido ficasse cuidando da criança; que então o depoente esclarece que foram para o quarto e deitou a criança na cama e começou a brincar com a mesma; que então o depoente tirou a calça de F. e começou a ‘brincar’ com a mesma, no que tirou suas calças e tentou introduzir seu pênis em F.; que então não conseguindo forçou a vagina de F. com o dedo e esta começou a sangrar” (fls. 6).

Ocorre que não se pode extrair tão-somente deste depoimento a configuração da “tentativa”, tendo em vista a própria complexidade deste instituto.

Segundo dispõe a norma penal, diz-se tentado o crime quando, iniciada

a execução, o resultado deixa de ocorrer "por circunstâncias alheias à vontade do agente" (art. 14, II, do CP).

Nestes termos, a questão, in casu, é a de saber se o agente deixou de praticar o delito por circunstâncias alheias à sua vontade ou não, pois neste último caso configurar-se-á o instituto da desistência voluntária.

Dispõe o artigo 15 do Código Penal:

"Art. 15. O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução (...), só responde pelos atos já praticados".

De acordo com o entendimento de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangelli, "a desistência deve ser considerada voluntária unicamente quando não se funda na representação de uma ação especial do sistema penal, que pode conduzir à punição, ou quando o autor não atua coagido por outro, sem que seja mister, de maneira alguma, que o autor se funde em normas éticas ou morais" (Da Tentativa — Doutrina e Jurisprudência, 4ª edição, 1995, págs. 96/97).

Pois bem, nos autos, não há qualquer elemento a indicar que a desistência deu-se por fatores externos à vontade do agente, uma vez que não havia mais ninguém na casa a não ser o réu, a vítima e seu irmão de 4 (quatro) anos de idade, e que a mãe da menor retornou ao local bem mais tarde, quando os fatos já se tinham consumado, estando a criança até com outra roupa (fls. 36).

Poder-se-ia argumentar que o tamanho do órgão genital da vítima impediu a execução da conjunção carnal, mas não obstante a plausibilidade da afirmação entendo que este fator não

seria óbice à consumação do estupro, se o réu efetivamente quisesse dar continuidade ao ato da conjunção carnal forçada.

É claro que a exígua idade da vítima dificultaria a cópula e acarretaria lesões gravíssimas, de acordo com os esclarecimentos dos peritos (fls. 60/61), mas não fosse a decisão do réu, no sentido de não dar prosseguimento na execução do estupro, este teria fatalmente ocorrido.

Assim, se a não-consumação do delito se dá por ato voluntário do agente e não por circunstâncias alheias à sua vontade, que exige fatores externos à conduta, temos a figura da desistência voluntária.

Importante salientar que, para a caracterização da desistência voluntária, dispensa-se a espontaneidade da conduta, bastando a sua voluntariedade.

Nesse sentido, salienta-se a seguinte decisão:

"Não se exige que a renúncia do propósito seja espontânea: basta que seja voluntária. Qualquer que seja a motivação do agente, é suficiente que não tenha sido obstado por causas exteriores, independentes de sua vontade. É indiferente a razão interna do arrependimento ou da mudança de propósito: a recompensa da impunidade é condicionada exclusivamente à efetividade da voluntária não consumação do crime" (TACrimSP, Rev., rel. Ercílio Sampaio, JUTACrim 81/26).

Assim, houve a interrupção voluntária da conduta inicial, que tinha como finalidade a prática da conjunção carnal, e o início de uma nova ação, independente daquela, caracterizadora do crime de atentado violento ao pu-

dor, previsto no artigo 214 do Código Penal.

Dessa forma, há que ser mantida a decisão de Primeira Instância, quanto à absolvição do réu no que tange à tentativa de estupro.

III — Dosimetria da pena

Recorreu o Ministério Público, insurgindo-se contra a fixação, no mínimo legal, da pena-base do atentado violento ao pudor, alegando que o Togado, mesmo reconhecendo a enormidade de circunstâncias desfavoráveis ao apenado, sancionou-lhe a ação no mínimo legal, incorrendo em contrariedade carecedora de retificação (fls.107/108).

Transcreve-se a fundamentação do Magistrado a este respeito:

“O acusado é primário e não apresenta antecedentes criminais. Sua culpabilidade está revestida pela intensidade do dolo, que merece reprovação, indignação tendo em vista as condições que os fatos ocorreram. Sua conduta social reflete um desajuste de comportamento relacionado à convivência familiar, destituída de qualquer valor ou limite ético, a personalidade revela uma índole perversa, agindo criminosamente sob o pálio da confiança de familiares e em total desrespeito ao ser humano. Os motivos e as circunstâncias do ilícito lhe desfavorecem, levado pela insensatez, pela torpeza do ato. As conseqüências de ordem psíquica são imprevisíveis. O comportamento da infeliz vítima em nada contribuiu para a ação delituosa, ficando à mercê da prepotência e da safadeza do réu. Fixo a pena-base privativa de liberdade em 6 (seis) anos de reclusão, acrescentando esse quantum da metade, em face da presunção de

violência, art. 224, letra a, também do pergaminho substantivo penal, totalizando desse modo 9 (nove) anos de reclusão, a qual torno definitiva” (fls.79).

Como se vê, as circunstâncias judiciais, analisadas minuciosamente pelo Juiz sentenciante, não desfavoreceram inteiramente a conduta do réu, como quer o representante do Parquet, pois a primariedade e os bons antecedentes foram reconhecidos, além de constar a oportuna expressão imprevisibilidade das conseqüências do delito.

Por outro lado, não foram aquelas circunstâncias de todo benéficas ao apenado, de modo que a pena-base deveria ter sido fixada acima do mínimo legal, conforme a sistemática de adequação da pena ao caso concreto, vigente em nosso ordenamento jurídico, razão pela qual, tomando o conjunto de circunstâncias tirado dos autos, fixa-se a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão.

Já no exame das circunstâncias legais, presente está a atenuante da confissão, como salientou a defesa em contra-razões de recurso (fls.122).

Essa atenuante não foi levada em consideração pela decisão apelada, talvez pelo fato de a pena ter sido, na primeira fase, quantificada no patamar mínimo.

Inexistindo agravantes a ser analisadas, diminui-se a pena em 6 (seis) meses, uma vez que vários fatos alheios à confissão foram observados pelo Juízo a quo, para prolação da sentença condenatória, quantificando a reprimenda em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Por fim, merecem guarida os apelos do Ministério Público e da defesa, no que tange ao não-cabimento do especial aumento de pena previsto no artigo 9º da Lei n. 8.072/90, em face da inexistência de laudo comprovando a gravidade das lesões causadas na vítima (fls.110/111).

Realmente, a presunção de violência, a que se refere o artigo 224, letra a, do Código Penal, não tem o condão, in casu, de aumentar a pena, como efetivamente ocorreu.

O acréscimo, descrito no artigo 9º da Lei n. 8.072/90, limita-se à ocorrência de lesão corporal de natureza grave ou morte e, apesar da obviedade das lesões sofridas, sendo que a vítima foi submetida a intervenção cirúrgica para reconstituição do hímen, não há nos autos laudo que descreva a natureza das lesões causadas, de forma que, não estando caracterizada a gravidade delas, não há cogitar em causa especial de aumento da pena.

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“A aplicação do artigo 9º da Lei n. 8.072/90 nos crimes sexuais contra menor de quatorze anos nas hipóteses onde não resultou lesão grave ou morte configura bis in idem. O aumento previsto no dispositivo pressupõe, além da violência (real ou ficta), o resultado lesão grave ou morte” (HC n. 72.070-6, rel. Min. Francisco Rezek, j. 21/11/95).

No mesmo sentido navega a jurisprudência deste Sodalício:

“Revisão criminal. Estupro. Vítima menor de quatorze anos. Violência presumida. Crime hediondo. Inocorrência de lesão corporal grave ou morte. Inaplicabilidade do aumento de pe-

na previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/90. Revisional provida” (Revisão Criminal n. 2.663, de Chapecó, Des. Jorge Mussi).

Ainda:

“O aumento de pena previsto no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos somente se aplicará em havendo lesão corporal grave ou morte, ante a expressão remissão da Lei ao art. 223, caput, e parágrafo único, do Código Penal, precisos quanto à exigência de ‘lesão corporal grave’ ou ‘morte’; assim, para se cogitar de tal aumento em crimes de estupro e atentado violento ao pudor mesmo que praticados com violência presumida (arts. 213 e 214, c/c 224 e alíneas, do CP) somente se do fato resultar lesão corporal grave ou morte é que se aplicará a majorante especial” (Apelação Criminal n. 29.721, de Concórdia, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Inexistindo nos autos laudo comprobatório da natureza das lesões praticadas na vítima, acatam-se os apelos, reformando-se a sentença condenatória, a fim de afastar o aumento da pena, previsto no artigo 9º da Lei n. 8.072/90, razão pela qual se totaliza a reprimenda em definitivo em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença.

Diante do exposto, decide esta egrégia Segunda Câmara Criminal conhecer dos recursos e dar-lhes provimento parcial, para aumentar a pena-base e excluir o aumento da pena a que se refere o artigo 9º da Lei n. 8.072/90; e, por maioria de votos, incluir a confissão como circunstância atenuante, vencido o Exmo. Sr. Des. José Roberge.

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. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 19 de maio de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Álvaro Wandelli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.012428-2, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Genésio Nolli

Apelação criminal. Comete o delito de falsa identidade quem se apresenta à polícia utilizando nome falso, com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza, em proveito próprio ou alheio, fazendo-se passar por outra pessoa.

O direito de fugir e de calar a verdade quanto ao fato delituoso não autoriza falsear a própria identidade.

Recurso provido, para condenar o apelado nas sanções do artigo 307 do Código Penal, mantida no mais a sentença condenatória.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.012428-2, da comarca de Itajaí, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, e apelado Edson Anselmo da Silva:

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

Custas legais.

Edson Anselmo da Silva foi denunciado na 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, inciso III, c/c artigo 14, inciso II, e artigo 307, c/c artigo 69, todos do Código Penal.

Segundo a exordial acusatória, no dia 18 de maio de 1998, por volta das 19 horas, o denunciado mediante

uso de chave falsa abriu as portas do veículo GM/Opala Comodoro, cor azul, placa MBR 3450, de propriedade da vítima Lourenço Francisco Silvestri, o qual se encontrava estacionado na Rua Isabel, e do seu interior subtraiu para si 1 (um) aparelho toca-fitas CD, marca Píioneer, modelo DEH 435, avaliado em R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), conforme termo de apreensão de fls. 8/9 e avaliação de fls. 10.

Ao tentar evadir-se do local, foi surpreendido e detido por populares, deixando de consumir seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade.

Quando da prisão e lavratura do auto de prisão em flagrante, o denunciado atribui-se falsa identidade, dizendo-se ser Marcos Aníbal Souza Linhares, visando fugir da persecução

criminal e dessa forma obter vantagem própria.

Instruído o feito, sobreveio a decisão que julgou procedente em parte a denúncia para absolver o acusado da infração do artigo 307 do Código Penal, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal e condená-lo ao cumprimento da pena de 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 3 (três) dias-multa, como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, inciso III, c/c o artigo 14, II, c/c o artigo 65, I e III, letra d, do Código Penal, sendo-lhe concedido sursis.

Inconformada com a prestação jurisdicional entregue, apela a representante do Ministério Público buscando a reforma da decisão para condenar Edson Anselmo da Silva nas penas do artigo 307 do Código Penal.

Contra-arrazoado o apelo, ascenderam os autos a este Segundo Grau de Jurisdição e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo seu conhecimento e provimento.

É o relatório.

O recurso merece ser provido.

O acusado foi preso em flagrante delito ao tentar furtar um aparelho toca-fitas CD, do veículo GM/ Opala Comodoro, placa MBR 3450.

Quando inquirido na polícia, atribuiu-se o nome falso de Marcos Aníbal Souza Linhares, tendo inclusive assinado o Auto de Prisão em Flagrante (fls. 7) e Nota de Culpa (fls. 16).

Marcos Aníbal Souza Linhares, ao ser inquirido na fase policial, afirmou ser o acusado seu irmão de criação e que o seu verdadeiro nome é Edson Anselmo da Silva.

Assim, caracteriza o crime de falsa identidade a conduta do agente que, com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza, em proveito próprio ou alheio, faz-se passar por outra pessoa, sendo dispensável que seu objetivo seja a autodefesa, uma vez que o direito de fugir e de calar a verdade quanto ao fato delituoso não autoriza falsear a própria identidade.

Nessa linha, doutrina Damásio E. de Jesus: "O comportamento incriminado consiste em atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade, isto é, identidade que não corresponde à pessoa a quem é inculcada. O CP pune a conduta de quem, oralmente ou por escrito, irroga a si mesmo ou a terceiro identidade que não reflete a realidade. Tanto comete delito quem atribui a si ou a terceiro identidade de pessoa existente como quem invoca a de pessoa fictícia, ocorrendo, no primeiro caso, substituição de pessoas" (Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 1993, 4ª ed., vol. IV, pág. 86).

Ainda, sobre a matéria suscitada, este Tribunal já decidiu:

"Falsa identidade — Art. 307 do Código Penal — Agente que visa à autodefesa — Irrelevância — Condenação mantida.

"Tipifica o delito de falsa identidade a conduta do agente que, a fim de obter vantagem de qualquer natureza, em proveito próprio ou alheio, se faz passar por outra pessoa, sendo irrelevante que seu objetivo tenha sido a autodefesa" (grifo nosso — Apelação Criminal n. 98.002591-5, de São Francisco do Sul, relator Des. Paulo Gallotti).

Ademais, salientamos que "O infrator, num instinto de defesa, pode

empreender fuga, p. ex., mas não pode praticar impunemente ações definidas como crime na lei penal, como a resistência, o dano, a falsa identidade etc." (RT 561/339).

Nesses termos, é dado provimento ao recurso para condenar Edson Anselmo da Silva nas penas do artigo 307.

Passa-se à aplicação da reprimenda.

Reprovável a conduta típica e antijurídica do acusado, cuja culpabilidade, de razoável grau, exsurge de forma inequívoca dos presentes autos, pela vontade livre e consciente do acusado em atribuir-se nome falso, com a nítida vontade de eximir-se da culpa. Mentalmente são, logo imputável.

Possuidor de bons antecedentes, boa personalidade e conduta social normal. O motivo do delito foi o de fugir da persecução criminal. As circunstâncias e conseqüências do crime foram normais à espécie.

Analisadas, portanto, as circunstâncias insertas no art. 59 do Có-

digo Penal, aplico ao acusado a pena-base de 3 (três) meses de detenção.

Inocorrem circunstâncias agravantes, atenuantes ou de causa especial de aumento ou diminuição da pena, a qual fica definitivamente estabelecida em 3 (três) meses de detenção.

A pena privativa de liberdade irrogada ao acusado deverá ser cumprida em regime aberto, mantida no mais a sentença.

Assim, diante do exposto, dá-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 28 de setembro de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente;
Genésio Nollí,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.013930-1, DE XANXERÊ

Relator: Des. Genésio Nollí

Quadrilha e estelionato.

Nulidade do processo. Inconsistência da alegação. Rejeição.

Prova dos autos que confirma a reunião dos réus, que já se conheciam, de modo a auxiliaram-se na prática de crimes, mormente o de estelionato. Caracteriza-se o delito do art. 288 do CP, mesmo que de cada ação não participem todos os quadrilheiros. Precedentes jurisprudenciais.

Agentes que abrem conta em agência bancária, utilizando-se de documentação falsificada, com o fim de adquirir mercadorias, obtendo vantagem ilícita em prejuízo alheio. Depoimento de um dos co-réus, que aliado às palavras das testemunhas, autoriza a prolação do edito condenatório. Concurso de agentes. Apelantes que possuíam cada um sua tarefa que, exercida, contribuiu decisivamente para a consumação dos delitos

“Falsificação de documento público e subsequente prática de estelionato com o uso do falso. Absorção do primeiro crime que só serviu para obtenção da vantagem patrimonial que era o fim do agente (estelionato)” (JC 11/12, pág. 458).

A circunstância de os cheques dados às vítimas terem sido pagos não impede o reconhecimento do delito de estelionato, que se consuma com a obtenção da vantagem ilícita após ilaquear a boa-fé da vítima.

Penas. Correção.

Quando da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal for constatada a presença de circunstâncias desfavoráveis ao réu, correta é a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo.

Agravante do art. 62, I, do CP. Ausência de provas de quem seriam os líderes, os mentores intelectuais do crime, isto é, aqueles que teriam tomado a iniciativa criminosa ou organizado a atividade. Majorante afastada.

Em se tratando de crime continuado, o critério para a fixação do quantum de aumento deve ser o do número de crimes. Cometidos dois estelionatos o aumento deve ser de 1/6 (um sexto).

De acordo com o disposto no art. 10 da Lei n. 9.034, os condenados por crimes decorrentes de associação criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado.

Recursos providos parcialmente para adequar as penas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.013930-1, da comarca de Xanxerê, em que são apelantes Ilvo Schonardie, Edésio Schonardie e João Bittencourt

Silveira, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, rejei-

tar a preliminar e dar provimento parcial aos recursos.

Custas legais.

Perante o Juízo de Direito da comarca de Xanxerê (2ª Vara), Ilvo Schonardie, Edésio Schonardie, João Bittencourt Silveira e Darci Antônio Manica foram denunciados como incurso nas sanções dos arts. 288 e 171, caput, c/c os arts. 29 e 71, todos do Código Penal.

Segundo a peça acusatória inicial, os acusados, previamente mancomunados e com o intuito de cometerem crimes, engendraram plano que lhes surtiria vantagens ilícitas, em prejuízo de outrem.

Assim é que o denunciado Darci dirigiu-se à comarca de Xanxerê e, no mês seguinte, recebeu do co-denunciado João documentação adulterada para que pudesse abrir conta em uma agência bancária.

Dando prosseguimento ao plano, Darci abriu a conta bancária e procurou dar-lhe ares de regularidade, movimentando-a normalmente. Após adquirir a confiança do banco, passou a trabalhar com cheque especial, dando início a uma seqüência de ilícitos.

Foi então que, acompanhado dos também denunciados Edésio e Ilvo, adquiriu vários objetos, em continuidade, frustrando-lhes no entanto o pagamento.

Devidamente processados, sobreveio a sentença que julgou procedente a denúncia e: a) condenou Darci à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, substituída por duas restritivas de direito; b) João, Ilvo e Edésio às penas individuais de 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão,

em regime inicialmente fechado, e pecuniária de 27 (vinte e sete) dias-multa.

Inconformados recorreram João Bittencourt Silveira, Ilvo Schonardie e Edésio Schonardie.

João pleiteou a sua absolvição. Preliminarmente alegou a nulidade da sentença eis que baseada em denúncia inepta. No mérito alegou que o delito de formação de quadrilha não restou tipificado; negou qualquer vínculo com o co-réu Darci e com os outros co-réus; asseverou não ter participado de qualquer uma das condutas delituosas; por fim, caso não atendido o pleito absolutório, requereu a redução da reprimenda.

Ilvo e Edésio, por seus turnos, também pleitearam a absolvição. Sustentaram não ter ficado evidenciado o elo permanente entre mais de três pessoas, necessário à caracterização do delito de quadrilha. Quanto aos estelionatos, argüiram a falta de provas das suas participações e que as vítimas não suportaram prejuízo algum. Alternativamente, requereram a redução das penas.

Rebatidos os inconformismos, nesta Superior Instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelos seus desprovimentos.

É o relatório.

Assiste razão em parte aos apelantes, no que tange à fixação das reprimendas.

Quanto à condenação propriamente dita, não merece reparo o decurso objurgado, pois efetivamente comprovados os delitos.

Com relação à preliminar de nulidade da sentença por ter-se baseado em denúncia inepta, argüida pela defe-

sa de João, temos que não merece acolhimento.

Embora relevante e até correto o entendimento esposado nas razões de recurso de que “forjar” documentos e “colar” a fotografia em uma cédula de identidade, são condutas completamente diversas, temos que a denúncia preencheu os requisitos do art. 41 do CPP e possibilitou o exercício da ampla defesa pelo acusado.

Outrossim, eventual inépcia da denúncia deveria ter sido argüida até a prolação da sentença, momento oportuno, e não agora em sede recursal.

Dessa forma, afasto a preliminar.

O delito de formação de quadrilha (art. 288 do CP) restou plenamente evidenciado. A prova produzida demonstrou a existência de um prévio acordo de vontades dos apelantes para a prática de delitos.

A inexistência da pluralidade de crimes, como querem fazer crer as defesas, não impede o reconhecimento da quadrilha, pois é delito autônomo, que se consuma independentemente do cometimento de qualquer crime.

Conforme adequadamente colocou o Dr. Procurador de Justiça, em seu parecer de fls., a seguir transcrito como fundamento de decidir:

“O delito previsto no art. 288 do Código Penal (quadrilha ou bando) consiste na associação de mais de três pessoas com a finalidade específica de cometimento de crimes.

“Os quatro réus condenados nestes autos (Darci, João, Ilvo e Edésio) associaram-se para, após a abertura fraudulenta de uma conta bancá-

ria, praticarem vários estelionatos contra diferentes vítimas.

“O conjunto probatório existente nos autos revela, de forma nítida, a caracterização do crime de formação de quadrilha.

“Já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina: ‘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 recorrentes houve por participar nas ações do grupo’ (Apelação Criminal n. 97.008566-4, de Blumenau, julgada em 23/9/97).

“Em que pesem os argumentos ventilados pela defesa de que os co-réus não se conheciam, tal tese não merece prosperar. Isso porque restou comprovado que os acusados conheciam-se e mantinham um vínculo para o cometimento dos estelionatos.

“Afirmou o réu João Bittencourt Silveira em seu depoimento na fase policial: ‘que, certo dia o declarante foi encarregado por Ilvo e Edésio, não sabendo precisar com certeza, para buscar no terminal rodoviário desta cidade um envelope; o envelope chegou endereçado ao depoente e no seu interior havia uma cédula de identidade em nome de Valdomiro de Lemos, sem a fotografia e uma fotografia tamanho 3x4 de Darci Antônio Manica, além de um bilhete que lhe solicitava para colar a fotografia sobre a cédula, plastificá-la e entregá-la para Darci’ (fls. 122/123).

“O genro do acusado João, no seu depoimento judicial, disse que ‘numa oportunidade houve um telefonema da rodoviária para que João fosse

buscar um envelope. O depoente foi até a rodoviária, mas não foi lhe entregue a encomenda, posto que João seria o único autorizado a retirá-lo, embora o envelope estivesse no nome de um tal de Edésio' (fls. 580).

"O depoimento de Darci revela a existência da quadrilha, com a participação dos reeducandos, conforme se depreende: 'no entanto, dias depois João foi até o local de trabalho do interrogando, entregando-lhe uma carteira de identidade já com sua fotografia enxertada, um CPF e um comprovante de renda, orientando o interrogando para que, de posse de ditos documentos que estavam em nome de Valdomiro Lemos, fosse até o banco e abrisse uma conta' (fls. 522/523).

"E segue: 'Passaram, então, Ilvo e Edésio a movimentar a conta até obterem os talões de cheques na forma relatada no interrogatório de fls. 383/385. Ao que sabe, Ilvo e Edésio também são dados à prática de golpes contra o Fisco'.

"Restou claro nos autos o vínculo psicológico entre os agentes, que associaram-se, em caráter estável e permanente, para o cometimento de diversos crimes.

"Bem salientou o Magistrado de Primeiro Grau, por ocasião da prolação da sentença: 'É claro e evidente que tal consciência da maquinação a que estava-se integrando ocorreu quando procurado por Ilvo em Lages e, desta forma, dúvida não resulta de que os quatro réus estabeleceram vínculo psicológico entre si, espírito de grupo, uma implícita associação estável e permanente, para o fim criminoso' (fls. 733).

"E arremata: 'Indiscutível que João, Edésio e Ilvo encontravam-se já há algum tempo mancomunados na finalidade de preparar golpes. A partir do momento em que o réu Darci aderiu ao grupo, após descortinar a ligação dos três e seus objetivos, inserindo-se no mesmo contexto e finalidade, integrados resultaram os elementos do tipo previsto no art. 288 do Código Penal'.

"Assim, deve persistir a condenação dos réus João, Ilvo e Edésio nas penas do art. 288 do Código Penal, eis que o crime de quadrilha ou bando restou amplamente evidenciado nos autos".

Comprovados também restaram dois delitos de estelionato (art. 171, caput, do CP).

Compulsando os autos verifica-se que os réus prepararam toda a seqüência dos delitos. Primeiramente João, o qual teve participação decisiva para a consumação dos delitos, já conluiado com os irmãos Schonardie, empregou Darci, fornecendo-lhe posteriormente a documentação falsa. De posse da documentação, abriram conta em uma agência bancária, a qual depois de regularmente utilizada e movimentada, foi utilizada para que Darci aplicasse os golpes, com o efetivo auxílio dos Schonardie, que o conduziram aos locais previamente escolhidos e apresentava as vítimas.

Somente a materialidade dos delitos praticados contra a empresa D'Paschoal Automotiva Ltda. (fls. 186/188) e contra Oscar Paulino de Liz (fls. 193) restou comprovada.

A ausência de perícia na cédula de identidade, conforme judiciosamente colocou o Magistrado em sua sen-

tença, não impede o reconhecimento dos delitos

A autoria, embora negada pelos apelantes, foi confessada pelo co-réu Darci Antônio Manica que apontou a participação de todos. Além de confirmar que recebeu a documentação adulterada de João, disse: "...o interrogando pegou os dois talonários de cheques no banco e encontrou-se com Edésio e Ilvo no local combinado (...) de volta a Lages, passou a acompanhar Ilvo e Edésio para assinar os cheques da conta fraudulenta junto às vítimas" (fls. 324).

Os próprios apelantes Ilvo e Edésio não negaram que acompanharam o co-réu Darci quando este "visitava" as vítimas aplicando-lhes os golpes, somente procuravam, obviamente, esconder-se para não serem reconhecidos. Da mesma forma, o apelante João não negou a sua participação quando providenciou a documentação adulterada para que Darci aplicasse os golpes.

Cada qual cumpriu com sua tarefa nas ações criminosas, concorrendo para que os resultados se concretizassem.

Damásio de Jesus leciona que "para que haja co-autoria não é necessário que todos realizem os mesmos atos executivos do crime", esclarecendo quanto ao conceito de participação, que se dá "quando o sujeito, não praticando atos executórios do crime, concorre de qualquer modo para sua realização (CP, art. 29). Ele não realiza conduta descrita pelo preceito primário da norma, mas realiza uma atividade que contribui para a formação do delito. Chama-se partícipe. No sentido do texto: RT 494/339 e 572/393; RTJSP

37/288 e 40/317" (Código Penal Anotado, 1989, pág. 101).

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 delinquentes esteja ciente de que participa da conduta de outra para que esteja diante do concurso" (in Manual de Direito Penal, Parte Geral, vol. 1, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 1997, págs. 223/224).

No mesmo sentido o entendimento jurisprudencial:

"Co-autor não é somente aquele que pessoalmente produz a ação típica que conduz ao resultado delitual típico, mas, também, aquele que, embora exercendo outras atividades, destituídas desta ação típica, tendem a produzi-la, facilitá-la ou auxiliá-la" (RT 494/339).

"Basta à configuração da co-autoria a colaboração do agente para o evento, auxiliando a atuação dos executores diretos. De modo algum se exige, para tanto, hajam todos os partícipes consumado atos típicos de execução" (RT 664/265).

As vítimas narraram o modus operandi descrito na denúncia, relatando ainda que quem lhes apresentava "Valdomiro Lemos", nome utilizado por Darci, eram os irmãos Schonardie.

Com efeito, todos os réus tiveram participação decisiva na consumação dos delitos de estelionato.

A desclassificação para o delito de falso, pretendida pela defesa do apelante João, não merece agasalho. A falsificação da carteira de identidade configurou crime-meio para a prática de estelionatos. A jurisprudência a esse respeito é tranqüila:

“Estelionato — Absorção dos crimes de falso. Falsificação de documento público e estelionato — Absorção do primeiro delito pelo segundo, porque a prática da falsificação era indispensável para o estelionato (crime-fim do agente)” (Ap. Crim. n. 32.389 — DJ 9.190 — 8/3/95, pág. 7).

Já foi também sumulado: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido” (Súmula 17 do STJ).

Afasta-se, portanto, tal pretensão.

A alegação de que as vítimas não sofreram prejuízos e que os cheques foram pagos, não lhes socorre, porquanto o delito de estelionato em seu tipo fundamental se consuma com a simples obtenção da vantagem ilícita, independente de qualquer ato posterior.

Argumento que também é rejeitado.

Razão assiste aos apelantes quando pretendem ver diminuídas as suas reprimendas, senão vejamos:

Quanto à pena-base, a sentença não merece reparos. O Magistrado justificou a fixação acima do seu mínimo legal, analisando as circunstâncias judiciais dos acusados onde disse que eles possuíam: “personalidade fortemente inclinada à fraude e ao conluio, tendo por motivação o ganho fácil, o egoísmo, em prejuízo alheio. Dita per-

sonalidade revela-se perigosa, pela abrangência da atuação ilícita, à ordem social. As circunstâncias também lhes são desfavoráveis, posto que em relação aos estelionatos valeram-se de anterior delito (crime de falso). As conseqüências foram graves, eis que espargiu prejuízos a diversas vítimas, em nada tendo elas contribuído para o resultado...” (fls. 743, 744 e 745).

Ora, “em face do conjunto das circunstâncias judiciais informadoras para fixação da pena-base, é possível irrogá-la acima do mínimo legal ao agente primário, sem maus antecedentes, desde que expressamente motivada na sentença” (Ap. Crim. n. 30.150, de Blumenau, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 9/4/96).

Esta Câmara, em acórdão da lavra do eminente Des. Amaral e Silva assim já se manifestou:

“Processual penal — Revisão — Dosimetria — Pena-base acima do mínimo legal — Possibilidade — Precedentes jurisprudenciais.

“Somente em casos excepcionais, de manifesta injustiça, ou de inobservância de técnica, é que o pedido revisional deve ser atendido para o fim de modificação a favor do réu, da dosimetria fixada pelo Juízo inferior” (RT 436/418).

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de o Magistrado sentenciante fixar a pena em limite superior ao mínimo legal, desde que indique concretamente as razões justificadoras da exacerbação da pena” (STF — HC n. 70.650/ES — rel. Min. Celso de Mello, j. 19/10/93 — DJU 11/2/94) (Revisão Criminal n. 98.015599-1, de Panduva).

Dessa forma, fixadas as penas-base dentro dos parâmetros do art. 59 do CP, e justificadas suas elevações acima do mínimo legal, a sentença não merece reparos quanto a este tópico.

É de ser excluída, entretanto, a agravante descrita no art. 62, I, do Código Penal, "quem promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes".

Não ficou demonstrado nestes autos quem seriam os líderes, os mentores intelectuais do crime, isto é, aqueles que teriam tomado a iniciativa criminosa ou organizado a atividade. Inexiste a comprovação da submissão da vontade de um em relação ao outro.

Em razão do reconhecimento de apenas dois crimes de estelionato, o quantum de aumento em razão da continuidade delitiva deve ser de apenas 1/6 (um sexto) e não de metade como fixado na sentença.

Assim sendo, as penas aos apelantes pelo cometimento dos crimes são fixadas em: 1(um) ano e 6 (seis) meses de reclusão pelo crime de quadrilha. 1 (um) ano e 9 (nove) de reclusão, mais o pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, pelos delitos de estelionato. Aplicada a regra do art. 69 do CP, a pena fica definitivamente fixada em 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão e pagamento de 21 (vinte e um)

dias-multa, cada um no valor mínimo legal, para cada apelante.

Cumpra assinalar que não fazem jus à substituição da pena por restritiva de direitos, por não preencherem os requisitos do art. 44, III, do CP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.714/98.

Quanto ao regime de cumprimento, a pena pelo delito de quadrilha deve ser cumprida inicialmente no regime fechado, consoante o que diz o art.10 da Lei n. 9.034/95. Já a pena pelos delitos de estelionato deve ser cumprida inicialmente em regime aberto, devendo as penas ser executadas de forma progressiva.

Assim, diante do exposto, rejeitada a preliminar, dá-se provimento parcial aos recursos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella, e lavrou o parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antonio Günther.

Florianópolis, 21 de setembro de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente;
Genésio Nolli,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.017009-8, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Genésio Nolli

Júri — Nulidade — Ausência de quesito obrigatório — Se ao apreciar a tese da legítima defesa os senhores jurados negarem o quesito sobre a necessidade dos meios utilizados na repulsa, ainda

imperiosa é a quesitação sobre a sua moderação — Precedentes jurisprudenciais — Recurso provido para anular o julgamento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.017009-8, da comarca de São José, em que é apelante Elias de Oliveira, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para anular o julgamento por ausência de quesitação da moderação dos meios necessários para a repulsa.

Custas legais.

1. Cuida-se de recurso de apelação interposto por Elias de Oliveira, com fulcro no art. 593, III, a e d, do CPP, inconformado com a decisão do Tribunal do Júri que o condenou à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, por infração ao artigo 121, § 2º, inciso IV, c/c o art. 14, inciso II, e art. 121, § 1º, todos do Código Penal.

Como razões de seu recurso, sustentou preliminarmente a nulidade do julgamento por entender que a decisão dos jurados foi influenciada pelo depoimento pessoal do Dr. Promotor de Justiça em plenário. Como matéria de fundo, asseverou ter sido a decisão dos senhores jurados manifestamente contrária à prova dos autos, pois agiu amparado na excludente de ilicitude da legítima defesa.

Rebatido o apelo, nesta Superior Instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo seu desprovido.

É, em apertada síntese, o relatório.

2. Há nulidade irremediável do julgamento.

Ao ser efetuada a votação dos quesitos referentes a uma das teses da defesa, a da legítima defesa, foram apreciados apenas os quesitos de n. 1 a 5, deixando de ser inquirido aos jurados o quesito de n. 6, que diz respeito à moderação no uso dos meios.

Após os jurados reconhecerem que o acusado praticou o fato em defesa própria, repelindo injusta e atual agressão, negaram (5x2) o quesito sobre necessidade dos meios usados na repulsa. Negado este quesito, equivocadamente foi considerado prejudicado o quesito subsequente, sobre a moderação dos meios.

Assim, após a votação dos quesitos referentes à legítima defesa, necessária seria a indagação aos senhores jurados sobre a moderação dos meios.

Da doutrina extrai-se:

"...em matéria de excesso punível, em se tratando de questionário a ser adotado no Tribunal do Júri, é de inquestionável obrigatoriedade a inclusão do quesito referente ao excesso doloso. Negado tal quesito é imperativa a formulação do quesito sobre o excesso culposo. Cuidando-se de legítima defesa, por sua vez, a rejeição do quesito sobre a necessidade do meio empregado não prejudica a votação do quesito referente à moderação no uso desse meio. Ademais, negados ambos os quesitos ou apenas um deles, indiferentemente, deve ser proposto o quesito do excesso doloso cuja rejeição

ção deve acarretar a propositura do quesito sobre o excesso culposo” (Marrey, Adriano e outros. Teoria e Prática do Júri, Editora Revista dos Tribunais, 5ª ed., pág. 365).

“(…) o desdobramento dos quesitos a respeito de cada um dos elementos das justificativas é hoje regra, conforme jurisprudência praticamente pacífica. Assim, quanto à legítima defesa, por exemplo, é necessário que se indague separadamente sobre a existência de agressão da vítima, sobre a injustiça, sobre sua atualidade, sobre sua iminência, sobre o emprego dos meios necessários à repulsa, e sobre a moderação na utilização desses meios (...)” — (in Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., 1997, pág. 614.)

Não é outro o entendimento jurisprudencial:

“Negada pelo Conselho a necessidade dos meios, devem, ainda assim, ser questionados a moderação strictu sensu e o elemento subjetivo determinador do excesso. Suprimidos tais quesitos, por haverem sido considerados prejudicados, anula-se o julgamento” (STF — HC n. 53.849/SE — rel. Min. Xavier de Albuquerque — RTJ 76/705).

“Alegada a legítima defesa, ainda que os jurados respondam negativamente ao quesito relativo ao uso dos meios necessários, faz-se mister, sob pena de nulidade do julgamento, que se manifestem sobre a moderação ou excesso culposo” (STF — rel. Min. Djalci Falcão, RTJ 101/1.135).

“Alegada a legítima defesa, ainda quando os jurados respondem negativamente ao quesito sobre o uso dos meios necessários, é obrigatória, sob pena de nulidade do julgamento, a formulação dos quesitos sobre a moderação e o elemento subjetivo do excesso. Precedentes” (STJ — rel. Min. Assis Toledo — RT 721/538).

Assim, diante do exposto, anula-se o julgamento, determinando-se que a outro seja o réu submetido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella, e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antonio Günther.

Florianópolis, 19 de outubro de 1999.

Genésio Nollí,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.010027-5, DE TIJUCAS

Relator: Des. Jorge Mussi

Narcotraficância — Apreensão, em poder do réu, de cocaína acondicionada em papelotes — Usuário que indicou o apelado como comerciante de drogas — Depoimentos firmes dos policiais que efetuaram a prisão e presenciaram a venda proscrita — Flagrante preparado afastado — Declarações que se mostram unânimes e coerentes com as demais provas dos autos — Validade — Materiali-

dade e autoria plenamente confirmadas pela farta prova testemunhal e pericial colacionadas — Infração ao art. 12 da Lei Antitóxicos perfectibilizada — Agente que se diz viciado em substância estupefaciente — Exame de dependência toxicológica apontando o réu como dependente em grau leve — Condição que não exclui a sua responsabilidade como traficante — Reforma do decreto desclassificatório (art. 16 da Lei n. 6.368/76) que se impõe — Recurso ministerial provido.

Pena substitutiva — Lei n. 9.714/98 — Crime hediondo — Ausência de vedação na novatio legis — Réu que portava pequena quantidade de tóxico — Fato isolado na vida do acusado — Circunstâncias favoráveis ao agente — Satisfação das condições objetivas e subjetivas expressas no art. 44 do CP — Sanção restritiva de direitos suficiente para a reprovação e prevenção do crime — Possibilidade da substituição — Precedentes jurisprudenciais — Voto vencido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.010027-5, da comarca de Tijucas, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Marcos Antônio Hames:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento ao recurso ministerial para condenar o acusado nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76, fixando-se a pena em 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e no pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, cada qual no valor estabelecido pela legislação específica; e, por maioria de votos, não aplicar a Lei n. 9.714/98 neste Grau de Jurisdição.

Custas na forma da lei.

1 — Na comarca de Tijucas, Luciano da Silva foi denunciado por infração ao disposto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76, e Marcos Antônio Hames por violação do artigo 12 da mesma lei, por-

que, como se infere da inicial acusatória:

“No dia 23 de março de 1998, por volta das 16 horas, os policiais militares do destacamento desta Comarca, dirigiram-se à Comercial Agropecuária Hames, situada na Rua Bayer Filho, nesta Cidade e Comarca, pois receberam informações de que o denunciado Marcos Antônio Hames estava comercializando substância tóxica. Chegando no dito estabelecimento, o policial Marcos Adolfo da Silveira presenciou o primeiro denunciado comprando 1 papelote de entorpecente do segundo denunciado. Ato contínuo, o policial abordou o denunciado Luciano da Silva e, ao revistá-lo, encontrou em poder do mesmo um papelote de ‘cocaína’. Em seguida, abordou o segundo denunciado, e ao revistá-lo encontrou 17 papelotes de ‘cocaína’, acondicionados em saco plástico, contendo 15 gramas, substância esta capaz de causar dependência física e psíquica, conforme faz prova termo de

apreensão e laudo de constatação de fls. 6 e 7.

“Os denunciados foram conduzidos à delegacia local, ocasião em que o primeiro denunciado confessou a propriedade da substância apreendida, alegando que havia adquirido do segundo denunciado, para consumo próprio. Afirmou, também, que adquiriu por várias vezes ‘cocaína’ do denunciado Marcos Antônio Hames, conhecido como Marquinho da Agropecuária. O denunciado Marcos Antônio Hames não prestou esclarecimento, mas as circunstâncias e a quantidade estão a demonstrar o comércio ilegal” (fls. 2 e 3).

Na oportunidade, foi proposta a suspensão condicional do processo ao denunciado Luciano da Silva, nos termos do artigo 89 da Lei n. 9.099/95 (fls. 4), a qual foi aceita por este e por seu defensor (Termo de Audiência de fls. 51).

Concluída a instrução criminal, a exordial acusatória foi julgada procedente, em parte, para condenar Marcos Antônio Hames ao cumprimento da pena de 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto, suspensa condicionalmente pelo prazo de 2 (dois) anos, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por ter violado o disposto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76; restando homologada a suspensão condicional do processo concedida para Luciano da Silva.

Inconformado com a decisão prolatada, o Órgão Ministerial recorreu, a tempo e modo, com fulcro no art. 593, inciso I, do Código de Processo Penal, objetivando a condenação de

Marcos Antônio Hames nos termos da denúncia, ou seja, no artigo 12 da Lei de Tóxicos, alegando que o conjunto probatório carreado no caderno processual demonstra que ele efetivamente estava praticando o narcotráfico.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu conhecimento e provimento.

É o relatório.

2 — Prima facie, afasta-se o argumento empregado na sentença para desclassificar o delito de tráfico para o crime disposto no art. 16 da Lei de Entorpecentes, fundamentado no fato de ter sido o flagrante preparado.

Ora, tal argumentação não encontra respaldo na prova dos autos, porquanto em nenhum momento houve provocação ou induzimento, pela autoridade policial, para a lavratura do flagrante.

Compulsando-se os autos, verifica-se que os policiais militares receberam vários telefonemas anônimos sobre o narcotráfico que estava sendo realizado na Agropecuária Hames. Montada operação para combater o ilícito, o policial Marcos Adolfo da Silva, à paisana, efetuou campana no local, logrando avistar o apelante comercializando um papelote de cocaína ao usuário Luciano da Silva. Ao abordar o comprador, revistou-o e apreendeu a droga, tendo este indicado que havia adquirido o estupefaciente do réu. Ato contínuo, comunicou o fato aos seus colegas, quando, então, realizaram revista no apelado e findaram por encontrar, no bolso das suas vestes, 17 papelotes de cocaína, sendo

imediatamente dada voz de prisão ao acusado.

Assim, não há falar em flagrante preparado, eis que os policiais tão-somente diligenciaram no sentido de investigar as denúncias anônimas no tocante ao narcotráfico, e tendo o policial Marcos presenciado a transação do material tóxico apreendido, terminou por prender o réu em flagrante delito.

Veja-se da jurisprudência Catarinense:

“Apelação pretendendo a absolvição porque o flagrante foi preparado e porque as provas dos autos não autorizam a condenação.

“Inocorrência de flagrante preparado, já que inexistiu provocação de induzimento da autoridade policial para a prática do crime” (Ap. Crim. n. 23.678, de Balneário Camboriú, rel. Des. Reynaldo Alves).

Também nesse sentido julgamento do Estado de São Paulo:

“Se a polícia não teve a iniciativa de colocar o material proibido em poder do réu, diligenciando tão-só em surpreender e descobrir o caso, não há flagrante preparado, mas tão-só em lícito flagrante esperado” (JTACrimSP 54/348).

Aliás, mesmo se ocorrido na hipótese o flagrante esperado, no qual existe crime, eis que a autoridade ou a vítima apenas deixam o sujeito agir, sem provocação ou induzimento, prendendo-o na realização do fato, em nada comprometeria a sua validade.

É que sendo o narcotráfico crime de natureza permanente, o expediente de encaminhar agentes policiais para verificar a ocorrência do delito, em face

de informações anônimas, logrando estes encontrar o acusado vendendo a usuário substância entorpecente, bem como apreender determinada quantidade da mesma droga em poder do réu, jamais pode ser considerado induzimento ou provocação por parte da autoridade policial ao narcotráfico. O tipo desse crime, sendo misto alternativo, já se realizava anteriormente à venda da cocaína, quando o apelado a portou. O crime, pois, se consumara antes da intervenção policial.

“Segundo a Súmula 145 do STF ‘Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.’ A jurisprudência, com fundamento nesse enunciado, tem afirmado que não pode ser autuado em flagrante o agente de crime provocado, ou seja, quando o agente é induzido à prática de um crime pela pseudovítima, por terceiro ou pela polícia, ao caso chamado de agente provocador. Tal situação não se confunde, segundo se tem decidido, com o flagrante esperado, em que a atividade policial é apenas de alerta, sem instigar o mecanismo causal da infração, e que procura colher a pessoa ao executar a infração, frustrando a sua consumação, quer porque exerça vigilância sobre o delinqüente” (Julio Fabbrini Mirabete, in “Processo Penal”, São Paulo, Atlas, 1996, pág. 371).

Este é o entendimento jurisprudencial, veja-se:

“Não há falar em flagrante forjado, ou preparado, se os agentes de polícia civil, já sabedores de que havia cocaína e maconha em poder do paciente, diligenciam em prendê-lo em flagrante na sua casa, na posse dos materiais tóxicos. Em tal hipótese a

intervenção dos funcionários policiais não provocou, não induziu o paciente a cometer a infração, uma vez que encontrando-se os tóxicos em seu poder, o delito já se consumara.

“Constituindo a guarda de cocaína e maconha delito permanente, possível a prisão em flagrante enquanto não cessar a permanência (...)” (RT 527/383).

Este egrégio Tribunal não discrepa:

“Habeas corpus. Prisão em flagrante. Narcotraficância (...) Alegação de flagrante preparado e classificação errônea do delito. Ordem denegada.

“(…)”.

“Tendo os agentes policiais conhecimento da prática ilícita dos pacientes, o fato de estes esperarem o melhor momento para realizar a prisão não constitui flagrante preparado” (HC n. 11.907, de Araranguá, deste Relatório, j. em 18/11/94).

Quanto à insinuação, na sentença, de que Luciano da Silva teria sido usado como “isca” pela Polícia Militar, o qual teria adquirido a droga momentos antes da prisão do acusado, não basta como prova que se tratava de um flagrante preparado, nem mesmo pode ser considerado como um indício capaz de ensejar a dúvida e a conseqüente desclassificação do delito para o crime menos grave. Nestes casos, há necessidade de provas concretas.

Simples alegações sem fundamento na prova são insuficientes para se firmar um convencimento nesse sentido.

Não existe, portanto, qualquer indicativo tratar-se, o caso, de flagrante preparado.

3 — No tocante ao mérito do recurso ministerial, o qual pretende ver o réu condenado pelo delito de narcotráfico, razão lhe assiste, devendo a sentença ser reformada, porquanto dos autos emerge, sem sombra de qualquer dúvida, que o material tóxico apreendido em poder de Marcos Antônio Hames destinava-se à mercancia ilegal.

A sentença, fundamentando a desconstituição da acusação, argumentou que o flagrante fora preparado, conjecturando que Luciano, usuário que comprou a droga, “pode” ter sido induzido pelo policial que estava à paisana, ressaltando que os elementos de prova são frágeis para condenar o acusado pelo delito do comércio ilegal de entorpecentes, desclassificando a conduta do réu para o crime descrito no art. 16 da Lei n. 6.368/76.

A tese de flagrante preparado já foi alvo de análise, não havendo mais o que se discutir sobre a legalidade da prisão.

Por outro lado, quanto à falta de prova da narcotraficância, os autos estão repletos de elementos material e testemunhal dando conta da condição de traficante do acusado.

A materialidade delitativa restou comprovada pelo Termo de Apreensão de fls. 11, descrevendo os 17 (dezesete) papetes de cocaína encontrados com o réu; pelo Laudo de Constatção de fls. 13, resultando positivo quanto a ser o material entorpecente; pelo Boletim de Ocorrência de fls. 23, o qual narra todo o procedimento policial; e pelos Laudos Periciais de fls. 38/40 e

42/44, confirmando tratar-se as substâncias apreendidas de estupefaciente capaz de causar dependência física e/ou psíquica, conforme Portaria n. 28/86, da Dimed/MS.

Embora tenha o acusado se utilizado do direito constitucional de permanecer silente, quando do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 10), e em Juízo ter negado que era traficante, a autoria restou inconteste, eis que ressumbra do processado, com segurança, que o apelado estava envolvido com o comércio clandestino.

A denúncia descreve que um policial logrou presenciar o usuário Luciano da Silva comprando estupefaciente do acusado. Ao abordá-lo e ser surpreendido com a droga, confirmou que havia adquirido o tóxico do réu. Assim, juntamente com os demais colegas de trabalho, minutos depois efetuou revista em Marcos, vindo a apreender razoável quantidade de cocaína em seu poder.

O condutor, Edésio da Silva, na fase policial, afirmou que o policial Marcos Adolfo da Silveira assistiu à venda de cocaína feita pelo réu e o usuário, “interpelado onde o mesmo havia comprado a droga, Luciano informou que havia adquirido do Marquinho da Agropecuária”, sendo este abordado e com ele apreendido dezessete papелotes do estupefaciente (fls. 7 e 8); em Juízo, ratificou suas declarações, acrescentando que “mesmo antes de receber o telefonema anônimo no dia da prisão, já havia informações de que a agropecuária era ponto de distribuição de droga” e “especificamente sobre Marcos Antônio o depoente esclarece também que havia in-

formações que seria traficante” (fls. 79).

Marcos Adolfo da Silveira, policial que viu toda a transação, relatou que:

“(…) foi designado pelo tenente Edésio para fazer um serviço à paisana na área da Agropecuária Hames, verificando se havia tráfico ou consumo de drogas, uma vez que foram recebidos vários telefonemas anônimos, no Destacamento, informando sobre a venda de drogas na Agropecuária; Que, o declarante foi ao local, e viu o Luciano da Silva adquirindo droga de Marcos Antônio Hames; Que, o declarante transitava pela rua de moto e adiante da Agropecuária, aguardou o Luciano, abordando-o e, identificando-se, revisitou-o, encontrando com o mesmo um papелote de cocaína; Que, então o declarante deu voz de prisão ao elemento, comunicando o fato ao tenente, bem como o local em que a droga havia sido adquirida; Que, o Luciano confirmou ao declarante de que havia comprado a cocaína do Marquinho da Agropecuária Hames (...)” (fase policial, fls. 8).

E este depoimento foi reiterado no contraditório (fls. 80).

Além destes testemunhos, há também o depoimento de Luciano da Silva que, acompanhado de advogado quando ouvido perante a autoridade policial, confessou em pormenores ter adquirido a cocaína do acusado, leia-se:

“(…) Que, na data de hoje, por volta das 16h40min, o declarante comprou um papелote de cocaína do Marcos Hames, em frente à Agropecuária Hames; Que, pelo papелote o declarante pagou em dinheiro o valor de dez re-

ais, em duas notas de cinco; Que, o declarante já havia anteriormente comprado do Marcos e quando o declarante se aproximou, o Marcos entregou-lhe um papelote que retirou de dentro de um invólucro plástico, onde havia inúmeros papelotes; Que, após adquirir a droga, o declarante deu uma volta no prédio para despistar, mas adiante foi abordado por um policial à paisana, que estava de moto e que, identificando-se, deu revista no declarante, encontrando o papelote de cocaína no bolso do declarante; Que, então, o policial indagou onde o declarante havia adquirido a droga, tendo o declarante confessado que a havia comprado de Marcos Hames, minutos antes (...)” (fls. 9 e 10).

Como visto, as palavras dos policiais e de Luciano são harmônicas e coerentes entre si, e como vem decidindo a melhor jurisprudência:

“Crime contra a Saúde Pública — Narcotraficância — Cocaína — Prisão em flagrante — Prova — Testemunho de policiais — Validade — (...) Condenação mantida (...).

“(…).

“O testemunho de policiais, compromissados como qualquer outra testemunha, não merece eiva de suspeição, desde que não defendam eles um interesse particular, mas o de caráter coletivo realizado pela atividade estatal (Ap. Crim. n. 96.007492-9, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 24/9/96).

Sobre a validade dos seus depoimentos, cita-se, ainda, decisão do colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“Os depoimentos de policiais devem ser cridos até prova em contrá-

rio. Não teria sentido o Estado credenciar agentes para exercer o serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e ao depois negar-lhe crédito quando fossem dar conta de suas tarefas no exercício de funções precípuaas” (RDJTJRJ 7/287).

Também nesse sentido:

“Crime contra a saúde pública. Guarda de substâncias tóxicas. Infração ao art. 12 da Lei n. 6.368/76. Depoimento de policiais. Validade. Condenação mantida.

“Nenhum dispositivo legal veda o testemunho de agentes policiais, cuja validade há de ser auferida frente aos demais elementos de prova” (Ap. Crim. n. 23.606, de São Francisco do Sul, rel. Des. Tycho Brahe).

Ainda, tangente ao tema e a respeito de supostas discrepâncias nos depoimentos de policiais, a Primeira Câmara Criminal deste Sodalício assim decidiu, recentemente:

“Apelação criminal. Comércio de entorpecentes. Cocaína. Condenação fundada nas palavras firmes, coerentes e livres de qualquer sentimento de vingança ou má-fé dos policiais federais que prenderam os apelantes em flagrante.

“O testemunho dos policiais que efetuaram a prisão do réu é válido, ainda mais quando coadunados com os elementos de prova coligidos. Pequenas divergências são perfeitamente compreensíveis e, desde que não afetem a essência do que contêm, não elidem a robusta prova condenatória” (Ap. Crim. n. 99.001361-8, de Itajaí, rel. Des. Genésio Noll, j. em 24/3/99).

É entendimento corrente que:

“Não existe dispositivo legal que vede ao policial ser testemunha; e pequenas divergências em depoimentos não anulam a prova, confirmada, de forma segura, na parte principal” (Ap. Crim. n. 204.909, in Tóxicos, JLV Azevedo Franceschini, EUD, pág. 201).

Ademais o elenco probatório não se resume apenas aos depoimentos dos policiais; contém provas materiais (apreensão da substância tóxica, constatação e pesquisa em material estupefaciente) que configuram a tipicidade e que, aliadas às declarações do usuário, compõem um juízo de convicção seguro da materialidade do delito, assim como de sua autoria.

A defesa trouxe ao caderno processual testemunhas que serviram apenas como abonatórias, eis que não presenciaram os fatos e nada puderam esclarecer com o fim de desconstituir os depoimentos uníssonos dos policiais, não se podendo chegar a outra conclusão, senão a de que o apelante cometeu o crime de narcotráfico.

Desse modo, comprovada está a conduta ilegal do agente, ante a substância apreendida em seu poder e a venda efetuada ao usuário, bem caracterizando a comercialização pros-crita.

De hodierno julgado extrai-se:

“Penal e processual — Tráfico de drogas — Prova — Declarações de usuário apontando o traficante (...) — Desclassificação para uso inviável — Recurso desprovido.

“Declarações, coerentes e verossímeis, do usuário que indica o ponto de venda de drogas onde foram apreendidas mais de 20 pedras de crack embaladas individualmente, é o

que basta para condenar o possuidor do tóxico como traficante” (Ap. Crim. n. 99.003291-4, de Itajaí, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 27/4/99).

De outro vértice, o fato de não haver convocação, pela autoridade policial, de testemunha do povo, nada modifica a conduta de traficante do acusado.

Ocorre que a configuração do crime não depende do chamamento de testigo pela autoridade policial. Estando o acusado de posse da substância tóxica, consumado está o delito. A prisão em flagrante já é o início da persecução penal e a prova testemunhal é apenas um elemento de persuasão do julgador, e não uma circunstância elementar do tipo.

Além do que, ainda que a prova incriminatória se restrinja ao depoimento de testemunhas policiais, nem por isso se pode desprezá-la, em proveito da defesa.

O réu afirmou, em Juízo, ser dependente de substância estupefaciente, pretendendo desclassificar a infração para o delito menos grave, para uso próprio, assim procedido na decisão monocrática.

Entretanto, a desclassificação do delito de tráfico para o de uso de substância entorpecente, embora comprovada a dependência em grau leve do apelado (Exame de fls. 67) não podia ser acolhida, eis que tal circunstância pessoal não elide o reconhecimento do delito disposto no art. 12 da Lei n. 6.368/76, ante a possibilidade da coexistência entre a condição de traficante e a de dependente ou usuário, como reiteradamente vem decidindo nossa jurisprudência, que entende que

estas não são situações que, por si só, se excluem.

Nesse prisma, é a seguinte decisão, assim ementada:

“Crime contra a saúde pública — Cocaína — Traficância — Réu viciado — Hipótese de simples porte para uso próprio não caracterizada — Circunstâncias que indicam posse para a venda a terceiros — Condenação mantida.

“Se a dependência do uso de tóxico não ocasiona supressão da capacidade de entendimento e autodeterminação, comprovando sua capacidade intelectual e volitiva, vale dizer, o viciado (dependente) mantém o entendimento de que a venda de entorpecente é ilícita, podendo resistir à vontade de vendê-lo, deverá ser condenado como qualquer outro criminoso. O dependente pode ser traficante pois são situações que não se excluem (...)” (Ap. Crim. n. 30.078, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 8/9/93).

No mesmo diapasão:

“A condição de dependente de tóxico não exclui, por si só, a condição de traficante do acusado (...)” (RT 585/311).

Desse modo, comprovada está a conduta ilegal do agente, ante as substâncias apreendidas com ele e com o comprador, indicando que fora comercializada pelo réu, constituindo-se em óbice bastante à manutenção do decisum de desclassificação, devendo, por isso, ser reformado para condenar o acusado por violação do art. 12 da Lei de Entorpecentes, como pretendido no recurso ministerial.

4 — Passa-se, então, à aplicação da reprimenda.

Analisadas as circunstâncias descritas no art. 59 do Código Penal, vê-se que são todas favoráveis ao apelado, haja vista ser tecnicamente primário (responde a Processo Crime ainda não julgado), possuir conduta social satisfatória e personalidade normal; os motivos que o levaram a cometer o delito e as circunstâncias foram normais à espécie; as conseqüências não foram tão graves, em face de não conter quantidade exagerada de estupefaciente; a culpabilidade em grau leve, razão por que se fixa a pena-base no mínimo legal, ou seja, 3 (três) anos de reclusão, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, restando assim definitiva, ante a ausência de qualquer outra circunstância a se considerar.

Para o cumprimento da sanção corporal, fixa-se o regime integralmente fechado, em virtude do disposto no art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos.

Ao valor da pena pecuniária aplica-se o estabelecido no art. 38 da Lei n. 6.368/76.

5 — Por derradeiro, mister destacar que, vencido este Relator, no tocante à aplicação da Lei n. 9.714/98, uma vez que, primeiramente, ao ser condenado o apelado por infração ao art. 16 da Lei de Tóxicos, já no Primeiro Grau de Jurisdição, a sentença concedeu-lhe o sursis ao reconhecer que preenchia ele todas as exigências do art. 77 do Estatuto Penal; segundo, porque se verifica que se trata de um caso isolado na vida do acusado, eis que primário, com bons antecedentes, possuindo profissão definida e a quantidade de estupefaciente ser inferior a 16 (dezesesseis) gramas.

Veja-se decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferida no dia 15 de abril do corrente ano:

“HC — Penal — Pena substitutiva — Lei n. 9.714/98 — Crime hediondo — A Lei n. 9.714/98, de 25 de novembro de 1998, recomenda pela Criminologia, face à caótica situação do sistema penitenciário nacional, em boa hora, como recomendam resoluções da ONU, de que as Regras de Tóquio são ilustração bastante, ampliou significativamente a extensão das penas restritivas de direitos, conferindo nova redação a artigos do Código Penal brasileiro. O art. 44 relaciona as condições: 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; II — o réu não for reincidente em crime doloso; III — a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. Reclamam-se, pois, condições objetivas e subjetivas; conferem, aliás, como acentuam os modernos roteiros de Direito Penal, amplo poder discricionário ao Juiz. O magistrado, assim, assume significativa função, exigindo-se-lhe realizar a justiça material. O crime hediondo não é óbice à substituição. A lei, exaustivamente, relaciona as hipóteses impeditivas (art. 44)” (HC n. 8.753, do Rio de Janeiro, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, publ. no DJU em 17/5/99).

E esta colenda Segunda Câmara Criminal já decidiu:

“Pena criminal — Tráfico de entorpecentes — Reclusão em regime integralmente fechado (Lei n. 8.072/90) — Possibilidade de substituição por penas restritivas de direito (Lei n. 9.714/98) — Requisitos.

“A Lei n. 8.072/90, que trata dos crimes hediondos e a eles equiparados, proíbe progressão do regime, concessão de anistia, graça e indulto, assim como de liberdade provisória, mas não contém comando proibitivo à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nem ao sursis.

“Observado o princípio da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX e CP, art. 1º), na falta de proibição expressa na forma incriminadora especial e diante da nova sistemática penal advinda com a Lei n. 9.714/98, admite-se, em tese, a substituição da pena privativa de liberdade aplicada não superior a 4 (quatro) anos aplicada por crime denominado de tráfico de entorpecentes, por penas restritivas de direito, chamadas ‘alternativas’, tendo em vista que, de regra, não são praticados com violência ou grave ameaça à pessoa” (Ap. Crim. n. 99.002222-6, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 20/4/99).

Assim, por considerar todas as circunstâncias inculpidas no art. 59 do Código Penal favoráveis ao réu, perfeitamente aplicável ao caso o art. 44 e seus incisos do Código Repressivo, com a redação dada pela novatio legis, pois os motivos e as circunstâncias estão a indicar que a substituição, in casu, é suficiente à reprovação e prevenção do crime.

Todavia, por maioria de votos, foi decidido que o apelado não faz jus a

qualquer substituição ou à concessão do sursis.

6 — Diante do exposto, à unanimidade, dá-se provimento ao recurso ministerial para condenar o acusado nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76, fixando-se a pena em 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e no pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, cada qual no valor estabelecido pela legislação específica; e, por maioria de votos, não aplicar a Lei n. 9.714/98 neste Grau de Jurisdição.

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

Macedo Machado, e com voto vencido, no tocante à aplicação da Lei n. 9.714/98, o Relator. Subscreeveu parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 18 de maio de 1999.

José Roberge,
Presidente com voto;
Jorge Mussi,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.011631-7, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Jorge Mussi

Nulidade — Sentença prolatada por magistrado em gozo de férias — Feito concluso para julgamento — Jurisdição que se mantém neste período — Ausência de legislação expressando impedimento por este motivo — Inteligência dos arts. 252 e 564, ambos do CPP, 217 do CDOJESC, e 71 da Loman — Eiva afastada.

Lei n. 9.099/95 — Suspensão condicional do processo (art. 89) — Condenação pelo delito disposto no art. 16 da Lei n. 6.368/76 — Proposta ofertada pelo Ministério Público e aceita pela defesa quando das razões finais — Possibilidade durante o curso da ação — Direito subjetivo do réu — Decisão anulada para proporcionar a aplicação da lei mais benéfica.

Narcotraficância — Recurso ministerial pretendendo a condenação do acusado por infração ao art. 12 da Lei de Tóxicos — Agente preso em flagrante sem portar qualquer tipo de droga — Substância entorpecente apreendida com terceiros — Anemia probatória quanto ao envolvimento do apelado com o estupefaciente encontrado — Absolvção mantida — Recurso desprovido.

Tráfico — Réu que transportou grande quantidade de maconha, camuflada no interior do tanque de combustível de veículo — Confissão aliada à farta prova testemunhal dando conta da conduta antijurídica do apelante — Condenação que se impunha — Apelo defensivo improvido.

Comércio ilícito de entorpecentes — Acusado absolvido no Juízo a quo — Depoimentos de policiais harmônicos e coerentes entre si — Delação de co-réu — Prova abundante da participação delituosa do apelado na mercancia ilegal — Recurso ministerial provido para condenar o agente na conduta disposta no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Associação descrita no art. 18, III, da Lei de Tóxicos — Co-réu que efetuou o transporte do material entorpecente — Conduta realizada exclusivamente por ele — Ação com diretiva diversa a dos demais apenados — Incidência descabida — Pleito ministerial desatendido.

Majorante disposta no art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 — Réus que unidos associaram-se para receber determinada quantidade de maconha — Concurso de agentes para o mesmo fim — Configuração — Inclusão da causa de especial aumento de pena que se impõe — Recurso ministerial provido.

Pena-base — Grande quantidade de maconha — Circunstância que autoriza a fixação da reprimenda acima do mínimo legal — Sanções adequadas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.011631-7, da comarca de Balneário Camboriú, em que são apelantes e apelados a Justiça, por seu Promotor, e Antônio Henrique de Oliveria Rodrigues, sendo apelados Roberto Binder, Sérgio Ricardo Cezak, Vilson Barth e Aldo Corrêa:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso mi-

nisterial e negar provimento ao apelo defensivo.

Custas na forma da lei.

1 — Na comarca de Balneário Camboriú, Antônio Henrique de Oliveira Rodrigues, Roberto Binder e Sérgio Ricardo Cezak foram denunciados como incurso nas sanções do art. 12, caput, e art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76; Aldo Corrêa nas penas do art. 12, caput, e art. 18, inciso III, da Lei de Tóxicos, c/c art. 62 do Código Penal; e Vilson Barth nas sanções do arts. 12, 18, inciso III, e 16, todos da Lei de

Entorpecentes, porque, segundo narra a exordial acusatória de fls. 3 a 5:

“(....) a polícia federal de Itajaí já tinha conhecimento, há mais de ano, que o denunciado Aldo Corrêa era um grande traficante na cidade de Itajaí, tendo inclusive contra si expedido, de certa feita, mandado de busca e apreensão, cujo cumprimento, entretanto, restou infrutífero porque nada foi encontrado no local indicado para investigação.

“Todavia, nesse espaço de tempo vinha sendo seguidamente investigado por agentes da Polícia Federal, com a notícia recente de que receberia um grande carregamento de maconha.

“No dia 9/3/98, na parte da noite, seguindo as investigações iniciadas, os policiais federais observaram quando o denunciado Aldo Corrêa deixou sua residência, na cidade de Itajaí, dirigindo um automóvel Fiat Uno, placa BSU 2150, na companhia dos co-denunciados Roberto Binder e Sérgio Ricardo Cezak, rumando todos para esta Cidade e Comarca, estacionando o dito veículo na Avenida Atlântica, próximo ao n. 1380 e, em seguida, entrando em um bar, onde mantiveram contato com os também denunciados Antônio Henrique de Oliveira Rodrigues e Vilson Barth.

“Aproximadamente às 23 horas, todos os denunciados deixaram o bar localizado na Avenida Atlântica, sendo que Roberto Binder tomou então a direção do veículo Ford Corcel Belina II, ano 1978, placa NP 0858, que também estava estacionado na Avenida Atlântica, sendo que os co-denunciados Antônio Henrique de Oliveira Rodrigues e Vilson Barth adentraram no mesmo usando a porta do lado direito.

“Nesse exato instante os agentes da polícia federal investiram contra os mesmos, no sentido de revistá-los e revistar também o automóvel Ford Corcel Belina, ocasião em que os denunciados Aldo Corrêa e Sérgio Ricardo Cezak imediatamente adentraram no automóvel Fiat Uno, empreendendo fuga do local, numa nítida tentativa de livrar-se da responsabilidade, sendo perseguidos e presos em flagrante delito mais adiante.

“O veículo Ford Corcel Belina II foi vistoriado, encontrando-se, num compartimento especialmente construído no tanque de gasolina e destinado ao transporte de droga, 22,245 quilos de maconha, substância entorpecente, capaz de causar dependência física e/ou psíquica, de uso proibido em todo o território nacional, conforme atesta o termo de apreensão de fls. 13/14, distribuídos em quatorze tablets, de tamanhos e formas variadas, sendo dez empacotados com fita adesiva de cor marrom e outros quatro com plástico transparente.

“A droga foi transportada até esta cidade pelos denunciados Antônio Henrique de Oliveira Rodrigues e Vilson Barth, sendo que aquele dirigiu o veículo e este era o encarregado de fazer o contato com o denunciado Aldo Corrêa, a quem a mesma era destinada, ambos com pleno conhecimento, pois, do transporte ilícito da substância entorpecente, destinada ao comércio. Saliente-se que os denunciados vieram da cidade de Foz do Iguaçu e, como o tanque de combustível estava praticamente todo tomado com o compartimento construído para armazenamento da droga, foram forçados a abastecê-lo a cada 150 km.

“Por sua vez, os denunciados Roberto Binder e Sérgio Ricardo Cezak trabalhavam para Aldo Corrêa na cidade de Itajaí, no comércio de drogas estupefacientes, tendo também conhecimento pleno do carregamento que chegaria para ele no dia da prisão em flagrante, sendo que estavam no local exatamente para garantir o transporte seguro até o local que seria indicado por Aldo, que, ademais, exercia sobre eles comando na associação delituosa, determinando as atribuições de cada um.

“Consta também, que ao ser realizada vistoria pessoal no denunciado Vilson Barth, com o mesmo foi encontrado um papelote de cocaína, que ele trazia consigo para uso próprio, substância também entorpecente, capaz de causar dependência física e ou psíquica, de uso proibido em todo o território nacional (termo de apreensão de fls. 13/14).

“Registra-se, por oportuno, que o denunciado Sérgio Ricardo Cezak possui mandado de prisão expedido pelo Juízo da 2ª Vara de Execuções Penais de Curitiba, pelo cometimento de crime de roubo, ao que se sabe condenado a 12 anos e 3 meses de reclusão pelo Juízo da 10ª Vara Criminal da comarca de Curitiba, foragido desde 1991.

“Todos os denunciados, com plena ciência da atividade delituosa, associaram-se com a finalidade de transportar e garantir a chegada e a remoção da maconha apreendida, para local que seria determinado pelo proprietário dela, Aldo Corrêa, estando no local antes especificado, no dia da prisão, exatamente para tal finalidade”.

O Ministério Público, em caso de absolvição do delito descrito no art. 12 da Lei de Entorpecentes, propôs a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) ao co-denunciado Vilson Barth com relação ao crime previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76 (fls. 167v./168).

Concluída a instrução criminal, os acusados Aldo Corrêa e Sérgio Ricardo Cezak foram absolvidos das imputações que lhe foram atribuídas, com fulcro no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal; Antônio Henrique de Oliveira Rodrigues e Roberto Binder restaram condenados, cada um, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor estipulado no art. 38, §§ 1º e 3º, da Lei n. 6.368/76, ambos por infração ao art. 12 da Lei de Tóxicos, sendo-lhes negado o direito de recorrer em liberdade; e Vilson Barth restou condenado à pena de 6 (seis) meses de detenção, sendo-lhe concedido o benefício do sursis, pelo prazo de 2 (dois) anos, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias- multa, cada qual no valor e na forma do art. 38, §§ 1º e 3º, da Lei n. 6.368/76, por infração ao art. 16 da Lei de Entorpecentes. Foi declarada a perda em favor da União do veículo Ford/Corcel Belina II, ano 1978, placa NP 0858, a teor do disposto no art. 92 do Código Penal, art. 34 da Lei de Tóxicos e art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal, sendo por fim determinada a restituição do automóvel Fiat/Uno, placa BSU 2150 ao verdadeiro dono.

Inconformados com a prestação jurisdicional entregue, o Órgão Ministerial e Antônio Henrique de Oliveira Rodrigues tempestivamente recorre-

ram, fulcrados no art. 593, inciso I, do Código de Processo Penal, requerendo, este último, sua absolvição do crime disposto no art. 12 da Lei n. 6.368/76, ao argumento de que não há nos autos prova suficiente de que tivesse envolvimento no delito denunciado.

Contra-arrazoado o recurso pelo Ministério Público, este apresentou suas razões de apelo, objetivando, preliminarmente: a) a nulidade da sentença, por ser ato inexistente no mundo jurídico, posto que proferida por magistrado sem jurisdição, incompetente, por estar em gozo de férias, determinando-se que outra seja proferida; b) a anulação da decisão atacada, haja vista a ausência de manifestação objetiva e fundamentada recusa à proposta de suspensão condicional antecipada do processo feita pelo Parquet a quo em favor de Vilson Barth — ofensa a direito subjetivo público do apelado, determinando-se que o Juízo a quo aprecie a proposta. No mérito, pretende a condenação dos réus absolvidos, nos termos da denúncia, alegando que o elenco probatório autoriza a prolação de um edito repressivo, bem como a condenação de todos os acusados no inciso III do art. 18 da Lei de Entorpecentes, sustentando que restou comprovada a associação entre os co-réus. Por fim, postulou a majoração da pena-base, haja vista a grande quantidade de droga apreendida.

Rebatido o recurso ministerial, os autos ascenderam a este Tribunal, manifestando-se a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovemento do apelo defensivo e pelo provimento parcial do interposto pelo órgão acusador para, afastando-se as preliminares argüidas, condenar todos os

apelados no crime do art. 12, c/c art. 18, inciso III, ambos da Lei de Entorpecentes, devendo a pena inicial ser aplicada acima do mínimo legal para o tipo, em razão da elevada quantidade de estupefaciente encontrado.

É o relatório.

2 — Primeiramente, afasta-se a nulidade da sentença aventada pelo Órgão Ministerial porque prolatada por magistrado sem jurisdição, sob o argumento de que se encontrava em gozo de suas férias.

É sabido que o Togado, consoante dispõe o art. 252 do Código de Processo Penal, está impedido de exercer jurisdição nos casos em que: tiver funcionado como defensor ou advogado, membro do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito, seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o 3º grau, inclusive; tenha desempenhado qualquer uma destas citadas funções; figurou como testemunha; pronunciou-se de fato ou de direito sobre a questão em outra instância; ou, ainda, é parte ou tenha interesse no feito ele próprio, o cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o 3º grau, inclusive.

Afora essas hipóteses e algumas ressalvas, não está explícito e legalmente disposto que o magistrado não possa prolatar sentença durante suas férias.

Muito embora não seja procedimento dos mais usuais, como bem ponderou o Exmo. Sr. Des. Genésio Nollí, ao proferir voto em recente julgado, “revela antes de mais nada a preocupação do magistrado em prestar o mais rápido possível a tutela jurisdicio-

nal, mormente porque assoberbado de serviço" (Ap. Crim. n. 98.013557-5, de Balneário Camboriú, j. em 24/11/98).

Continuando, o ilustre relator dissertou que:

"Decretar a nulidade de tal decisão seria nos apegarmos a excesso de formalismo, o que não condiz com os ideais modernos de justiça ágil e célere".

De mais a mais, o art. 217 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina dispõe que no Primeiro Grau de Jurisdição pode ser julgado processo de réu preso durante as férias (inciso VIII), bem como nos casos de licença, no tocante aos feitos conclusos para julgamento (art. 71, § 2º, da Loman).

Portanto, conforme entendimento jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça, o magistrado mesmo estando em gozo de suas férias não tem subtraída sua jurisdição, veja-se:

"Processual penal — Juiz em gozo de férias — Conexão probatória — Discussão sobre questões de fato.

"1. Não há impedimento para a elaboração da sentença quando recebeu o juiz os autos em pleno exercício de suas funções. Aplicação analógica do art. 71 da Loman. Inocorrência de nulidade.

"2. Admitida a conexão probatória, indispensável se torna unidade do processo para o julgamento.

"(....).

"Recurso improvido" (RHC n. 2.130-9, do Rio de Janeiro, Sexta Turma, rel. Min. José Cândido, publ. no DJU de 15/2/93).

Deste Sodalício cita-se:

"Crime contra os costumes — Estupro — Absolvição — Recurso ministerial — Arguição de nulidade da sentença, por ter sido prolatada durante as férias coletivas — Eiva não reconhecida, eis que não ocorreu qualquer preterição ao art. 217, VIII, do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado, e sequer relacionada está nos dispositivos que compõem o art. 564 do CPP (...) Recurso desprovido" (Ap. Crim. n. 25.460, de Videira, rel. Des. Alberto Costa, j. em 24/5/91).

Ressalta-se, ainda, que o postulado pelo Ministério Público, qual seja, a nulidade da sentença, está sustentado em fato que não consta no rol do art. 564 do Código de Processo Penal, não havendo, assim, o que se falar em vício no decisum prolatado.

Nesse passo, repele-se a eiva ventilada.

3 — Quanto à segunda nulidade argüida pelo Parquet a quo, referente à oportunidade e efetivação da proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) formulada tempestivamente ao acusado Wilson Barth, razão lhe assiste.

Prima facie, mister destacar que o delito pelo qual restou condenado — art. 16 da Lei n. 6.368/76 — trata-se de crime com pena mínima privativa de liberdade inferior a 1 (um) ano.

Com o advento da Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que entrou em vigor na data de 26 de novembro do ano de 1995, estabeleceram-se novas normas que modificaram o procedimento de determinadas ações penais, inclusive da que trata sobre o delito sub examen.

O artigo 89 da mencionada lei dispõe que:

“Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.

Este dispositivo, que versa sobre direito subjetivo do réu, é aplicável nos casos de infrações com pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano, o que ocorre no caso em tela.

Veja-se julgado do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“A Lei n. 9.099/95 não é mero procedimento processual penal. Constitui sistema jurídico resultante do comando do art. 98 da Constituição da República. Reúne também normas penais mais favoráveis do que o Código Penal. Cumpre aplicá-las, por imperativo constitucional. (...) urge, todavia, abrir oportunidade para eventual aplicação da referida lei” (REsp. n. 143.519, do Rio Grande do Sul, Sexta Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 7/4/98, publ. no DJU n. 87, de 11/5/98, pág. 165).

Desta feita, necessário que os feitos desse tipo de infrações, antes da prática de qualquer ato processual, sejam encaminhados ao Ministério Público, que deve pronunciar-se sobre a aplicação imediata da suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da lei suso referida.

Ora, o recorrente quando da abertura do prazo para apresentação das alegações finais assim se manifestou:

“Em razão da proposta em favor de Vilson Barth, se o Juízo entender cabível a absolvição pelo crime de tráfico, deve ser designada, após a prolação de decisão absolutória pelos crimes dos arts. 12 e 18 da Lei n. 6.368/76, audiência especial para formalização da proposta ao acusado e seu defensor (...). Caso o benefício não seja aceito, com os autos apartados o Ministério Público apresentará suas alegações finais pelo crime remanescente (art. 16 da Lei n. 6.368/76)” (fls. 167v./168).

A defesa de Vilson Barth ao apresentar as derradeiras alegações aceitou claramente a proposta ofertada pelo Ministério Público, veja-se:

“Diante do exposto, requer respeitosamente a Vossa Excelência, se digne sentenciar pela: desclassificação do réu do art. 12 da Lei n. 6.368/76 para o art. 16 da mesma Lei, e também suspendendo o processo, de acordo com o art. 89 da Lei n. 9.099/95, c/c art. 77 do Código Penal, conforme proposta do ilustre representante do Ministério Público, quando das suas alegações finais (...)” (fls. 193).

Todavia, a sentença afastou, de pronto, o pleito ministerial e que foi aceito pela defesa do réu Vilson Barth, nos seguintes termos:

“Conforme acima já apreciado e descrito por este Magistrado, restou o acusado Vilson responsabilizado pelo crime do artigo 16 da Lei n. 6.368/76, pelo porte de droga para seu uso próprio, visto ser viciado.

“Com respeito ao pedido da defesa de suspensão do processo, entendendo que o feito já está pronto para sentença, donde não merece ser acatada a pretensão defensiva deste acusado, antes da sentença de mérito” (fls. 226).

Porém, salienta-se que o “Ministério Público não tem o dever de propor a suspensão do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, logo no oferecimento da denúncia ou antes do interrogatório, pois trata-se de prerrogativa do membro do Parquet, que deve estar convencido da oportunidade do benefício, podendo propô-lo no curso da ação penal quando mais elementos tenham vindo aos autos” (grifamos) (RT 756/682).

Dessa forma, sendo direito subjetivo do réu a possibilidade da suspensão condicional do processo, anula-se o decisum no tocante ao acusado Vilson Barth, a fim de que o Juízo a quo oportunize a aplicação do estabelecido no art. 89 da Lei n. 9.099/95, proposta e formulada tempestivamente pelo Órgão Ministerial.

4 — Por outro lado, a pretendida condenação de Sérgio Ricardo Cesak aventada no recurso do Ministério Público improcede, porquanto, na realidade, não se consegue, pela leitura dos elementos constantes nos autos, chegar-se a uma conclusão positiva de que tivesse ele efetivamente qualquer envolvimento com a droga apreendida no automóvel Ford Corcel Belina.

Apesar de comprovada a materialidade delitativa, a autoria, porém, restou duvidosa quanto a este acusado, eis que do processado colhe-se que o tóxico apreendido, ou seja, 22,245kg (vinte e dois quilos e duzentos e qua-

renta e cinco gramas) de maconha, foi encontrado, no interior de um veículo que nenhuma relação aparente tinha com o réu, durante uma revista feita pelos policiais federais que realizaram a sua prisão em flagrante e dos demais denunciados, sem, no entanto, saber-se, com certeza, o envolvimento que ele tinha com aquele estupefaciente.

O policial condutor da prisão do apelado, João Carlos Rafael, quando da lavratura, relatou que nada foi achado com ele ao proceder a revista, tendo simplesmente afirmado que este acompanhou Aldo durante a perseguição efetuada (fls. 8 e 9), o que em Juízo ratificou (fls. 160 e 161).

Os depoimentos dos policiais José Luiz Ribeiro da Silva (fls. 9 e 10) e Mauro Sérgio de Carvalho Alves (fls. 10 e 11), no flagrante, não passaram de mera reprodução idêntica às declarações do policial condutor.

Em Juízo, o primeiro policial asseverou que “o acusado Sérgio quando foi preso no veículo Fiat Uno disse que nada sabia da droga e os outros acusados também nada declararam para os policiais sobre a participação do acusado Sérgio Ricardo na droga” (fls. 158v.).

O apelado, quando da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, utilizou-se do direito constitucional de permanecer silente (fls. 13) e, em Juízo, alegou que acompanhava Aldo porque havia pintado sua residência e este o levaria até Cabeçadas para fazer um orçamento onde iria pintar outra casa; no tocante à apreensão negou com veemência qualquer participação ou relação com o estupefaciente (fls. 116 e 117).

Esta versão foi confirmada pela testemunha Amarildo Domingos da Silveira, residente em Cabeçudas, o qual, no contraditório, disse que no dia dos fatos “Aldo acompanhado de um tal de Sérgio, estiveram no comércio do depoente verificando o trabalho que Sérgio faria de pintura no estabelecimento do depoente; que pelo que sabe, o tal Sérgio pintou a casa do depoente e foi Aldo quem indicou Sérgio para o depoente” (fls. 164).

O co-réu Aldo, também quando interrogado, afirmou que Sérgio havia pintado seu imóvel (fls. 105).

Diante de tal situação, vê-se a existência tão-somente de indícios que não se coadunam com os demais elementos probatórios coligidos aos autos, o que é insuficiente para dar suporte à condenação, diante da dúvida surgida na instrução contraditória.

Assim, nenhuma prova foi construída no sentido da sua efetiva participação na empreitada criminal. Há somente indícios por encontrar-se no local dos fatos e por ter saído da residência de Aldo no veículo deste, porém, da prova incriminatória, composta do depoimento dos policiais federais, não se vislumbra a certeza que se exige para a prolação de um decreto condenatório da sua participação no crime. Aliás, a única testemunha trazida pela defesa — Amarildo — deu conta que ele efetivamente andava acompanhado do acusado Aldo porque teria efetuado serviços de pintura no imóvel deste, o que foi reconhecido pelo próprio co-réu no seu interrogatório.

Pode até ser estivesse ele envolvido com o comércio clandestino da droga apreendida, mas os elementos probatórios dos autos não são fortes o

bastante para embasar um decreto condenatório. Há dúvida e não certeza de sua ocorrência.

Em tais casos, a jurisprudência assim se apresenta:

“Tóxicos — Traficância — Insuficiência de provas para condenação — Dúvida — Absolvição decretada (art. 386, VI, CPP).

“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).

O colendo Supremo Tribunal Federal desta forma assentou:

“Ante a inexistência ou insuficiência dos elementos probatórios, deve o juiz, como ordinário efeito consequencial, proferir o non liquet” (RTJ 143/160).

A orientação jurisprudencial deste Tribunal também é uníssona nesse sentido, conforme se demonstra em julgado:

“Crime contra a saúde pública. Tráfico. Dúvida quanto à autoria. Absolvição. Aplicação do princípio in dubio pro reo. Prova insuficiente para arrimar a condenação.

“Inexistindo nos autos a convicção absoluta acerca de quem era realmente o proprietário do material apreendido, impõe-se a absolvição pela

dúvida, porquanto a condenação exige certeza e certeza absoluta, quer do crime, quer da autoria. Não basta a probabilidade desta ou daquela. Certeza é sinônimo de evidente, de indiscutível" (Ap. Crim. n. 97.000551-2, de Turvo, rel. Des. José Roberge, j. em 15/4/97).

E ainda:

"Crime contra a saúde pública — Tráfico de drogas — Prova inconcludente acerca da autoria — Absolvição decretada — Recurso provido.

"Havendo um único ponto verossímil nos autos a levantar mera suspeita quanto ao envolvimento do agente com a droga encontrada, é de rigor pronunciar o non liquet, pois, a suspeita jamais pode ser confundida com o indício, este sim que pode servir para fortalecer a convicção condenatória, mas cuja avaliação exige cautela redobrada por parte do julgador, justamente por ser vizinho da dúvida, esta que leva, irremediavelmente, à absolvição (art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal)" (Ap. Crim. n. 96.000796—2, da Capital, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 25/3/97).

Também em caso análogo:

"Tóxico — Absolvição pela dúvida — Provido.

"Apelação criminal — Tóxico — Absolvição — Recurso provido. Em sede de tóxicos, havendo duas pessoas no veículo, e não se tendo certeza quem era o proprietário do material apreendido, impõe-se a absolvição pela dúvida, porquanto a condenação exige a certeza da materialidade e da autoria, sendo insubsistentes simples conclusões" (Ap. Crim. n. 28.075, de Campos Novos, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 15/2/92).

Sob esta mesma orientação:

"Conjunto probatório insuficiente para a manutenção da condenação. Aplicação da máxima in dubio pro reo. Absolvição decretada. Inteligência do art. 386, VI, do CPP.

"Recurso provido" (Ap. Crim. n. 34.595, de Jaraguá do Sul, deste relator, j. em 7/5/96).

Em idêntica direção tem-se:

"Apelação criminal. Narcotráfica. Recurso defensivo colimando a absolvição frente a fragilidade das provas colacionadas. Material tóxico encontrado nos fundos da residência do apelante. Local aberto e de fácil acesso ao público. Conjunto probatório que se apresenta insuficiente para a manutenção da condenação. Aplicação do brocardo latino in dubio pro reo que se impõe. Absolvição decretada. Inteligência do art. 386, VI, do CPP. Recurso provido" (Ap. Crim. n. 96.006986-0, de São Francisco do Sul, deste relator, j. em 24/9/96).

No mesmo sentido, decisões de outros Tribunais, citadas por Camargo Aranha, vejam-se:

"Sob pena de cometer possível erro judiciário, não pode o juiz criminal proferir condenação sem a certeza total da autoria e da culpabilidade" (Ap. n. 178.245, TACrim, rel. Goulart Sobrinho, apud "Da Prova no Processo Penal", São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 67).

"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 — ob. cit., pág. 67).

Este doutrinador traz, também, a lição de Heleno Cláudio Fragoço:

"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".

E completa, com a ensinança de 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" (ob. cit., pág. 64).

A jurisprudência trazida à colação no repertório de Darcy Arruda Miranda também segue este rumo:

"Não pode haver condenação sem prova plena do crime e de sua autoria. Índícios, ainda que veementes, desautorizam-na" (RT 181/89, in Repertório de Jurisprudência, vol. 33, pág. 124).

A solução, portanto, não poderia ser outra senão a absolvição, pois não é possível fundar edito repressivo em prova que não conduza à certeza, como afirmava Heleno Cláudio Fragoço, 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).

Por derradeiro, destaca-se registro de Nelson Hungria: "A dúvida é sinônimo de ausência de prova".

Dessa forma, o pronunciamento do non liquet era medida que se impunha.

5 — Quanto ao recurso elaborado pela defesa de Antônio Henrique de Oliveira Rodrigues, pretendendo a absolvição, sorte não lhe assiste, haja vista ter restado suficientemente comprovada a sua participação no delito disposto no art. 12 da Lei de Entorpecentes.

A materialidade delitiva vem demonstrada pelo Laudo de Constatação de fls. 18, revelando ser maconha aerva encontrada no veículo que o apelante trouxe de Foz do Iguaçu; pelo Termo de Apreensão de fls. 19 e 20, registrando a quantidade de 22,245kg (vinte dois quilos e duzentos e quarenta e cinco gramas) de cannabis sativa; pelo Laudo Pericial de fls. 74/76, positivamente ser a droga apreendida no automóvel, substância entorpecente, capaz de causar dependência física e/ou psíquica, conforme Portaria n. 28/76 da Dimed/MS; e pelo Exame de Vistoria de fls. 133/141, no qual se constatou campo especialmente reservado no automóvel Ford Corcel Belina para o transporte da droga.

A autoria, por sua vez, foi confessada pelo acusado nas duas oportunidades em que foi ouvido, vejamos:

"(...) foi contratado em Foz do Iguaçu/PR para pegar uma Belina cinza, com placa de São Paulo, na cidade de Del Este/PY e entregá-la em Balneário Camboriú/SC; que sabia o que estava transportando e que estava dirigindo um veículo que continha produto de crime (...) o conduzido iria receber seiscentos reais pela condução do veículo (...) sabia que o material do crime estava no tanque de combustível da Belina porque teve que abastecer o veículo a cada 150km (...)" (Auto de Prisão em Flagrante, fls. 12);

"(...) trouxe o Ford Corcel Belina II, de Foz do Iguaçu, com destino a Balneário Camboriú (...) que a Polícia achou a maconha no Ford Corcel, que estava sendo dirigido pelo interrogando (...)" (em Juízo, fls. 107).

Todos os policiais que efetuaram as diligências confirmaram que o acusado confessou que foi contratado para trazer o veículo com a droga camuflada pela quantia de R\$ 600,00 (seiscentos reais), leiam-se:

"(...) que Antônio Henrique de Oliveira Rodrigues disse ao depoente que havia recebido o automóvel Belina na cidade de Foz do Iguaçu/PR, com a droga acondicionada no tanque de combustível e que receberia seiscentos reais para entregá-la em Balneário Camboriú (...)" (condutor, no flagrante, fls. 9);

"(...) que o acusado Antônio Henrique confessou que trouxe a droga no veículo Belina e sabia que a droga estava nesse veículo diretamente de Foz do Iguaçu com destino a Balneário Camboriú onde entregaria para uma pessoa que entraria em contato (...) disse que receberia seiscentos reais para transportar a droga (...)" (José

Luiz Ribeiro da Silva, em Juízo, fls. 158v.).

Wilson, réu absolvido, que veio de carona com o apelante no veículo utilizado para transportar a maconha afirmou que Antônio ganharia R\$ 600,00 (seiscentos reais) para ir até Balneário Camboriú (em Juízo, fls. 111).

Assim, diante das fortes e certas provas incriminadoras acostadas aos autos, impossível acolher-se o pleito absolutório do acusado, caindo por terra as alegações defensivas de negativa da propriedade da droga, ausência de condições de adquirir a grande quantidade apreendida, porque é pobre, e que foi usado para transportar.

Nenhum destes argumentos serve para desconstituir a condenação prolatada contra o apelante eis que é agente violador do tipo denunciado, o qual traz no seu bojo 18 (dezoito) condutas antijurídicas, dentre elas aquela que infringiu o recorrente, qual seja, transportar substância entorpecente.

É da jurisprudência pátria:

"O simples fato de transportar alguém, ilegalmente, substância proibida, basta ao reconhecimento do comércio clandestino de entorpecentes. Para tal não importa ser o agente traficante ou não; viciado ou não" (JUTACrim 29/199).

E mais:

"Não interessa examinar se o comércio do tóxico apreendido em poder do acusado se destinava à venda ou facilitação do consumo. O que a lei proíbe é que alguém tenha consigo 'substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo

com determinado legal ou regulamentar” (RT 511/401).

Dessa forma, tipificado restou o crime do artigo 12 da Lei de Entorpecentes, na modalidade “transportar”, motivo pelo qual impossível torna-se a absolvição de Antônio Henrique de Oliveira Rodrigues.

6 — No que tange à participação de Aldo Corrêa no evento criminoso, merece acolhida o recurso do Órgão Ministerial que pretende sua condenação como incurso nas sanções do delito de narcotráfico, eis que restou sobejamente demonstrado na prova encartada ao caderno processual que ele era o receptor da droga transportada por Antônio Henrique.

É farta a prova testemunhal indicando o apelado como participante da ação delituosa, a começar pelos depoimentos prestados pelos policiais que o detiveram.

Luiz de Souza Lameira, policial condutor, ao prestar depoimento na lavratura do Auto de Prisão em Flagrante, relatou que há muito tempo Aldo vinha sendo investigado, porque conhecido era grande traficante das redondezas de Itajaí. Destacou que receberam notícias de que ele estava para receber um grande carregamento de droga, e então intensificaram as investigações, sendo que, no dia dos fatos, observaram que ele saiu de sua casa, em Itajaí, dirigindo um veículo Fiat Uno, seguindo até a cidade de Balneário Camboriú. Lá chegando estacionou seu automóvel na Avenida Atlântica, onde num bar fez contato com Antônio, co-réu que efetuou o transporte da droga apreendida. Depois de acertados, voltou ao seu veículo, voltando em direção à cidade de Ita-

jaí, porém, sempre vigiado por policiais. Logo após Aldo sair, Roberto e Antônio foram a caminho de um veículo Ford Corcel Belina, os quais abordados pelos policiais foram detidos, resultando na apreensão de 22,245kg (vinte e dois quilos e duzentos e quarenta e cinco gramas) de maconha escondidas no interior do tanque de combustível do automóvel. Por este fato prenderam-no também em flagrante delito (fls. 8 e 9).

Os demais policiais depuseram no mesmo sentido (fls. 9 a 11).

Em Juízo, não foi diferente, leiam-se:

“(....) a polícia federal recebeu denúncia de que o acusado Aldo que reside em Itajaí iria receber um carregamento de droga; que os policiais passaram a fazer vigilância sobre o referido acusado e no dia dos fatos viram quando o acusado Aldo saiu de sua residência (....) o acusado Antônio Henrique declarou para o depoente verbalmente que traria a droga para o acusado Aldo (....) que há aproximadamente um ano atrás foi preso o policial Eloi com uma grande quantidade de droga e na ocasião ficou apurado que ele estaria guardando a droga para o acusado Aldo (....) que na polícia federal o acusado Aldo é conhecido como traficante (....)” (policial José Luiz da Silva, fls. 158v. e 159);

“(....) que o acusado Antônio Henrique afirmou que trouxe a droga para o acusado Aldo, e o depoente notou que ele estava com muito medo de dizer isso, mas acabou dizendo; (....) que quando o acusado Antônio Henrique falou que a droga era para o acusado Aldo este nada falou (....) que o acusado Antônio Henrique falou que o

acusado Roberto estava assumindo a direção do veículo Belina porque o acusado Aldo determinou que ele assumisse (...) que o acusado Aldo é conhecido como traficante (...)” (Mauro Sérgio de Carvalho Alves, fls. 163).

É de salientar-se que todos os policiais foram ouvidos perante a autoridade judicial prestando compromisso legal, sem qualquer suspeita de má-fé ou falsidade.

Sabe-se, quanto a estes funcionários públicos, que, no exercício de suas funções, defendem o interesse da coletividade e não o individual. A jurisprudência é maciça no sentido da validade dos seus depoimentos, veja-se:

“Tóxicos. Testemunho de policiais. Valor probante. O testemunho de policiais, por si só, não merece eiva de suspeição, desde que não defendem eles um interesse particular, mas o de caráter coletivo realizado pela administração pública” (Ap. Crim. n. 23.444, de São Francisco do Sul, rel. Des. Reynaldo Rodrigues Alves).

E ainda:

“Apelação criminal. Crime contra a saúde pública. Tráfico de drogas. Depoimento de policiais (...).

“O policial é uma testemunha como qualquer outra. E pela sua profissão, não pode ser discriminado. O valor probante de seu depoimento deve ser aferido levando-se em conta o conjunto de provas.

“(...) declarações de policiais concordes com o conjunto probatório. Prova suficiente para a condenação (...)” (Ap. Crim. n. 28.004, de Blumenau, rel. Des. Genésio Nolli).

Se não bastasse, há ainda nos autos o depoimento do co-réu Antônio Henrique, o qual confessou que trazia a droga para o apelado Aldo (fls. 5 e 6).

Observe-se que, ao delatar Aldo, Antônio não se aproveitou para eximir sua participação, eis que confessou sua própria conduta no evento. Razão alguma teria para esconder a verdade, tendo-se auto-incriminado, inclusive. Leve-se em consideração, ainda, a coerência de seu depoimento, motivo pelo qual não se pode desconsiderá-lo como prova válida.

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 que não mascare o escopo oculto de atenuar a responsabilidade própria. De um modo geral, pode, portanto, afirmar-se que, quando concorram 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. rev. ampl., São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 286).

A jurisprudência não diverge deste entendimento:

“Concurso de pessoas — Prova — Confissão de co-réu — Delator que, sem negar sua co-responsabilidade, envolve o comparsa (...) Validade probatória da delação reconhecida” (RT 643/335).

No mesmo diapasão:

“Prova — Delação — Co-réu que, sem procurar exculpar-se, incrimina frontalmente seu comparsa — Valor probatório reconhecido — Declarações de votos” (RT 668/311).

Este Tribunal, a respeito, já decidiu:

“(....) 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:

“(....) 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, mormente se da delação nenhuma vantagem advém aos acusados” (Ap. Crim. n. 28.879, de Balneário Camboriú, rel. Des. José Roberge, j. em 27/11/92).

E mais:

“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:

“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 à conduta do delatado” (RJDTACrim 18/77).

Por outro vértice, vê-se que o conjunto probatório traz elementos fortes da participação do apelado no crime de tráfico que, associados à delação do co-réu Antônio, não abre espaço para residuais incertezas, mesmo diante da negativa de autoria.

Portanto, dúvidas não há de que Aldo estava diretamente envolvido

com a grande quantidade de droga apreendida no veículo Ford Corcel Belina, devendo, por isso, ser reformado o decisum absolutório, para condenar o acusado como incurso nas sanções do art. 12 da Lei de Tóxicos.

7 — Entretanto, a pretendida aplicação da majorante descrita no art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76, pelo Ministério Público, aos co-réus Roberto, Aldo, Antônio e Sérgio, merece acolhida em parte.

De plano, afasta-se a causa de especial aumento ao réu Sérgio, eis que restou absolvido do delito pelo qual foi denunciado.

Quanto a Antônio, a causa de aumento da pena referida no inciso III do artigo 18 da Lei n. 6.368/76, aventada no recurso ministerial, não é procedente.

Para que se faça presente a majorante, é necessário o concurso de agentes, vale dizer, a participação de duas ou mais pessoas na prática de uma das infrações penais da lei.

Da ensinança de Vicente Greco Filho extrai-se que “a associação, a que se refere a norma legal, é o concurso de duas ou mais pessoas na prática de um mesmo tipo penal. Não há concurso se, por exemplo, alguém guarda e outro adquire” (in “Tóxicos — Prevenção e Repressão”, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, pág. 127).

Salienta-se que “não se trata de uma co-autoria ocasional, eventual, passageira, porque a associação a que se refere o n. III do artigo 18 da Lei n. 6.368/76 deve ser entendida como simples cooperação não necessária e eventual à prática de um mesmo tipo penal.

“Não há concurso ou associação eventual de agentes nos delitos de tóxicos quando as condutas não se projetam na mesma diretiva” (TJRJ, AC. n. 12.298).

Sua aplicabilidade depende de maiores exigências que a co-autoria.

Nesse prisma, cita-se:

“Essa majorante deve ser entendida configurada nos casos de estabelecimento de prévia sociedades sceleris como elemento da corrente causal na prática do crime de tráfico” (TJRS in RJTJRS 106/113).

Na mesma alheta:

“Não há concurso ou associação eventual de agentes nos delitos de tóxicos quando as condutas não se projetam na mesma diretiva” (TJRJ, AC. n. 12.298).

Deste Sodalício, recentemente:

“Crime contra a saúde pública — Acusado preso com 57kg de maconha — Alegação de desconhecer a existência do entorpecente no veículo apreendido — Indícios e presunções que autorizam juízo seguro da ocorrência de narcotráfico — Condenação mantida.

“Para a existência do crime de tráfico (art. 12 da Lei n. 6.368/76) não é imprescindível que o agente seja flagrado no momento da comercialização da droga; a posse ou guarda do entorpecente, cuja destinação comercial é comprovada por indícios e circunstâncias, é o bastante para a configuração daquele tipo delituoso.

“(…)”.

“Art. 18, III, da Lei n. 6.368/76 — Mera co-autoria — Aumento da pena afastada.

'A associação a que se refere o inciso III do artigo 18 da Lei n. 6.368/76 é o concurso de duas ou mais pessoas na prática do mesmo tipo penal com a conduta de todos se projetando na mesma diretiva. Não há associação se uma pessoa apenas transporta ou guarda a droga e outra a adquire' (Ap. Crim. n. 29.759, de Biguaçu, rel. Des. José Roberge, julgada em 3/9/93)" (Ap. Crim. n. 98.013089-1, de São José, rel. Des. Paulo Gallotti, publ. no DJSC n. 10.149, de 8/2/99, pág. 12).

Assim, para a configuração da hipótese de que trata o art. 18, III, da Lei n. 6.368/76, não basta a co-autoria no crime, sendo imprescindível que os agentes tenham constituído uma associação para o fim de cometer um delito determinado, com a mesma projeção diretiva.

Ora, no caso dos autos, ficou evidenciado que Antônio Henrique (contratado) nada mais foi do que o transportador da droga a ser encaminhada para fins de mercancia por Aldo e Roberto (contratantes), pessoas a quem nem conhecia. Trata-se de mera co-autoria, inexistindo qualquer associação.

É que "a referência constante do artigo 18, itens III e IV, da Lei n. 6.368/76, de ter o crime de tóxico resultado de associação de agentes, não permite equipará-la a simples hipótese de co-autoria, prevista no artigo 25 (atual 29) do Código Penal" (TJSP, RT 571/324).

Para finalizar:

"Crime contra a saúde pública. Tráfico de entorpecentes. Circunstância especial de aumento de pena decorrente da associação. Confisco de bens.

"1 — A 'associação' a que se refere o inciso III do artigo 18 da Lei n. 6.368/76 é o concurso de duas ou mais pessoas na prática do mesmo tipo penal com a conduta de todos se projetando na mesma diretiva. Não há associação se uma pessoa apenas transporta ou guarda a droga e outra a adquire" (Ap. Crim. 29.759, de Biguaçu, rel. Des. José Roberge, j. em 3/9/93).

Por essas razões, impossível incluir-se na condenação de Antônio o acréscimo do inciso III do art. 18 da lei específica.

Todavia, em se tratando dos co-réus Aldo e Roberto, presente a causa de especial aumento de pena disposta no artigo 18, inciso III, da Lei de Tóxicos, conquanto entre os réus restou plenamente demonstrado que havia um concursus delinqüencial.

In specie, a associação entre eles, ainda que eventual, resultou positiva porque vindos da residência de Aldo, unidos dirigiram-se para Balneário Camboriú, com o fim específico de receber o estupefaciente transportado por Antônio, tanto que Roberto foi preso dentro da Belina, sentado no banco do motorista e segundo o conjunto probatório encartado com ordem expressa de Aldo.

Colhe-se da farta prova oral colacionada que ambos saíram de casa juntos e após ter contato com o transportador contratado por Aldo (Antônio) Roberto recebeu o veículo no qual estava escondida a droga, agindo, assim, em concurso de pessoas, tudo com o fito de viabilizar o descarregamento, armazenamento e futuras vendas da droga apreendida, comprovando-se, sem dúvida, que os acusados estavam

ligados por um laço de associação esporádico, para a posterior mercancia do estupefaciente.

Nesse passo, o vínculo associativo, ou *concursum delinquentium*, de que fala o inciso III do art. 18 da Lei n. 6.368/76, de caráter eventual ou não permanente, tipo que funciona como causa de especial aumento de pena, a ser considerada na terceira fase da aplicação da sanção, restou evidenciado na espécie vertente, entre os réus Aldo e Roberto, devendo, então, ser acolhida a pretendida inclusão da majorante na condenação.

Veja-se da jurisprudência:

“O concurso de agentes no caso de tráfico de entorpecentes determina a incidência do art. 18, III, da Lei 6.368/76” (RT 658/361).

“A qualificação de que trata o inc. III do art. 18 da Lei de tóxicos, diferentemente, se dá quando a associação é eventual, decorrendo de união ocasional, sem que haja uma quadrilha organizada previamente, em conluio de previsão duradoura” (RT 129/1.212 e JSTF — Lex 133/293)

Devidamente comprovada a violação, por parte dos apelados, aos arts. 12 e 18, inciso III, da Lei Antitóxicos, com razão o pleito ministerial pela condenação de ambos pelo crime de tráfico de entorpecentes, em associação.

8 — Concernente à majoração da pena postulada no recurso ministerial, merece reparo a decisão atacada.

Pretende o recorrente o aumento da pena-base aplicada aos acusados, que foi no mínimo legal, ao argumento de que o caso em exame assim o permite, em face da elevada quanti-

dade de droga apreendida, pois não é justo igualar-se a conduta do traficante surpreendido com pequena quantidade de entorpecente com aquele com quem é apreendida grande porção da droga, aplicando-se penas idênticas.

Ora, o quantum de material tóxico, no qual os réus estavam envolvidos com o narcotráfico, deve influir na fixação da pena sob o risco de se nivelar o pequeno ao grande traficante.

In casu, foram apreendidos 22,245kg (vinte e dois quilos e duzentos e quarenta e cinco gramas) de maconha, substância entorpecente, capaz de causar dependência física e/ou psíquica, colocando em perigo a saúde pública, trazida para o comércio. Os réus agiram reprovavelmente com vontade livre e consciente, dirigida à prática da conduta que representa o tráfico de droga, só não havendo maiores conseqüências diante da pronta e efetiva atuação da polícia federal que, diligentemente, interceptou a operação.

O eminente Des. Amaral e Silva, julgando a Apelação Criminal n. 96.012445—4, da comarca de Itajaí, assim proferiu seu voto:

“Penal e processual — Tráfico de cocaína — Prova — Depoimentos de policiais — Associação com qualificadora — Perda de bens — Quantidade de droga — Influência na dosimetria da pena — Precedentes jurisprudenciais.

“A grande quantidade da droga influi na fixação da pena, sob o risco de se igualar o pequeno ao grande traficante”.

O mesmo relator assim ementou:

“Penal — Revisão criminal — Dosimetria — Tráfico — Quantidade de droga — Influência na dosimetria da pena — Individualização correta — Precedentes jurisprudenciais.

“A quantidade da droga influi na fixação da pena, sob o risco de se igualar o pequeno ao grande traficante.

“Hipótese de considerável quantidade de cocaína, reveladora da necessidade de mais severa reprovação penal” (Rev. Crim. n. 97.015586-7, de Chapecó, j. em 29/4/97).

Também este egrégio Tribunal, em recentíssimo julgado, decidiu:

“Penal e processual — Tóxico — Tráfico — Sentença — Nulidade — Prova — Dosimetria da pena — Recursos parcialmente providos.

“(....).

“A quantidade da droga influi na aplicação da pena, pois é circunstância indicativa de maior e mais perniciosa delinqüência” (Ap. Crim. n. 98.013839-6, de Brusque, rel. Des. Amaral e Silva, publ. no DJSC n. 10.149, de 8/2/99, pág. 13).

Ainda, quanto à aplicação da pena-base acima do mínimo legal, colaciona-se:

“A simples primariedade do acusado não obriga o julgador a fixar a pena-base no mínimo legal, especialmente se a decisão judicial, após valorar as circunstâncias referidas no art. 59 do Código Penal, considera-as, em ato fundamentado, de extrema gravidade, em ordem a justificar a sua definição e qualificação em limites juridicamente mais gravosos” (STF, RHC n. 68.737-7, rel. Min. Celso de Mello, publ. no DJU de 28/8/92, pág. 13.452).

A considerável quantidade de maconha apreendida (22,245kg) indica, mesmo, dolo intenso, sendo altamente censurável a conduta e elevada a culpabilidade dos réus.

Os acusados tinham consciência do mal que iriam causar aos usuários da droga. Além disso, os motivos, lucro fácil e extenso, merecem maior reprovação, justificando a pena-base acima do mínimo legal.

Esse entendimento predomina nos Tribunais:

“Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Pena. Dosimetria (....).

“(....).

“Na cominação da pena-base, o julgador se ateu às circunstâncias e conseqüências do delito, o que é relevante em se tratando de crime de tóxico e da grande quantidade apreendida, revelando, assim, a necessidade, na espécie, de uma maior censura penal” (HC n. 74.414, de São Paulo, Primeira Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 19/11/96, publ. no DJU de 19/12/96, pág. 51.768).

Também do Excelso Pretório:

“Pena — Fixação acima do mínimo legal — Primariedade e bons antecedentes — Admissibilidade (....).

“(....) 1. A primariedade e os bons antecedentes do réu não bastam para justificar a imposição da pena em grau mínimo, se fica evidenciada a extrema gravidade da conduta delituosa (tráfico de grande quantidade de cocaína) e, conseqüentemente, a periculosidade do agente (art. 59 do Código Penal)” (HC n. 72.730-1, de São Paulo, Primeira Turma, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 24/10/95, publ. no DJU de 8/3/96, pág. 6.214).

Ou então do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Pena — Fixação — Tráfico de tóxico — Aumento operado na pena-base — Natureza e quantidade da droga apreendida — Sentença confirmada” (Ap. Crim. n. 1.116.929-3, de Campinas, Quarta Câmara Criminal, rel. Des. Dante Busana, j. em 28/2/92).

E na mesma esteira:

“— A gravidade e o alcance de maior quantidade da cocaína apreendida (1kg) é circunstância indicadora de reprovabilidade autorizadora de fixação da pena-base acima do mínimo cominado” (TJDF, Ap. Crim. n. 15.097-95, de Brasília, Primeira Turma Criminal, rel. Des. Everards Mota e Matos, j. em 23/4/97).

Diante de todo o exposto, passa-se à aplicação da pena.

8.1 — Quanto ao apelante Aldo, atendendo às diretrizes descritas no art. 59 do Código Penal, isto é, o alto grau de culpabilidade, haja vista ter agido com grande reprovabilidade, considerando que não possui antecedentes e que a conduta social e personalidade não exsurgiu comprometida por outros fatos; considerando que os motivos e conseqüências do crime foram normais à espécie, quais sejam, lucro fácil em detrimento da saúde pública, e que as circunstâncias foram graves em face da elevada quantidade de maconha apreendida (22,245kg), fixa-se a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 60 (sessenta) dias-multa.

Ausente qualquer agravante ou atenuante.

Presente a causa de especial aumento de pena disposta no art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76, motivo por que eleva-se-a em 1/3 (um terço), tornando-se-a definitiva em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 80 (oitenta) dias-multa.

8.2 — Com relação a Roberto, considerando-se as circunstâncias dispostas no art. 59 do Código Penal, da mesma forma suso explicitada, agiu com extenso grau de culpabilidade, ante o dolo intenso e a alta reprovabilidade, razão pela qual se fixa a pena-base em 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão e pagamento de 55 (cinquenta e cinco) dias-multa.

Presente a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), haja vista possuir duas condenações pretéritas, consoante se infere das Certidões de fls. 67 e 101, motivo por que se acrescenta à sanção 6 (seis) meses, somando-se, então, em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Ausente qualquer outra circunstância a se considerar nesta segunda fase.

Na terceira etapa da dosimetria, presente a causa de especial aumento de pena disposta no art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76, razão pela qual eleva-se-a em 1/3 (um terço), tornando-se-a definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 73 (setenta e três) dias-multa.

8.3 — Referente a Antônio, do mesmo modo, atendendo-se às circunstâncias inculpidas no art. 59 do Código Penal, isto é, o alto grau de culpabilidade, haja vista ter agido com grande reprovabilidade, considerando-se que não possui antecedentes e que a conduta social e personalidade não exsurgiu comprometida por outros

fatos; considerando que os motivos e conseqüências do crime foram normais à espécie — lucro fácil em detrimento da saúde pública —, e que as circunstâncias foram graves ante a elevada quantidade de maconha apreendida (22,245kg), fixa-se a pena-base em 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão e pagamento de 55 (cinquenta e cinco) dias-multa.

Ausente qualquer agravante, presente, porém, a atenuante da confissão espontânea, descrita no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, minora-se a reprimenda em 3 (três) meses, restando definitiva em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 55 (cinquenta e cinco) dias-multa, em face da inexistência de quaisquer outras circunstâncias a se considerar.

Pelo quantum aplicado, impossível, para todos os acusados a substituição da pena privativa de liberdade por qualquer outra ou a concessão do sursis.

Aos apelados mantém-se o regime fechado para o cumprimento da pena, pois, como salientado na sentença a quo, trata-se de crime erigido a hediondo (art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90).

Para cada dia-multa, fixa-se o valor de acordo com o estipulado no art. 38 da Lei de Tóxicos.

Mantém-se, no mais, a sentença.

9 — Diante de todo o exposto, nega-se provimento ao recurso defen-

sivo e dá-se provimento parcial ao recurso ministerial para: a) anular a sentença no tocante ao acusado Vilson Barth, possibilitando-lhe a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95); b) condenar Aldo Corrêa à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, cada qual no valor descrito no art. 38 da Lei de Entorpecentes, por infração ao art. 12, c/c art. 18, inciso III, ambos da Lei de Tóxicos; c) reconhecer a majorante descrita no art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76 ao acusado Roberto Binder; e d) aumentar as penas dos apelados fixando-se-as em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 55 (cinquenta e cinco) dias-multa para Antônio Henrique de Oliveira Rodrigues, e, 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 73 (setenta e três) dias-multa para Roberto Binder; mantendo-se, no mais, o decisum objurgado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 15 de dezembro de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Jorge Mussi,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.002671-0, DE ITAJAÍ**Relator: Des. Jorge Mussi**

Júri — Decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Reconhecimento da qualificadora do motivo torpe — Existência de prévio desentendimento verbal e físico entre a vítima e o acusado — Desforra isenta de ignomínia e abjeção — Versão única — Hipótese que não caracteriza a torpeza do móvel — Julgamento anulado para que a outro seja o réu submetido — Recurso defensivo provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.002671-0, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que é apelante Ademir Hilário, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento ao recurso defensivo para anular o julgamento, devendo a outro ser o réu submetido.

Custas na forma da lei.

1 — Na comarca de Itajaí (1ª Vara Criminal), Ademir Hilário foi denunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, porque, consoante se infere da peça acusatória:

“(…) no dia 3 de maio de 1998, por volta das 19 horas, na Rua Alfredo Eick Júnior, bairro Imaruá, nesta Cidade e Comarca, ocorreu uma discussão envolvendo Ademir Hilário, Natalino Hilário e a companheira deste, cujo nome correto ainda deverá ser apurado. Nesta ocasião, Ademir teria recebido uma tijolada na cabeça, desferida pela amásia de Natalino, enquanto que este teria sido lesionado com um golpe

de chave de fenda, desfechado pelo denunciado.

“Movido pelo sentimento de vingança, Ademir Hilário foi até sua residência e armou-se de uma faca, retornando em busca de seu irmão Natalino.

“Quando o encontrou, agindo com animus necandi, Ademir investiu contra Natalino, sendo contido pelo também irmão Adílson Hilário, que tudo fez para que a agressão não se concretizasse.

“Mesmo assim, minutos após, movido pelo mesmo sentimento torpe, Ademir Hilário alcançou a vítima Natalino Hilário desferindo contra o mesmo vários golpes com a faca que havia buscado em sua residência, provocando-lhe os ferimentos descritos no auto de exame cadavérico incluso, que foram a causa eficiente de sua morte” (fls. 2 e 3).

Encerrada a fase do *judicium accusationis*, foi pronunciado nos termos da denúncia, oportunidade em que foi mantida a segregação do réu, tendo a decisão provisional transitado em julgado para as partes (Certidão de fls. 66).

Apresentado o libelo-crime acusatório e sua contrariedade, o réu foi

submetido a julgamento popular, restando condenado à pena de 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, por violação ao art. 121, § 2º, inciso I, do Estatuto Repressivo, sendo-lhe negado o direito de apelar em liberdade.

Irresignado com o teor do decisorio, recorreu, tempestivamente, com fulcro no art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal, pretendendo a anulação do Tribunal do Júri para que a outro seja submetido, sob o argumento de que a decisão popular foi manifestamente contrária à prova dos autos, eis que agiu sob o pálio da excludente de ilicitude da legítima defesa, utilizando-se moderadamente dos meios necessários para afastar injusta e atual agressão da vítima. Caso assim não se entenda, alegou a ocorrência do homicídio privilegiado, por ter perpetrado o delito sob o domínio de violenta emoção, logo após provocação do ofendido. Por derradeiro, pleiteou a exclusão da qualificadora do motivo torpe, posto que anteriormente já havia desavença entre ele e a vítima.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu conhecimento e total improvimento.

É o relatório.

2 — Muito embora o recurso defensivo refira-se também às teses de ocorrência da excludente de ilicitude da legítima defesa própria e do homicídio privilegiado, a análise destas questões restou prejudicada em face da necessidade de anular-se o julgamento popular que, ao reconhecer a qualificadora do motivo torpe, decidiu flagran-

temente contrário à prova colacionada nos autos, eis que o delito ocorreu num momento em que os ânimos estavam acirrados, em meio de discussões e ofensas mútuas.

É que os elementos probatórios direcionam-se todos para um único sentido, fazendo ver que a vítima e o acusado, irmãos de sangue, após grave desavença, partiram para vias de fato, tendo o apelante se ferido no rosto, lesão causada pela amásia da vítima por instrumento contundente (tijolo). Em seguida, a vítima chegou a munir-se de um machado, com intuito de intimidar o réu, o qual, fazendo uso de uma chave de fenda, atingiu-a, tendo os ferimentos provocado a sua morte por hemorragia.

Apesar das discussões havidas entre o réu e a vítima ter sido traduzidas de diversas formas pelas pessoas presentes no dia dos fatos, há que se considerar que todas em nenhum momento tergiversaram ao afirmar que houve anteriormente entrevero verbal e físico entre ambos, envolvendo, inclusive, a amásia da vítima, vejam-se:

“(…) que o réu e a vítima estavam travando luta corporal quando a mulher da vítima desferiu a tijolada na testa do acusado (...) segundo um vizinho falou para o informante, tudo começou, naquele dia, quando Sandra, a mulher da vítima, disse que o réu ‘havia dado o rabo na cadeia’; que o réu não gostou dessa afirmação e daí começou a confusão (...)” (Adilson Hilário — irmão da vítima e do réu, em Juízo, fls. 40v.);

“(…) a vítima disse que o réu passara quatro anos na cadeia e era gay; que em face disso os dois irmãos brigaram (...) que a mulher da vítima

vendo o companheiro e o réu caídos, rolando no chão e brigando, pegou um tijolo e acertou um golpe na cabeça do acusado (...) que a vítima se armou com um machado (...) que a vítima perseguia o acusado; que em certa vez eles se pegaram em uma briga com correntes e quase se acabaram (...)” (Dora Lúcia Vieira Silva — vizinha da vítima, fase judicial, fls. 47v.).

O réu em todas as fases procedimentais afirmou que inicialmente ocorreu discussão entre ele e a companheira da vítima e depois com esta, liam-se:

“(...) sua cunhada lá chegou e começaram a discutir; que entraram em luta corporal, que o conduzido ficou por baixo e sua cunhada bateu com um tijolo em sua cabeça (...)” (fase investigatória, fls. 10);

“(...) veio a companheira da vítima, que usa drogas, passando a molestar os presentes; que em certo momento o interrogando, xingado por ela, disse que melhor seria que ela fosse para casa fazer comida; que isso irritou o seu irmão, a vítima, que passou a investir contra o interrogando; que o interrogando caiu e a vítima ficou em cima de seu corpo; que a companheira da vítima pegou um tijolo e passou a agredir o interrogando (...)” (fase do júdiciu accusatiõis, fls. 32v.);

“(...) que em certo momento a vítima começou a dizer que o interrogando era ‘veado’; que diante disso acabaram discutindo; que entraram em luta corporal o interrogando e a vítima; que a companheira da vítima de nome Sandra estava dando tijoladas na cabeça do interrogando (...) que a vítima se retirou e foi apanhar um machado (...)” (em plenário, fls. 91v.).

Conceitua nossa doutrina que existe motivo torpe “quando a razão pela qual a vontade se determina é vil, ignóbil e abjeta, ofendendo mais profundamente o sentimento ético comum da sociedade. A lei exemplifica com a paga ou promessa de recompensa. É o homicídio mercenário, próprio do sicário ou matador profissional (...)” (Magaalhães Noronha, in “Direito Penal”, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, vol. 2).

“O motivo torpe, escreve Maggiore, é o antecedente psíquico da ação, a força que põe em movimento o querer e o transforma em ato: uma representação que impele à ação (in Euclides da Silveira, Crime Contra a Vida, pág. 43, 1973) (...) Lembra o jurista Baldassari Corurullo, referindo-se à torpeza do motivo, que ‘a baixaza do fim não está na natureza da necessidade, nem na do sentimento, está, precisamente, na anti-socialidade que mostra o delinqüente, em cujo ânimo, como na consciência dos evoluídos, e nas sociedades menos perfeitas, os sentimentos do altruísmo necessário à conservação da sociedade e, portanto, de si mesmo, não lograram vencer os impulsos próprios dos seres primitivos’ (in Pedro Vergara, Das Circunstâncias Agravantes, pág. 122, Forense, 1948)” (TJSP, rel. Weiss de Andrade — RJTJSP 73/312).

Citando, ainda, a lição de Pedro Vergara, lê-se que:

“A morte de uma pessoa, ainda que fosse causada por vingança, em represália a uma atitude sua, seria ato grandemente reprovado, mas não se poderia considerar torpeza senão através dos fatos que determinaram o ato vindicativo” (in “Das Circunstâncias Agravantes”, Forense, pág. 131).

Segundo lição do mestre Nelson Hungria, "torpe é o motivo que mais vivamente ofende a moralidade média ou o sentimento ético-social. É o motivo abjeto, ignóbil, repugnante, que imprime ao crime um caráter de extrema vileza ou imoralidade" (in "Comentários ao Código Penal", 5ª ed., Forense, pág. 163).

É certo que o sentimento de vingança é imoral, dentro de uma concepção notadamente religiosa. Porém, na maioria das vezes, segundo lembra o ainda Pedro Vergara, na pesquisa do motivo do crime não se pode perder de vista a capacidade de resistência de cada indivíduo e "que vem a ser a própria capacidade de adaptação ao meio social, e deve ser mais inconsciente do que consciente; deve ser como que uma reserva de estrutura íntima" (in "Dos Motivos Determinantes no Direito Penal", pág. 233).

E, por fim:

"Motivo torpe é o moralmente reprovável, demonstrativo de depravação espiritual. Torpe é o motivo abjeto, desprezível. Ex.: matar alguém para adquirir-lhe herança, por ódio de classe, vaidade e prazer de ver sofrer" (Damasio E. de Jesus, in "Direito Penal", 17ª ed., 1995, vol. 2).

Assim, conclui-se que a vingança somente é classificada de torpe "quando a desforra, posta em correlação com o ato que a motivou, exprime a ignomínia e a abjeção que a lei penal, com a qualificadora, especialmente incrimina" (RJTJSP 9/535), o que não é o caso dos autos.

Tal qualificadora somente deverá ser reconhecida quando o móvel do crime for indicativo de imoralidade profunda, não se revestindo, data venia,

desta qualidade, o ato praticado pelo acusado.

Portanto, não se pode dizer que o motivo apontado pela acusação e acolhido pelos juízes de fato causou uma repugnância geral ou foi refratário às normas morais, essenciais à caracterização da torpeza.

Veja-se decisão do colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Quem mata por vingança, por haver recebido, momentos antes, uma bofetada da vítima, não age por motivo torpe" (RT 507/369).

E especificamente no tocante à torpeza do motivo, leia-se entendimento jurisprudencial:

"É certo que a vingança, por si só, não torna torpe o motivo do delito. Não é qualquer vingança que o qualifica, conforme a precisa e sempre lembra lição de Pedro Vergara, que salienta a necessidade de se pesquisar sua origem, sua natureza: 'A morte de uma pessoa, ainda que fosse causada por vingança, em represália a uma atitude sua, seria um ato grandemente reprovado, mas não se poderia considerar torpeza, senão através dos fatos que determinaram o ato vindicativo'" (TJSP, rel. Silva Leme — RJTJSP 73/314).

No mesmo diapasão:

"A vingança, por si só, não induz necessariamente à torpeza. Tal se dá somente quando a desforra, posta em correlação com o ato que a motivou, exprime a ignomínia e a abjeção que a lei penal, com a qualificadora, especialmente incrimina" (TJSP, rel. Aniceto Aliende — RJTJSP 9/535).

Nesse vértice já se tem decidido:

“Circunstância agravante — Motivo torpe — Inocorrência — Acusado que agride a vítima por vingança — Desforra de lesão recebida na véspera.

“Ainda que o réu haja premeditado o crime, com dolo intenso e valendo-se de recurso que dificultou a defesa da vítima, e mesmo diante de seus maus antecedentes, não se acolhe a qualificativa do motivo torpe quando agrediu a vítima em desforra ou por vingança de agressão sofrida na véspera, pois então o móvel do delito não foi indicativo de imoralidade profunda” (RT 557/376).

No mesmo sentido colaciona-se:

“A vingança, por si só, não induz necessariamente à torpeza. Tal se dá somente quando a desforra, posta em correlação com o ato que a motivou, exprime a ignomínia e a abjeção que a lei penal incrimina como qualificadora do delito” (RT 606/306).

Desse modo, tivesse o recorrente premeditadamente a intenção homicida, já o teria concretizado quando do primeiro entrevero com a vítima. Porém, o homicídio só ocorreu após forte discussão entre o ofendido, sua amásia e o réu, isto é, só depois de vá-

rias alterações e ofensas de parte a parte.

Sendo assim, não há falar em motivo torpe, no caso em testilha, vez que não se pode classificar de abjeto ou extremamente repulsivo o motivo que levou o acusado a matar a vítima, tendo a decisão dos Senhores Jurados vulnerado flagrantemente a prova encartada nos autos.

Dessa forma, impõe-se que o acusado seja novamente encaminhado a julgamento perante o Conselho Popular.

3 — Ante o exposto, a Câmara conhece do recurso, dando-lhe provimento para anular o julgamento, devendo a outro ser o réu submetido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, e emitiu parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Rui Carlos Kolb Schiefler, Promotor de Justiça convocado.

Florianópolis, 11 de maio de 1999.

José Roberge,
Presidente com voto;
Jorge Mussi,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.003417-8, DE LAGES

Relator: Des. Jorge Mussi

Cárcere privado — Apelante que, entendendo estar a vítima em flagrante delito, lhe dá voz de prisão, priva-a de sua liberdade e chama a polícia, que chega em seguida — Ação amparada pelo dis-

posto no art. 301 do CPP — Ausência de consciência da ilicitude da conduta — Elemento subjetivo do injusto não evidenciado na espécie — Conduta atípica — Absolição que se impõe — Exegese do art. 386, III, do CPP — Recurso defensivo provido.

O crime de seqüestro ou cárcere privado tem como pressuposto a consciência da ilicitude do fato criminoso por seu agente. Praticado sem essa característica, não há outra solução senão absolver o acusado, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.003417-8, da comarca de Lages (1ª Vara), em que é apelante Laércio Volpato, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para absolver o apelante.

Custas legais.

1 — Na comarca de Lages (1ª Vara Criminal), Laércio Volpato foi denunciado como incurso nas sanções do art. 148, caput, do Código Penal, porque, conforme se infere da peça vestibular de fls. 2/3:

“Em data de 16 de março de 1993, por volta das 14h30min, nesta Cidade e Comarca, sob o argumento de que Doralice da Silva Moraes Bueno, dias antes, havia praticado furto contra seu estabelecimento comercial, fato que a mesma supostamente estaria praticando também naquele momento, o denunciado Laércio Volpato trancafiou-a no porão do supermercado, juntamente com sua filha excepcional, por período aproximado de

15 minutos, privando a vítima de sua liberdade, mediante cárcere privado”.

Proposta a suspensão condicional do processo pelo Órgão Ministerial, esta não foi aceita pelo acusado, por entender ser inocente da acusação que lhe estava sendo feita (Termo de Audiência de fls. 35).

Concluída a instrução criminal, Laércio Volpato restou condenado ao cumprimento da pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, suspensa condicionalmente pelo prazo de 2 (dois) anos, por infração ao art. 148 do Código Penal.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, apelou, tempestivamente, por seu defensor, requerendo, preliminarmente, a nulidade do processo ab initio: por inépcia da denúncia, eis que os fatos apurados não tipificavam o delito do art. 148, caput, do Código Penal, nem qualquer outro descrito neste Estatuto; e por cerceamento de defesa, em virtude do indeferimento da juntada do Inquérito Policial que apurou o furto perpetrado pela suposta vítima em seu estabelecimento, no dia dos fatos aqui narrados; caso assim não se entenda, pede também seja declarada nula a sentença, posto que não analisou todas as teses

de defesa, especialmente as de desclassificação para os crimes dos arts. 146 e/ou 350 do Código Penal.

No mérito, aduz que, tendo flagrado a vítima furtando mercadorias em seu estabelecimento, deu-lhe voz de prisão, na presença de testemunhas, e a deteve até que os policiais chegassem, tendo agido de conformidade com o disposto no art. 301 do Código de Processo Penal, pelo que pleiteou sua absolvição.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a este Grau de Jurisdição, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo seu conhecimento e não provimento.

É o relatório.

2 — Inicialmente, a prefacial de inépcia da denúncia, fundada no argumento de que o fato narrado evidentemente não constituía crime, pelo que deveria ter sido rejeitada a peça inicial acusatória, por confundir-se com o mérito da quaestio, posterga-se sua análise para apreciação posterior.

3 — Não merece acolhida a preliminar de cerceamento de defesa alegada, por ter sido indeferida a juntada de documento eficiente a comprovar o furto cometido pela vítima no dia dos fatos — o Inquérito Policial que teria apurado a ocorrência —, e, por conseguinte, autorizador da conduta do réu.

Vê-se que, ao contrário do sustentado pelos representantes do Ministério Público a quo e ad quem, a matéria não se encontra preclusa, posto que argüida no tempo oportuno, qual seja, na fase do art. 500, consoante se infere das alegações finais de fls. 71/81, nos precisos termos do art. 571, II, do CPP, portanto.

Entretanto, deve ser rechaçada a prejudicial, eis que o não deferimento da juntada do Inquérito Policial em que teria sido apurado o suposto cometimento do delito de furto por parte da vítima no estabelecimento comercial do réu, ocorrido no dia dos acontecimentos narrados na denúncia, em nada modificaria a situação do acusado, pois, como bem assinalado no despacho que negou o pedido, “o que está em causa não é se foi, ou não, praticado o furto, mas se ocorreu, ou não, o cárcere privado” (fls. 65 verso). E, como conseqüência do princípio da instrumentalidade das formas processuais, “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa” (art. 566 do CPP).

De mais a mais, como se sabe, “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (art. 563 do CPP).

E, no caso, prejuízo algum adveio à defesa em razão do indeferimento, uma vez que há nos autos cópia do Boletim de Ocorrência n. 610/93, em que o denunciado dá conta do furto acontecido no seu Supermercado no dia 16/3/93, e imputado à ora vítima, documento suficiente para comprovar o que alegou para alcançar sua absolvição.

4 — Quanto à última preambular suscitada, por meio da qual o apelante busca a anulação da sentença, ao argumento de que esta não analisou todas as preliminares e teses defensivas lançadas por ocasião das razões finais, razão em parte lhe assiste.

Na parte meritória, embora sucinta, a decisão atacada, ao fundamentar pela condenação do ora apelante, afastou todas as argumentações expostas em seu favor por ocasião das derradeiras alegações.

Já quanto às prejudiciais levantadas quando das alegações finais, consistentes na nulidade do feito, por cerceamento de defesa e em razão da inépcia da denúncia, infere-se que realmente a sentença somente mencionou-as por ocasião do Relatório, deixando de analisar cada qual delas antes da indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundava a decisão.

Dessa forma, ao deixar de abordar referidas questões postas preliminarmente, afrontou o art. 381, III, do CPP, estando, por isso, eivada de nulidade, consoante a maciça doutrina e jurisprudência.

5 — Contudo, e por economia processual, deixa-se de declarar tal nulidade, posto que, no mérito, há que se dar provimento ao recurso defensivo, eis que sobejamente comprovada a atipicidade da conduta do acusado.

Narram os autos que em 16/3/1993, por volta das 14h30min, no interior do Supermercado Marília, de propriedade do réu, que se encontrava no seu escritório, quando foi chamado pelo subgerente do estabelecimento, Valmir Perin Della Giustina, o qual lhe disse que a senhora que semanas antes havia furtado naquele mercado estava novamente ali, em companhia de sua filha, e em atitudes suspeitas, pelo que o apelante dirigiu-se até onde esta estava. Consta que ao ser interpelada pelo acusado, a suspeita de furto deixou cair de dentro de sua blusa 4 latas

de fermento, 1 lata de “Toddy” e 1 pudim-flan. Diante do estado de flagrância em que se encontrava a pretensa vítima, Laércio imediatamente deteve Doralice da Silva Moraes Bueno e conduziu-a, juntamente com sua filha excepcional, ao depósito do Supermercado, por onde as duas permaneceram por cerca de 15 minutos, até a chegada da força policial, acionada pelo apelante.

Esta versão extrai-se dos depoimentos do réu, ouvido a fls. 18 e 36 verso; do declarado por Valmir P. Della Giustina, pessoa que chamou a atenção do acusado para a prática do furto pela ora vítima, a fls. 21 e 53 verso; das palavras de Eduardo José Spuldaro, Ademir Pereira da Silva e Lucas Tadeu Albino Luiz, todos testemunhas de visu do ocorrido, inquiridos respectivamente a fls. 22 e 53 verso, fls. 54 e fls. 59; e ainda segundo o Boletim de Ocorrência de fls. 11 e 39, registrado pelo denunciado no dia dos fatos.

Vê-se que, levados todos os envolvidos, Doralice, sua filha e o réu, à Delegacia de Polícia, somente não se lavrou o flagrante contra a vítima porquanto não foi ela encaminhada com a res furtiva, nem a acompanharam as testemunhas da subtração, e também em razão de ser conhecida do Escrivão de Polícia, Hilto Neves Varela, “sendo então instaurado procedimento para investigação dos fatos”, segundo o relato do Delegado de Polícia, Baltazar Antônio Garcia (fls. 44 verso) e de Hilto (fls. 24 e fls. 48).

A vítima, por seu turno, quando ouvida pela autoridade judiciária, confirmou que na data estava na posse das latas de fermento descritas pelo recorrente e especificadas no Boletim

de Ocorrência de fls. 11 e 39, porém, negou qualquer intenção de furtá-las, como se vê das declarações que prestou a fls. 45.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, caracteriza-se o crime de cárcere privado, insculpido no art. 148 do Código Penal, a ação de:

“(…) ‘Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: Pena — reclusão, de um a três anos’. Ensina Fragoso que se trata de uma espécie de constrangimento ilegal, em que se impede que o sujeito passivo tenha liberdade de locomoção.

“(…)”.

“A conduta típica é privar alguém de liberdade, pouco importando o meio utilizado pelo agente para obter o resultado (JTAERGS 76/55). Pode consistir em meio físico (violência) ou moral (ameaça) ou na utilização de fraude (mentira, levando a vítima a erro, narcóticos, hipnose etc.). Até por omissão pode-se cometer o delito em estudo” (“Manual de Direito Penal”, 8 ed., São Paulo, Atlas, vol. 2, págs. 169/170).

Continuando na lição, Mirabete ressalta:

“O dolo do delito é a vontade dirigida à legítima privação ou restrição à liberdade alheia (RT 537/348, 646/275). Se tal elemento subjetivo estiver ausente, ou seja, se o agente atua por outro intento que não o de seqüestrar a vítima, não se configura o seqüestro, (...)” (ob. cit., pág. 171).

E arremata:

“Não ocorrerá o crime de seqüestro se houver justa causa para a privação da liberdade, como no caso

de prisão em flagrante delito enquanto se aguarda a chegada da Polícia, no encerramento de louco furioso ou de enfermo com moléstia contagiosa enquanto não é removido para o sanatório etc.” (ob. cit., pág. 173, grifamos).

Na mesma orientação é o ensinamento de Damásio E. de Jesus, ao tratar das causas que podem excluir a antijuridicidade da conduta de quem priva alguém de sua liberdade:

“Causas que podem excluir a ilicitude

“Prisão em flagrante delito, internação de enfermos mentais, isolamento de portadores de doenças contagiosas etc.” (“Código Penal Anotado”, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 431, grifamos).

Esclarecem Alberto Silva Franco et alli, na obra “Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial”, 5 ed., São Paulo, RT, citando E. Magalhães Noronha, sobre o elemento subjetivo do tipo penal em questão:

“Elemento subjetivo — É o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de privar alguém de sua liberdade de locomoção, tendo conhecimento da ilegitimidade do fato. Desnecessário qualquer objetivo ou escopo particular; não requer o crime dolo específico.

“O erro de tipo, como em qualquer outro delito, elidindo a consciência da antijuridicidade, exclui o dolo, como se, v.g., uma pessoa, enganando-se, retém outra, pensando ser a que a polícia procura.

“(…)”.

“Se ocorre justa causa, não há consciência da antijuridicidade e conseqüentemente inexistente dolo. Pode ela provir da lei ou do costume. Assim, no

caso de flagrante delito, em que qualquer do povo pode prender (CPP, art. 301); no da internação em manicômio de louco furioso; no da detenção de quem ia se suicidar; no isolamento do enfermo contagioso, enquanto se providencia a remoção; no uso do quarto escuro ou da cafua nos castigos disciplinares etc. São os exemplos que geralmente apontam os autores (...)” (pág. 1.828, o grifo é nosso).

A jurisprudência navega no mesmo norte:

“O elemento subjetivo do seqüestro ou cárcere privado é a vontade conscientemente dirigida à ilegítima privação ou restrição da liberdade alheia. O fato não é punível a título de culpa *stricto sensu*. Como em qualquer outro crime, o dolo é excluído pelo erro de fato, dada a ausência de consciência da injuridicidade da conduta” (TJSP — RT 616/289 e RSTJ 37/290).

“Sem a vontade conscientemente dirigida à ilegítima privação ou restrição da liberdade alheia, não se configura o delito de seqüestro ou cárcere privado. O dolo é requisito indispensável à infração” (TJSP — RT 571/305).

“O delito de seqüestro só é punível a título de dolo, consistente na vontade de privar a vítima de sua liberdade de locomoção” (TJSP — RT 606/302).

Ora, na hipótese que versa, evidente a total ausência de dolo na conduta do agente, vez que somente deteve a pretensa vítima em razão da suspeita de furto que pairava sobre esta na ocasião.

Pode-se até admitir que a maneira rude e enérgica com que agiu o apelante não tenha sido a mais apropriada, mas daí a dizer-se que praticou

o crime descrito no art. 148 do Código Repressivo, pois, entendendo estar diante de um crime que estava sendo cometido em seu supermercado pela vítima, isto é, encontrando-a em “flagrante delito”, deu voz de prisão à suposta agente da infração e a reteve, juntamente com a pessoa que a acompanhava, sua filha, em local fechado, localizado dentro do “Supermercado Marília”, logo chamando os agentes policiais, que chegaram em seguida, vai uma distância muito grande.

E não importa, ao caso sub examine, se estava ou não a vítima realmente cometendo o delito na oportunidade, fato a ser apurado em processo diverso. O que se leva em conta, na hipótese, é a consciência, pelo réu, da injuridicidade da ação que o apelante levou a efeito, e isso, a toda evidência, não se verificou no caso dos autos.

Com efeito, ao privar a vítima de sua liberdade de locomoção, estava o recorrente, no seu raciocínio e subjetivismo, exercendo um regular direito que lhe faculta a lei processual penal, em seu art. 301, que dita que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

Já se decidiu:

“Agindo o acusado impelido por intento outro que não o de seqüestrar ou manter a vítima em cárcere privado, não se configura o crime contra a liberdade pessoal previsto no art. 148 do CP, por faltar o elemento subjetivo que o constitui, ou seja, a vontade livre e consciente de privar alguém de sua liberdade de locomoção” (RT 646/275).

De nosso Tribunal, no mesmo diapasão:

“Seqüestro. Companheiro que impede a mulher de visitar sua mãe, conduzindo-a, contra a vontade, à residência do casal. Ausência do elemento subjetivo do seqüestro. Figura do artigo 148 do CP que assim não se tipifica.

“Se o acusado age sobre o impulso de outro intento que não o de seqüestrar ou manter a vítima em cárcere privado, não se configura o crime contra a liberdade pessoal do artigo 148 do Código Penal” (Apelação Criminal n. 27.651, de Campo Erê, rel. Des. José Roberge, j. em 8/11/91).

Cita-se ainda o seguinte julgado, que decidiu caso análogo:

“Seqüestro e cárcere privado. Não configuração. Resistência à invasão violenta de terras. Prisão dos esbulhadores pelos empregados do proprietário, que os desarmaram e os mantiveram em custódia até a chegada da Polícia. Exercício regular de um direito, que não envolve infração penal” (RJTJESP 27/367).

O crime de seqüestro ou cárcere privado tem como pressuposto a

consciência da ilicitude do fato criminoso por seu agente. Praticado sem essa característica, não há outra solução senão absolver o acusado, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

6 — Pelo exposto, ausente na conduta incriminada o elemento subjetivo do injusto do crime do art. 148 do CP, dá-se provimento ao recurso para absolver Laércio Volpato, com fundamento no art. 386, III, do CPP.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Roberge, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, lavrando o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Huáscar Viana.

Florianópolis, 4 de maio de 1999.

Alberto Costa,
Presidente para o acórdão;
Jorge Mussi,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.006783-1, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Francisco Borges

Queixa-crime. Injúria. Improcedência. Condenação do querelante em honorários advocatícios. Cabimento em tese. Recurso provido.

Tendo em conta que o art. 3º do CPP admite expressamente a aplicação analógica e extensiva, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito, a condenação do vencido em caso de ação penal privada é cabida, aplicando-se na fixação da verba advocatícia o art. 20 do CPC, que erige o princípio da sucumbência.

Considerando a situação financeira do apelante e, ainda, o fato de a apelada ter sido absolvida por ausência de provas, não havendo prova incontestável de sua inocência, afigura-se descabida a condenação do querelante em honorários advocatícios.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.006783-1, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é recorrente Gerson Feliciano, sendo recorrida Sônia Sueli de Souza:

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

Custas de lei.

Perante o Juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí, Gerson Feliciano, por seu advogado, apresentou queixa-crime contra Sônia Sueli de Souza, relatando ter a querelada infringido o art. 140 do Código Penal, por ter-lhe chamado de "ladrão" na presença de seu chefe, requerendo assim a deflagração de ação penal para apurar os fatos narrados e aplicar-lhe as sanções legais cabíveis.

Manifestando-se, o representante do Ministério Público assinalou inicialmente a necessidade do pagamento das custas iniciais do processo, opinando, em seguida, pelo prosseguimento do feito.

Pelo despacho de fls. 12, a Dra. Juíza determinou o recolhimento das respectivas custas, o que foi atendido às fls. 13, sendo em seguida processado o feito, sobrevindo sentença que julgou improcedente a queixa-crime, absolvendo a querelada com fulcro no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, e condenando o querelante ao pagamento das custas pro-

cessuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 400,00.

Irresignado com o desfecho da demanda, o querelante interpôs recurso de apelação, alegando inexistir respaldo legal para a condenação na verba advocatícia, relatando que a apelada constituiu procurador, o qual apresentou defesa prévia e após abandonou a causa, sendo em seguida nomeado defensor dativo.

Afirma que não há na sentença referência expressa sobre qual dos procuradores deveria receber a aludida verba, além do fato de inexistir pedido expreso para a condenação atacada, que foi concedida de ofício.

Sustenta ser pobre, não possuindo condições de arcar com a referida verba advocatícia, pleiteando assim a dispensa de seu pagamento.

Após as contra-razões, manifestou-se a representante do Ministério Público pela manutenção da decisão e, em seguida, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Quanto à inexistência de respaldo legal a amparar o posicionamento adotado pela douta Magistrada, impende salientar a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do cabimento dos honorários advocatícios em sede de ação penal privada, não havendo ainda consenso sobre o tema, inclusive nesta Corte de Justiça.

De um lado sustenta-se que, em face do art. 804 do CPP não prever que o vencido tenha que arcar com os honorários da parte adversa, mas somente com as custas processuais, descabe a interpretação extensiva, criando ônus não previsto pelo legislador, não sendo aplicável a sucumbência no processo penal, por ferir os princípios do devido processo legal e da legalidade, como entende o renomado doutrinador Luiz Flávio Gomes (Estudos de Direito Penal e Processo Penal, RT, 1998).

De outro norte, juristas como Roberto Delmanto sustentam posição antagônica, segundo a qual, tendo o art. 3º do CPP admitido expressamente a aplicação analógica e extensiva, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito, a condenação do vencido, em caso de ação penal privada, é cabida, aplicando-se então o art. 20 do CPC, na fixação da verba advocatícia.

Yussef Said Cahali, em sua obra "Honorários Advocatícios", adere à segunda corrente, colhendo-se de seus escólios:

"A aplicação do princípio da sucumbência do art. 20 do CPC à ação penal privada está em consonância com os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e com o art. 3º do Código de Processo Penal; enunciado que vem sendo invocado também na hipótese de queixa em crime de imprensa, que, na realidade, merece tratamento em separado" (3ª ed., RT, 1997, págs. 1.363/1.364).

Em seguida, vale-se das lições de Frederico Marques, em acórdão da 1ª Câmara do TACívSP, no qual argumenta que toda ação é pública, pois di-

reito subjetivo em face do Estado-Juiz, seja na senda civil ou na criminal, e que se o Código Penal, em seu art. 102, classifica a ação penal em pública e privada, refere-se somente à legitimidade para sua propositura, cabendo ao Ministério Público, na primeira hipótese, ou ao ofendido ou seu representante legal, na segunda.

Pertinente à transcrição do seguinte trecho do julgado, que complementa esse posicionamento:

"As normas processuais que regulam o processo relativo aos crimes comuns admitem, expressamente, a aplicação por analogia. Assim, não regulando o Código de Processo Penal o pagamento de honorários de advogado, aplica-se a norma do art. 20 do CPC que consagra o princípio da sucumbência, carregando ao vencido o pagamento da verba honorária como condenação processual que não precisa ser pleiteada pela parte como se verifica da Súmula 256 do STF. Observa-se que na ação penal privada impera o princípio da oportunidade em contraposição ao da ação penal pública onde reina o princípio da legalidade. Assim, na ação penal privada há uma verdadeira subordinação do interesse público ao privado e até como afirma Giulio Battaglini, citado por José Frederico Marques — essa subordinação decorre 'ou da conveniência para o Estado sem sopesar o interesse privado em face do interesse público, ou, finalmente, dos dois motivos combinados' (ob. cit., pág. 353). Mais ainda em razão do princípio da oportunidade deve refletir o cidadão ao invocar a tutela jurisdicional do Estado devendo arcar, em caso de reconhecida a improcedência da ação, com o pagamento dos honorários de advogado da parte ven-

cedora. Assim, não se pode pretender equiparar a propositura de uma ação penal pública ao ajuizamento de uma ação penal privada para os fins de ressarcimento da honorária pelo vencido, ao vencedor. Recorde-se que mais próxima está a ação penal privada da ação civil em face dos interesse cuja tutela instrumenta, do que da ação penal pública e que, como já decidiu esta Corte, "ninguém deve ser injustamente desfalcado em seu patrimônio" (grifo nosso) (ob. cit. págs. 1.365/1.366).

A amparar esse entendimento, acrescenta-se que aqueles que sustentam posição divergente aduzem ser necessário o ajuizamento de ação civil para a cobrança de eventuais prejuízos sofridos em decorrência de gastos com verba honorária em demanda vencida, o que traduz, em evidência, afronta ao princípio da economia processual.

A respeito, os seguintes julgados desta Corte de Justiça:

"Se a lei penal inadmita a aplicação analógica, a processual penal a admite expressamente em seu artigo 3º, bem como o suplemento dos princípios gerais do Direito. Na esteira desse entendimento, já se decidiu que não viola a Constituição Federal, nem discrepa da jurisprudência do STF a decisão que estabelece o pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios" (Ap. Crim. n. 32.557, de São José, rel. Des. Aloysio de Almeida Gonçalves, DJ de 30/5/95).

"Tratando-se de ação penal privada, correta a decisão que estabelece o pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios do vencedor" (Ap. Crim. n.

28.283, de Chapecó, rel. Des. Solon d'Eça Neves, DJ de 29/5/92).

Improcede a alegação do apelante de que inexistente embasamento legal a justificar sua condenação em honorários advocatícios, estando patenteada a desnecessidade de pedido da parte vencedora nesse sentido, porquanto aplicável a Súmula 256 do STF, segundo a qual é dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários advocatícios, em face do princípio da sucumbência.

Finalmente, quanto ao pedido de liberação da verba honorária, por não possuir condições de arcar com ela, efetivamente verifica-se tratar-se de pessoa humilde, exercendo a função de carteiro, que, apesar da responsabilidade que carrega, é notório, não possui remuneração condigna.

Ainda, analisando os autos, verifica-se que a apelada foi absolvida com fulcro no art. 386, VI, do CPP, ou seja, por "não existir prova suficiente para a condenação", como inclusive o próprio apelante assinalou, revelando assim que, em princípio, não estaria o querelante de todo equivocado ou mesmo agido de má-fé ao oferecer a queixa-crime contra a apelada, não merecendo, portanto, suportar com o ônus imposto que, em face de suas condições pessoais, afigura-se deveras prejudicial, mormente quando se tem conta que visava apenas limpar sua honra.

Por esses fundamentos, dá-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o

"Naquela mesma noite, ao chegarem no Bailão do Kiko, encontraram no salão, os denunciados Edeimar de Amarante e Claudenir Roberto e passaram, juntos, a consumirem várias cervejas em lata. Beberam até acabar a festa.

"Após a festa, Eroni do Carmo Vieira, sabendo que Edeimar de Amarante era motorista de caminhão e estava com seu veículo estacionado no local referido, pediu carona para este.

"Dentro do caminhão, as três mulheres e os dois acusados, rumaram em direção ao bairro cascatinha, nesta cidade, onde deixaram L. em sua casa. Logo após, a vítima, Eroni e os denunciados, voltaram para o Bailão do Kiko, onde pegaram mais 5 latas de cerveja, as quais beberam no trajeto até a Boate Paladium, onde chegando lá, retornaram até o Posto Canário, localizado na cidade de Vargeão.

"No estacionamento do posto, os denunciados propuseram manter relações sexuais com a vítima e sua tia Eroni, sendo que, somente Eroni aceitou. Ato contínuo, o denunciado Claudenir desceu do caminhão e foi com Eroni manter relações sexuais, dentro de um baú que ficava na parte de trás do veículo. Quando retornaram, viram a vítima fora do caminhão e o denunciado Edeimar tomando chimarrão no posto.

"Após aguardarem alguns minutos e por volta das 4 horas, do dia 14 de março deste ano, voltaram os quatro de caminhão para Ponte Serrada, sendo que, próximo da Fazenda Santa Terezinha, o denunciado Claudenir Roberto irritado com a recusa da vítima disse: 'pare o caminhão que agora ela vai ficar comigo, ela não quis o

Edeimar, então vai ficar comigo'. Neste instante, Edeimar parou o caminhão e foi com Eroni, manter relações sexuais, no baú que ficava na parte de trás do veículo, deixando a vítima sozinha com o denunciado na cabine. A vítima chegou a pedir para sua tia não ir embora, mas esta não atendeu.

"Na cabine o denunciado Claudenir segurou com a mão direita nas costas de J., na altura da cintura e, com a mão esquerda no pescoço. A vítima, desesperada, tentava fugir, mas como o denunciado era mais forte, esta não conseguia. Ato contínuo, Claudenir foi até o banco onde estava a vítima, ajoelhou-se no assento e com a mão direita baixou suas calças até a altura do joelho. Com o peso do seu corpo imobilizou a vítima e mediante grave violência manteve relações sexuais com ela. A vítima, estava com a cabeça meio inclinada e prensada na porta do caminhão, sendo que o denunciado só saiu de cima dela, quando percebeu que a mesma estava desmaiada e posteriormente notou que estava morta, pois sua cabeça caía para os lados. Em seguida, Claudenir, abriu a porta do caminhão e avisou Edeimar e Eroni do desmaio, sendo que Edeimar e Claudenir, sabedores do óbito, colocaram a vítima na parte de trás do caminhão (baú). Eroni foi para a cabine. De volta para Ponte Serrada, os denunciados pararam o caminhão no trevo central desta cidade e largaram a vítima sobre a pista para que desse a impressão de que a mesma tinha sido atropelada. A vítima, segundo laudo exame cadavérico teve traumatismo raqui-medular (fls. 3)."

Encerrada a instrução processual, os acusados Edeimar de Amarante e Eroni do Carmo Vieira foram absol-

vidos com fundamento no art. 386, IV, do Código de Processo Penal, e condenado o réu Claudenir Roberto como incurso no art. 213, caput, c/c art. 223, parágrafo único, ambos do Código Penal, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado.

Inconformado, o representante ministerial apelou, pugnando pela reforma da r. sentença para condenar Edemar do Amarante, como incurso nas penas do art. 213, c/c art. 223, parágrafo único, c/c art. 29, todos do Código Penal, e Eroni do Carmo Vieira como incurso nas sanções do art. 213, c/c o art. 223, parágrafo único, c/c o art. 13, § 2º, c, c/c art. 29, todos do Código Penal, por entender que ambos contribuíram para o evento delituoso.

A defesa, em contra-razões, requereu o improvimento do recurso e a conseqüente manutenção do veredicto absolutório.

Nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

Na análise da conduta de Edemar de Amarante, a insurgência escorrea-se no argumento de que este acusado participou do evento delitivo, consoante o art. 29 do Código Penal, eis que sua presença física constituiu apoio ao executor do estupro seguido de morte, dando ao criminoso garantia e tranqüilidade para a sua execução. E, em assim agindo, teria praticado o crime prescrito no art. 213, caput, c/c artigo 223, parágrafo único, em concurso com o condenado Claudenir Roberto.

No entanto, como bem salientou o representante do Órgão Ministerial às fls. 147:

“Para a caracterização da co-autoria basta a simples presença do agente no local do crime emprestando apoio moral à conduta delituosa do co-réu, a quem estava ligado pelo mesmo interesse” (TJSC — AC — rel. Des. Tycho Brahe, in RT 441/461).

In casu, não se pode afirmar, em vista do contexto probatório, que o apelado Edemar de Amarante tenha anuído com a conduta do réu condenado, muito menos que o tivesse instigado e encorajado à prática do delito sexual. Aliás, não é esta a conclusão que se colhe das declarações do apelado e das testemunhas oitivadas. Senão vejamos:

“Que, parou o caminhão nas proximidades da Sadia, na fazenda Santa Terezinha e desembarcou com Eroni e entraram no Baú do caminhão deixando Claudenir se entender com J.” (fls. 23).

“Que observou que o réu Claudenir e uma mulher foram para parte de trás do caminhão e a vítima saiu da cabine, parecendo ao depoente que chorando e foi para trás do posto; que o acusado Edemar veio até onde estava o depoente e passou a tomar chimarrão do mesmo, tendo a esposa do depoente ido conversar com a vítima; que o réu lhe disse que a vítima não quis ter relações sexuais com ele e que em razão disto não iria levá-la para casa, dizendo também que era ela ‘de menor’ e por isto não queria se incomodar” (fls. 79).

O ato de ter conduzido Claudenir, a vítima J. e Eroni, com quem manteve relações sexuais e tia da vítima,

não torna Edegar co-autor do estupro que resultou na morte de J. Caso realmente aprovasse a conduta do condenado, indiferente ao resultado lesivo, não haveria motivo para que ele próprio não praticasse o delito do qual J. foi vítima, tanto que esteve sozinho com ela na cabine do caminhão, tendo oportunidade de atentar contra a liberdade sexual da ofendida, o que efetivamente não fez, em respeito ao direito da vítima de optar pela negativa do ato sexual.

Desse modo, havendo dúvida a respeito da participação de Edegar de Amarante na empreitada criminosa, deve a absolvição ser mantida em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*.

Em tais casos, este egrégio Tribunal de Justiça tem decidido:

"(...) Insuficiência de provas para a condenação — Dúvida — Absolvição decretada (art. 386, VI, CPP).

"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, DJ de 9/9/93).

No mesmo sentido:

"Não pode haver condenação sem prova do crime e de sua autoria. Indícios, ainda que veementes, desautorizam-na" (RT 181/89).

Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, na obra *Da Prova no Processo Penal*, cita diversos julgados que vêm ao encontro do assunto:

"A favor do réu é presumida ino-cência, até que se demonstre o contrário. Assim, basta à acusação não promover prova capaz de infundir certeza moral no espírito do julgador para que obtenha o decreto absolutório' (Ap. Crim. n. 197.889, TACSP, rel. Weiss de Andrade)".

"Embora havendo indícios indicativos da responsabilidade do réu pelo evento, inadmissível a condenação ante a existência de contra- indícios, que façam emergir sérias dúvidas sobre a incriminação' (Ap. Crim. n. 133.315, TACrimSP, rel. Geraldo Gomes)".

"Para que os indícios possam autorizar a condenação é indispensável o concurso das condições seguintes: a) que os elementos materiais do crime estejam plenamente provados; b) que, em recíproco apoio por forma inequívoca e concludente, incriminem o acusado, importando a exclusão de qualquer hipótese favorável a este' (Ap. Crim. n. 10.913, rel. Manuel Carlos, RT 169/76)" (Saraiva, São Paulo, 1983, págs. 14/15 e 136/137).

Quanto à imputação de que Eroni do Carmo Vieira, embora não fosse a responsável legal da vítima, teria assumido a obrigação de zelar por sua segurança ao conduzi-la ao referido "bailão" e, por não o fazer, teria cometido o crime na forma omissiva imprópria (comissivo por omissão), cumpre frisar que os delitos omissivos impróprios constituem categoria especial de infração penal, eis que somente pode ser sujeito ativo desse delito quem esteja

obrigado a preservar bens jurídicos de terceiro, aos quais esteja vinculado por disposição legal.

“O dever de agir pode ser visto como um dever geral imposto pela ordem jurídica, diante de certo caso concreto que esta própria ordem jurídica legalmente prevê (o chamado dever geral de assistência), ou como dever decorre de vinculação especial entre sujeito e vítima, ou entre esse e a fonte produtora de perigo, de modo que se constitua em garantidor da proteção do bem jurídico com relação àquela pessoa determinada ou àquelas pessoas afetadas pela fonte de perigo (o chamado dever de impedir o resultado)” (Tavares, Juarez. As controvérsias em torno dos crimes omissivos. Instituto Latino Americano de Cooperação Penal, Rio de Janeiro, 1996, pág. 43).

Os agentes, segundo João José Leal, “São eles elevados à posição de garantidor. A lição de Heleno Fragoso é elucidativa: ‘Essa é situação de fato, que se relaciona com o agente, sendo, pois, característica da autoria. Autor de crime comissivo por omissão só pode ser quem esteja em estreita relação com o bem jurídico tutelado, de modo a considerar-se garante da não superveniência do resultado’. É entendimento do STF que, nos crimes cometidos por omissão, a causalidade é puramente jurídica, ‘consistente em não haver o omitente atuado, como devia e podia atuar, para impedir o resultado’ (RTJ 116/177)” (Direito Penal Geral. Atlas, São Paulo, 1998, pág. 201).

Na situação em tela, forçoso afirmar que Eroni do Carmo Vieira tivesse obrigação legal para com a víti-

ma, pois conforme prescreve o artigo 13, § 2º, do Código Penal:

“A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

“a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

“b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

“c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”.

Colhe-se das declarações de M. A. S., mãe da vítima:

“Que na noite dos fatos sua filha insistiu muito para ir até o ‘bailão do Kiko’, sendo que não queria permitir sua ida, porque a mesma era ‘de menor’. Que J. não era uma filha obediente; que Eroni chegou ao local e J. simplesmente despediu-se da declarante dizendo algo como ‘Tô indo’, tendo Eroni dito ‘se ela quer ir ela vai e volta comigo’.

“(…)”.

“Que mesmo que não fosse com Eroni acredita que a vítima sairia para o baile com suas amigas, mas a declarante iria atrás” (fls. 80).

Eroni, em momento algum, assumiu a posição de garante. Serviu de companhia para J., haja vista o fato de que esta iria ao baile independentemente do fato de a tia acompanhá-la ou não, pois, quando a tia chegou em casa, a menor já “estava indo”.

Na verdade, estamos diante de situação que vem se tornando frequente nos dias atuais: a debilidade de comando dos pais e a conseqüente perda de controle sobre a conduta dos filhos.

É a mãe da vítima que confirma que ela não era obediente e, provavelmente, iria ao bailão independentemente da sua aquiescência. Desse modo, à tia não pode ser imputada responsabilidade que, por lei, incumbia à mãe da ofendida e que ela parecia não conseguir desempenhar com êxito. Se o argumento para que J. não fosse ao baile era o de ser menor, como a mãe afirmara em Juízo, não foi o fato de a tia também ir ao referido local que supriu a insuficiência etária.

Embora moralmente reprovável a atitude de Eroni, eis que bêbada e na companhia da sobrinha menor, mostrou não ter compostura, relacionando-se sexualmente, por três vezes, na mesma noite, com dois homens distintos e de caráter duvidosos, essa conduta não encontra tipificação legal punível criminalmente, razão pela qual deve ser mantido o decisum absolutório.

De qualquer sorte, como bem salientado no parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 176:

"(...) Eroni foi denunciada pelo cometimento da infração contida no art. 213, c/c o art. 223, parágrafo único, c/c o art. 13, § 2º, a, c/c o art. 29, todos do Código Penal.

"O art. 13, § 2º, do estatuto supracitado, assim dispõe:

"A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

'a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

'b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

'c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado'.

"Pois bem, a alínea a, pela qual a apelada foi denunciada refere-se à relevância da omissão de quem por lei tenha a obrigação de cuidado, proteção e vigilância. In casu, a acusada não era a guardiã legal da menor, não podendo tal dispositivo aplicar-se ao caso em tela, tendo andado bem o Juiz sentenciante ao absolver a acusada da imputação que lhe foi feita.

"Entretanto, o representante do Parquet a quo no seu recurso de apelação insurge-se contra esta decisão, pleiteando a reforma da decisão para que a ré seja condenada nas penas do art. 213, c/c o art. 223, parágrafo único, c/c o art. 13, § 2º, alínea c, c/c o art. 29, todos do Código Penal.

"Como é sabido e consabido, impossível pleitear-se agora, em grau de recurso, uma nova capitulação para o fato. A ré foi processada e julgada nos termos da exordial acusatória, apresentou defesa, restando assim absolvida. Inaceitável que neste momento processual o representante ministerial pretenda a condenação partindo de uma nova capitulação para o delito, sem atender ao contraditório e violando o princípio da ampla defesa, de sorte que não pode ser acolhida a sua pretensão".

Finalmente, a lição sempre oportuna de Rui Barbosa: "Em outros tempos as leis criminais assentavam na presunção de criminalidade, cujo corolário processual era a tortura engenhosamente uniforme e atroz. Todo réu se supunha culpado. Daí um sistema de investigação judicial, empenhado todo ele em extorquir pela crueldade

de a confissão. O direito moderno, ao contrário, estriba na presunção de inocência. É a nossa presunção constitucional. A Constituição partiu desse pressuposto, cuja conseqüência era assegurar-se a defesa na sua maior amplitude" (Obras Completas, vol. 32, t. 1, pág. 36).

Por estas razões, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva e dele participou, também com

voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serrattine.

Florianópolis, 5 de outubro de 1999.

Genésio Nollí,

Presidente para o acórdão;

Francisco Borges,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.011154-1, DE BLUMENAU

Relator: Des. Souza Varella

Apelação criminal — Crime contra a administração pública — Concussão — Delito caracterizado — Suspensão de direitos políticos — Alegação de nulidade da sentença — Licitude da prova — Inexistência de inquérito policial — Desnecessidade do auto de exame de corpo de delito — Distribuição — Prevenção da Câmara.

Preliminares de nulidade rejeitadas.

Provimento parcial dos recursos defensivos para redução das reprimendas — Desprovimento do recurso ministerial.

Não é nula a sentença que só aprecia matéria argüida e de interesse para o deslinde do feito.

Fita magnética contendo conversação telefônica, desde que gravada pelo interlocutor, constitui meio de prova lícito.

O inquérito policial não é imprescindível ao início da ação penal por denúncia, uma vez que a peça acusatória pode vir sustentada por documentos que caracterizem a autoria do crime (RTJ 76/741).

Sendo formal o delito de concussão, que não deixa vestígios, impossível a lavratura de auto de exame de corpo de delito.

Não é nula a distribuição quando regularmente feita ao Juízo Criminal competente.

A Câmara para a qual foi distribuído pedido de habeas corpus fica preventa para o conhecimento e julgamento da apelação, por força do Ato Regimental n. 22/93.

Pratica crime de concussão o vereador que exige dinheiro para votar, no plenário da Câmara Municipal, pela rejeição ou modificação de relatório de comissão parlamentar de inquérito.

Com a concessão da suspensão condicional da pena resta inaplicável o preceito constitucional determinado pelo artigo 15, III, da Constituição da República (RT 725/636).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.011154-1, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que são apelantes e apelados Deusdith de Souza, Salézio Stahelin e a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, rejeitar as preliminares e, por maioria, dar provimento parcial aos recursos das defesas para reduzir as reprimendas aos mínimos legais, com sursis, e, por unanimidade, negar provimento ao recurso do Ministério Público.

Custas legais.

Perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Blumenau, Salézio Stahelin e Deusdith de Souza, ambos na função de edis na Câmara de Vereadores daquela comuna, restaram denunciados como incurso no artigo 316 do Código Penal (concussão), por mais de três vezes, em continuidade.

Instrução concluída, sobreveio a sentença de fls. 1.010/1.058, em a qual foram condenados Salézio Stahelin em

2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão além de 12 (doze) dias-multa, cada dia fixado em três salários mínimos vigentes à época dos fatos, atualizados desde então, e Deusdith de Souza em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, nos mesmos moldes da fixação do outro, por incurso, ambos, no artigo 316, caput, em combinação com o artigo 29 do Código Penal. Foi-lhes determinado o regime aberto para cumprimento da pena corporal imposta. Não foi aplicado ao vereador Deusdith de Souza — Salézio Stahelin havia renunciado ao cargo eletivo — o estatuído no artigo 92, I, do Código Penal, que dispõe sobre a perda de mandato eletivo em face de não poder a lei material retroagir em detrimento do acusado.

Todos intimados, recorreram o Dr. Promotor de Justiça e os advogados dos dois condenados.

O representante do Ministério Público recorreu porque entende que, no caso, não se trata de perda de função pública, mas, sim, de suspensão dos direitos políticos, conforme dispõe

o artigo 15, III, da Carta Magna. Por isso a razão de seu inconformismo.

A defesa ofertada por Deusdith de Souza, em suas razões recursais, busca, como primeira preliminar, a nulidade da sentença eis que esta não conheceu pontos essenciais da defesa, qual seja: em suas alegações finais a acusação denunciou Carlos Wacholz por corrupção, mas tentou esconder nestes autos que tinha Wacholz como corruptor; Deusdith de Souza jamais declarou ou confessou que teria exigido vantagem indevida de Carlos Wacholz; e os testemunhos favoráveis à defesa e por ela argüidos não foram conhecidos pela sentença. Em segunda preliminar entende ser nula a sentença porque esta tomou por base uma gravação clandestina de conversa telefônica feita em fita magnética por Carlos Wacholz. Como terceira preliminar aduz nula a sentença eis que esta afirmou que no concernente à materialidade, tratando-se de crime que não deixa vestígios, dispensável o exame de corpo de delito nos termos do artigo 158 do Código de Processo Penal, porém existe o corpo de delito e, ante sua existência, impunha-se a realização de perícia. Busca, assim, a realização de nova perícia ou complemento da perícia de fonética e de engenharia de som. Em quarta preliminar alega a ocorrência de perícia emprestada, incompleta e limitada e violação à ampla defesa pedindo a anulação da sentença, para outra ser proferida após realização de nova perícia em complementação à anterior. Na quinta e última preliminar aventa nula a sentença por fundada em provas fraudadas, uma delas, a cópia da fita magnética entregue ao Ministério Público e, outra delas, a outra cópia da fita levada

ao processo ético-parlamentar, que serviu de base à perícia emprestada presente nestes autos.

Meritoriamente busca a absolvição do apelante, posto que: I — não exigiu pecúnia; II — não agiu em razão de função; III — não era daquelas pessoas que pudesse infundir meta publicae potestatis em Carlos Wacholz; e, IV — estando ausente qualquer relação de causalidade entre a função e o mal cujo receio o apelante pudesse infundir a Wacholz.

Já o defensor de Salézio Stahelin acena com duas preliminares: inexistência de prevenção por parte desta Primeira Câmara Criminal eis que no habeas corpus anteriormente impetrado foi requerida a desistência; e, incompetência do Juízo, com nulidade do processo, por inexistência de prévia distribuição da denúncia. No mérito persegue a absolvição pois, segundo seu entender, "ora o Magistrado reúne retalhos de peças das mais diversas partes dos autos, sem apontar com precisão onde vê a circunstância incriminadora; ora isola fatos pinçados de um determinado contexto, sem que se possa vislumbrar o ponto em que existe algum ilícito; ora sofisma sobre conclusões a que empresta faros de convicção; ora desvaloriza provas da defesa, sem esclarecer os motivos da infirmação."

Todos os recursos foram devidamente contra-arrazoados sendo que nesta Instância a Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Luiz Fernando Sirydakís, manifesta-se pelo conhecimento dos recursos para, afastadas as preliminares, negar provimento aos recursos de Deusdith de Souza e Salézio Stahelin e dar provimento ao

da acusação tão-só para determinar a suspensão dos direitos políticos dos apenados nos estritos termos do disposto pelo artigo 15, III, da Constituição Federal.

É o relatório.

Os recursos não merecem provimento integral.

Inicialmente há que se examinar as preliminares de nulidade do decisor, argüidas pelos réus apelantes. Necessário que o respectivo exame ocorra separadamente.

Quanto aos protestos de nulidade de sentença formulados pelo apelante Deusdith de Souza, devem ser rejeitados.

O primeiro deles, no sentido de que a decisão atacada omitiu-se quanto à alegação de que a vítima Carlos Wacholz estaria sendo processada por crime de corrupção e, via de consequência, tornaria o delito sub examine impossível, dada a obviedade da impropriedade da alegação, anota apenas que a denúncia, cuja cópia se encontra a fls. 954 a 956, refere-se a fato que teria ocorrido com o Vereador Caleb Zaniz, sem qualquer ligação, portanto, com o ilícito atribuído aos réus apelantes.

O segundo, que se insurge quanto ao modo como foi obtida a prova lastreadora da denúncia — gravação, em fita magnética, de conversação telefônica — registra-se que a ilicitude da prova só existiria se se tratasse de interceptação efetuada por terceiros, consoante reiterado entendimento jurisprudencial. Na hipótese, não ocorreu interceptação, mas sim gravação dos diálogos levada a efeito por um dos interlocutores. Legítimo, pois, tal meio de prova por não ferir a

garantia constitucional (art. 5º, XII, da Constituição da República).

O terceiro, referente a vestígios que estariam a exigir exame de corpo de delito conforme o estabelecido pelo artigo 158 do Código de Processo, é cediço que o crime de concussão, cujo núcleo é exigir vantagem indevida, é delito formal, consumando-se com a exigência da vantagem, circunstância que não deixa vestígios. Apenas ad argumentandum, a gravação magnética é prova não vestígio. Tãmanha a evidência da matéria que se tornam desnecessárias maiores despesas em considerações.

Por derradeiro, as alegações de “omissões e desvios da perícia” (fls. 1.103) e de que a decisão fundou-se em provas fraudadas (fls. 1.106), referem-se ao mérito da ação penal.

Rejeitadas pois as preliminares de nulidade invocadas pelo apelante Deusdith de Souza.

À exceção das argüições de nulidade do decisor, as demais foram exaustivamente apreciadas pelo Dr. Juiz de Direito sentenciante que as rejeitou jurídica e fundamentadamente.

No tocante ao recorrente Salézio Stahelin, invoca ausência de distribuição no Juízo de origem para o recebimento da denúncia, e de inexistência de prevenção desta Câmara para conhecimento e julgamento da apelação, alegando lesão ao princípio constitucional do promotor natural. Pouco ou quase nada se tem a dizer a respeito. Os documentos de fls. 699 e 700, firmados pela Senhora Distribuidora, dão conta de que ocorreu a distribuição para a 1ª Vara Criminal da comarca de Blumenau, cujo Magistrado recebeu a denúncia e processou nor-

malmente o feito. Ademais, o inquérito policial não é imprescindível ao início da ação penal (STF — RTJ 76/741).

Sobre a prevenção desta Câmara basta a leitura do documento de fls. 751/752 para se ver que, na forma do Ato Regimental n. 22/93, deste egrégio Tribunal de Justiça, restou firmada.

Inadmissíveis, pois, as prefaciais argüidas por Salézio Stahelin.

No mérito, o ilustre e ilustrado Magistrado sentenciante Dr. Luiz Carlos Cercato Padilha, com a acuidade e brilhantismo que lhe são peculiares, bem apreciou a espécie para concluir por condenar os réus apelantes como responsáveis pela ação delitiva que lhes foi imputada.

Com efeito, vê-se que Deusdith de Souza e Salézio Stahelin, com assento à Câmara Municipal de Blumenau, aproveitando-se das atividades de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada para apuração de possíveis irregularidades na administração do Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto de Blumenau — Samae — órgão presidido por Carlos Wacholz, tiveram a intenção de reduzi-lo homo alieno jure subjectus, para obtenção de vantagem indevida.

Assim é que, no dia 13 de dezembro de 1994, o apelante Deusdith de Souza convidou Carlos Wacholz para um almoço no Restaurante Ataliba, ocasião em que solicitou, para si, a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e mais R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o edil Salézio Stahelin, em troca da exclusão da responsabilidade do segundo na conclusão do relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito cuja apreciação e votação pelo Plená-

rio da Casa ocorreria a 21 daquele mês.

Combinando que detalhes da infame transação seriam acertados posteriormente, inconformado Carlos Wacholz levou os fatos ao conhecimento do Ministério Público local, bem como ao Senhor Prefeito Municipal.

Passou, então, a gravar em fitas magnéticas os contatos telefônicos mantidos com Deusdith de Souza e Salézio Stahelin.

Por força das várias providências protelatórias e acuteladoras, não lograram os réus apelantes o recebimento dos valores pretendidos. Todavia, consumado o delito de concussão, em que pese a negativa de autoria.

A prova, bem esmiuçada pelo digno Sentenciante, conduz à certeza da culpabilidade.

Deusdith de Souza, interrogado, não nega que entabulou conversação com Carlos Wacholz, justificando que a intenção seria a de fazer comprovação de corrupção ativa por parte deste (fls. 710/713). Ademais, são significativas suas declarações prestadas ao doutor Promotor de Justiça (fls. 411/46), bem como o reconhecimento de sua própria voz nas gravações telefônicas, confirmando tais contatos.

Salézio Stahelin, por sua vez (fls. 735/737), também admite a existência da negociação, dando conotação de corrupção ativa partida de Carlos Wacholz.

Há significativa discrepância nos interrogatórios.

Deusdith de Souza afirma a fls. 714 que "Salézio Stahelin disse ao interrogando que Carlos Wacholz pretendia manter um contato com o inter-

rogando...". Salézio Stahelin, a fls. 736, informa que "estavam discutindo a sistemática das emendas ao orçamento municipal, houve (sic) uma ligação telefônica feita por Carlos Wacholz a Deusdith e, após o término do contato, Deusdith, mostrando-se indignado, disse ter Carlos Wacholz o convidado para se encontrarem e discutirem a respeito do relatório da CPI". Ora, as afirmações não têm convergência, o que leva à certeza de que, realmente, Carlos Wacholz foi contactado para o almoço do dia 13 de dezembro de 1994, no Restaurante Ataliba.

Ainda, fosse Carlos Wacholz autor de tentativa de suborno dos réus apelantes, que razões o levariam a procurar o Dr. Promotor de Justiça para denunciar os fatos? Ao contrário, procuraria escondê-los. Também não é crível que o subornante diga ao subornado que não possui numerário para efetuar o pagamento do valor respectivo: "que quarenta mil não se levanta de uma hora para outra" (fls. 736v.), pedindo redução do quantum (fls. 524). Há, também, as conversas transcritas a fls. 519, 521, 525, 527, 528, 529, 531 e 535, nas quais se vê que ocorreu a exigência do numerário, bem como a manifestação da dificuldade em obtê-lo. É bem verdade que do colóquio transcrito a fls. 543 e 544 se pode presumir atividade incorreta por parte de Carlos Wacholz em razão de referências à compra de votos de vereadores. No entanto, tudo leva a crer que decorrente do conjunto das negociações.

A prova testemunhal colhida (fls. 784/790) dá conta das ocorrências em torno da formação da Comissão Parlamentar de Inquérito para apuração de possíveis impropriedades na

administração do órgão presidido por Carlos Wacholz e das atividades dos parlamentares em torno do assunto, não descartando a prática delitiva. Santo Silveira e Reinaldo Adolf (fls. 784v. e 787) confirmam as assertivas do ex-Presidente do Samae.

As demais testemunhas também não discrepam a respeito dos acontecimentos, ora desconhecendo os detalhes dos fatos, ora mencionando pressões sobre a comissão parlamentar e suas conclusões. O Senhor Prefeito Municipal (fls. 881), confirma ter sido procurado por Carlos Wacholz para ouvir a gravação. Hercílio Blasius (fls. 863) dá ciência de que fora contratado para filmar um encontro entre as partes que acabou por não ocorrer, a não ser o almoço no mencionado restaurante, e a filmagem de algumas cenas em escritório de advocacia. Nada acrescenta, pois, para o deslinde da questão.

Minudentemente a decisão objugada apreciou a prova, sendo desprovida de fundamento a alegação de que se estribou em prova fraudada. Nada há a macular a transcrição da fita magnética, aliás reconhecida como verdadeira pelos interessados e as restrições a ela opostas não elidem o seu valor probante. A pericial e a oral, aliadas e bem examinadas em Primeiro Grau, forjam o decreto condenatório. Reproduzi-las seria incidir no repetitório e os fatos, acima analisados, têm nítidos contornos de crime de concussão que consiste em exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida (artigo 316 do Código Penal).

É delito formal que se consuma com a exigência da vantagem, independentemente do resultado. Basta a exigência. E foi o que ocorreu. Os réus apelantes, valendo-se de sua condição de Vereadores e membros da Comissão Parlamentar, exigiram do investigado valor em dinheiro para excluí-lo da responsabilidade por atos administrativos tidos como irregulares ou, ao menos, para amenizar a sua situação. E isto restou comprovado.

A sentença, então, por seus próprios e jurídicos fundamentos, merece reparos na conclusão condenatória, cuja fundamentação é parte integrante desta decisão.

Comprovada a condição funcional dos réus apelantes e comprovada a exigência de vantagem indevida, está caracterizado o delito.

Também não se pretenda o reconhecimento da existência da hipótese de crime impossível em razão da denúncia cuja cópia se encontra a fls. 954 a 956. É que, como frisado na análise das preliminares, os fatos são diferentes. É bem verdade que são impossíveis, pelas mesmas ações, os crimes de corrupção ativa praticados pelo particular e o de concussão cometido pela autoridade pública. Mas, in casu, as denúncias referem-se a ações diversas, eis que na denúncia formulada contra Carlos Wacholz a outra parte envolvida é o Vereador Caleb Zeniz e não os réus apelantes.

Também no que concerne à condição de funcionário público de quem exerce mandato eletivo, não há uma só dúvida (STF — RHC — Relator Ministro Francisco Rezek — RT 605/399).

“A concussão é delito eminentemente formal: consuma-se com o simples fato da exigência da indébita vantagem” (RT 483/287) e “sendo o crime de concussão eminentemente formal, não se enquadra nas chamadas infrações que deixam vestígios. Daí a irrelevância da falta de corpo de delito” (RT 450/350), tendo como objetividade jurídica a moralidade pública.

Todavia, um pequeno reparo há que ser feito na dosimetria da reprimenda aplicada. Sendo reconhecidas circunstâncias descritas no artigo 59 do Código Penal, deve a base ser fixada no mínimo legal. Em que pese, como reconhece a sentença, a repercussão social do fato, com mácula ao Poder Legislativo, é de considerar-se que qualquer ato de improbidade praticado no exercício da função pública macula-a fazendo, pois, parte integrante do tipo.

Por isso, a Câmara, por maioria de votos, dá provimento parcial aos recursos dos réus para reduzir a pena a 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, para cada um dos apenados, vencido, nesse particular, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Gallotti, que mantinha as sanções aplicadas na sentença.

Preenchidos os requisitos do artigo 77 do Código Penal, é-lhes concedida a suspensão condicional da pena pelo prazo de 2 (dois) anos, mediante condições a ser estabelecidas pelo Juiz, na forma do artigo 159, § 2º, da Lei n. 7.210/84.

Assim, e porque mantida a condenação, apenas com menor intensidade, aprecia-se o recurso ministerial.

Objetiva o ilustre recorrente a suspensão dos direitos políticos dos condenados, na forma do artigo 15, III, da Constituição da República, haja vista que inaplicável o disposto no artigo 92, I, do Código Penal, ante a irretroatividade pois o delito foi praticado anteriormente à Lei n. 9.268/96.

Aos apenados foi concedida a suspensão condicional da pena, pelo prazo de dois anos.

Entende-se que tal circunstância impede a decretação da suspensão dos direitos políticos porque restabelece o direito de ir e vir do apenado, em nada obstando o pleno exercício de mandato eletivo.

Apesar de abalizadas opiniões em contrário, além daquela mencionada a fls. 1.067, está também a de Wolgran Junqueira Ferreira, in Comentários à Constituição de 1988, vol. 1º, página 347, a Câmara, unanimemente, toma vênias para divergir.

Hugo Auler, na obra Suspensão Condicional da Execução da Pena, citando Hungria, assim se expressa: "Coube a Nélson Hungria o privilégio de firmar nova doutrina acerca da natureza jurídica da suspensão condicional da pena, quando afirmou com rara precisão técnico-jurídica, ao tratar da extinção da punibilidade, que são causas extintivas condicionadas à suspensão condicional da pena e o livramento condicional. Assim, em face desta moderna teoria sobre o questionado problema de política criminal, a suspensão condicional da pena é uma causa sub conditione de extinção da punibilidade" (obra citada — página 129 — Edição Revista Forense — 1957).

Nesse diapasão assim já se decidiu: "O detentor de mandato eletivo

municipal condenado em processo crime com pena de reclusão transitada em julgado, com deferimento de sursis não lhe alcançam os efeitos determinados pelo inciso III do artigo 15 da Carta Magna Nacional. Assim, a suspensão condicional da pena imposta, transforma as restrições à liberdade em prestações de simplórias obrigações, em nada impedindo ou prejudicando o livre e desembaraçado exercício do direito de ir e vir, como também os direitos políticos. Com a decretação da suspensão condicional da pena de reclusão imposta fica restabelecido o direito de ir e vir do condenado e, por via de consequência, nada obsta o pleno exercício do mandato eletivo, sendo inaplicável, assim, o preceito constitucional determinado pelo inciso III do artigo 15 da Constituição Federal" (RT 725/636).

No mesmo sentido entendeu a Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo (RT 280/396).

Destarte, ao argumento de que o deferimento do sursis corresponde a uma extinção da punibilidade sob condição, com a consequente devolução ao apenado do exercício de suas atividades, nega-se provimento, unanimemente, ao recurso Ministerial.

Ante o exposto a Câmara, por unanimidade, rejeita as preliminares argüidas pelas defesas e por maioria de votos dá provimento parcial aos recursos das defesas para fixar as penas nos mínimos legais, com sursis mediante condições a ser estabelecidas pelo Juízo a quo, vencido em parte o Exmo. Sr. Des. Paulo Gallotti que mantinha integralmente a sentença e, por unanimidade, nega provimento ao recurso do Ministério Público.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Paulo Gallotti, e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 16 de junho de 1998.

Genésio Nolli,
Presidente com voto;
Souza Varella,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Paulo Gallotti:

Divergi da maioria no tocante às penas aplicadas aos acusados, por entender que elas foram corretamente estipuladas na sentença, mantendo-as, por isso, pelas razões ali expostas.

Paulo Gallotti

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.005488-5, DE SÃO JOAQUIM

Relator: Des. Souza Varella

Apelação criminal — Júri — Homicídio qualificado — Decisão que encontra amparo na prova — Recurso desprovido.

O Conselho de Sentença, ao negar tenha o acusado praticado o delito em razão de comportamento imprudente e ao reconhecer a qualificadora da dissimulação, fazendo-o com amplo respaldo na prova oral coletada, não decide de forma manifestamente contrária ao que consta dos autos.

“Dissimulação é a ocultação da intenção hostil, para acometer a vítima de surpresa. O criminoso age com falsas mostras de amizade, ou de tal modo que a vítima, iludida, não tem motivo para desconfiar do ataque e é apanhada desatenta e indefesa” (Hungria — Comentário ao Código Penal).

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Criminal, n. 98.005488-5, da comarca de São Joaquim (2ª Vara) em que é apelante Cláudio Santos Borges, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas de lei.

Perante o Juízo de Direito da 2ª Vara da comarca de São Joaquim, Cláudio Santos Borges foi denunciado porque, segundo o relatado na denúncia, verbis:

“No dia 25 de agosto de 1993, por volta das 17h15min, em seu quarto, no interior de sua residência, na Rua Inácio Palma, 140, São Joaquim, SC, o denunciado Cláudio Santos Bor-

ges, irado com o rompimento do namoro por parte da vítima Kelly Cristina Pereira, dissimulou a sua real intenção em eliminá-la. Assim é que a atraiu até o local acima referido e, servindo-se do revólver, calibre 32, marca Rossi, n. C238645, devidamente carregado, com seis cápsulas, efetuou um disparo, produzindo, em sua ex-namorada, o ferimento perfurocontuso, recente, com 0,5cm de diâmetro aproximadamente, de borda regular, voltada para dentro, situado na região temporal direita, com trajetória do projétil horizontalizado, com alojamento na massa encefálica e região esfenoidal, ferimento esse que, por sua natureza e sede, foi suficiente a causar a morte da vítima Kelly, conforme descrições constantes do auto de exame cadavérico de fls. 8 e do laudo pericial de fls. 46.

“Em seguida a esse fato, o denunciado Cláudio, satisfeito com a realização de seu desígnio, usou o revólver acima descrito e efetuou um disparo em seu pavilhão auricular direito, produzindo o ferimento descrito no auto de exame de corpo de delito de fls. 11 que, por sua natureza e sede, causou as lesões ali descritas.

“Segundo se verifica do exame atento das principais peças do caderno investigatório, dias antes a vítima Kelly havia rompido o namoro com o denunciado Cláudio. Como este não admitia tal perda, passou a nutrir um grande ódio pela sua ex-namorada, culminando pela sua manifesta intenção em eliminá-la.

“Assim é que no dia dos fatos, já previamente armado, tendo guardado o revólver em seu quarto, telefonou para a vítima, de forma dissimulada, convidando-a para que fosse até sua ca-

sa, pois gostaria que conversassem e, também, porque pretendia devolver-lhe alguns presentes dados na época em que namoravam.

“A vítima Kelly, então, dirigiu-se até a residência do denunciado Cláudio, indo diretamente ao seu quarto, local combinado, e, quando lá chegou, o denunciado Cláudio, não permitindo que a vítima esboçasse qualquer ato de defesa, pois não tinha motivos para desconfiar de sua conduta, em um gesto repentino, serviu-se do revólver para disparar um tiro em Kelly, produzindo-lhe a lesão acima descrita que ocasionou sua morte”.

Em razão desses fatos, restou denunciado como incurso no art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal.

Em face de a Câmara ter anulado a primeira provisional por esta ter acatado as qualificadoras sem fundamentá-las, nova foi proferida em a qual restou Cláudio Santos Borges pronunciado nos termos em que denunciado.

Inconformada com essa decisão, a defesa interpôs recurso em sentido estrito, objetivando a desclassificação de homicídio doloso para culposo ou o afastamento das qualificadoras.

Contra-razões ofertadas dizendo do acerto da decisão, os autos subiram até esta instância onde a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer ofertado pelo Dr. Maurílio Moreira Leite, manifestou-se pelo provimento parcial do apelo para ser excluída da pronúncia a qualificadora do motivo fútil.

A Câmara, por maioria de votos, proveu em parte o recurso para excluir da provisional a qualificadora do moti-

vo fútil, vencido o Des. Genésio Nolli que a mantinha.

Contra essa decisão foi interposto recurso especial que o Excelentíssimo Senhor Desembargador Vice-Presidente negou seguimento.

Submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença, por maioria de votos (6 x 1), reconheceu a autoria e a materialidade do ilícito e, por unanimidade, a letalidade; a tese defensiva de homicídio culposo, por maioria (5 x 2), não foi acatada; e, por derradeiro, os jurados, por maioria (5 x 2), reconheceram a qualificadora da dissimulação, não reconhecendo, também por maioria (6 x 1), a existência de circunstâncias atenuantes, restando então apenado em 12 (doze) anos de reclusão por incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal.

Publicada a sentença em plenário, a defesa interpôs apelação escorada no artigo 593, inciso III, letras a e d, do Código de Processo Penal.

Em suas razões argumenta ter sido o reconhecimento da qualificadora da dissimulação, pelos jurados, contrária à prova dos autos pois, no seu entendimento, trata-se de uma versão inverossímil, e tal decisão não está apoiada nos elementos probatórios.

Relativamente ao fato principal, entende também ter a decisão sido absurdamente contrária à prova existente, haja vista que a versão do acusado é a de que o tiro que atingiu a vítima foi acidental, no momento em que esta tentou evitar o suicídio do apelante.

Contra-arrazoado o recurso pelo Dr. Promotor de Justiça, que pediu seu improvemento, bem como também

assim o fez o assistente de acusação, vindo os autos a esta Instância.

Aqui, a Procuradoria-Geral de Justiça, fazendo suas as contra-razões ministeriais, manifesta-se pela confirmação do decism.

É o relatório.

Objetiva a defesa, como consta no relatório, a anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri. Vê-se, pela ata de fls. 599, que o inconformismo se baseia no art. 593, III, letras a e d, do Código de Processo Penal. Todavia, as razões apresentadas não indicam uma só nulidade posterior à pronúncia, fundamentando-se, exclusivamente, em ter sido o veredito contrário à prova, quer no que se refere ao não reconhecimento de culpa, na modalidade imprudente, quer quanto ao da qualificadora. Assim, e porque não se vislumbra eiva no processo, não há como analisar o apelo formulado com fundamento na letra a do inciso III do art. 593 da Lei Processual.

No tocante ao segundo embasamento da apelação, apenas resta verificar se a decisão do Júri encontra apoio na prova, ou se manifestamente a contraria.

Conforme se deduz do processado, no dia e hora narrados na denúncia, a jovem Kelly Cristina Pereira foi até a residência — que costumava frequentar — de seu namorado, ora apelante. No interior do quarto deste, sem que tenha ocorrido qualquer discussão, foi fatalmente atingida por um tiro de revólver desferido pelo apelante que, a seguir, voltou a arma contra a própria cabeça e, acionando o gatilho, resultou gravemente ferido.

Diante de tal quadro pretende-se que os fatos ocorreram em razão

do inconformismo do réu pelo término de um namoro com a vítima e, ao tentar dar cabo à própria vida, teria sido agarrado por ela, disparando o primeiro dos tiros — aquele que atingiu a jovem — de forma não intencional, haja vista que o escopo seria o suicídio. Para tanto, argumenta com brilhantismo sobre a posição de ambos quando socorridos e ferimento letal existente na tēpora direita de Kelly Cristina. Inclui o quadro depressivo apresentado pelo apelante, justificando a alegação de acidente a autorizar o reconhecimento de homicídio culposo, na forma da imprudência.

No entanto, o Tribunal do Júri da Comarca, com fundamento na prova coligida, assim não entendeu, por maioria de 5 (cinco) votos.

Ora, é cediço que ao Tribunal Popular é dada a faculdade de acolher, como consequência de sua soberania, qualquer das versões contidas nos autos, desde que verossímil. E a ocorrência de homicídio doloso, qualificado pela dissimulação, está presente no processo e não pode ser considerada inverossímil.

Colhe-se do feito que acusado e vítima, com comportamento próprio de suas idades, mantiveram, desde alguns poucos anos, um namoro que, por força da conduta muito provavelmente ciumenta e opressora do primeiro, fora desfeito. Inconformado, sob o pretexto de devolver presentes, atraiu a segunda ao seu quarto de dormir, disparando o tiro causador da morte, procurando em seguida, suicidar-se.

Senão, vejamos:

“Que Cláudio e Kelly namoravam quase dois anos; que brigavam muito; que Cláudio era muito ciumen-

to, pois não deixava Kelly andar com as amigas e nenhum amigo poderia chegar perto dela; (...) que no dia dos fatos, na parte da tarde, Kelly fez contato com a declarante, por telefone, dizendo que Cláudio a havia convidado para ir a sua casa; que Kelly consultou se deveria ir a casa de Cláudio” (Anandria Souza Pereira — fls. 149 verso).

Ainda:

“Que Cláudio era regulão e colante; que traduz a observação de Cláudio quanto a maneira de se vestir, com quem andar, controlador dos horários de Kelly; (...) que durante o período de namoro houve rompimentos que, segundo Kelly, eram em razão de ciúme excessivo; (...) que por volta das 14 horas Kelly comentou este fato com o declarante, dizendo que Cláudio havia-lhe convidado para ir a tarde em sua casa, para lhe entregar os pertences” (Paulo Donizete Matias — fls. 152/152 verso).

E mais:

“Que Kelly esteve na casa da declarante dizendo que Cláudio havia telefonado, pedindo para que fosse até sua casa para entregar os presentes e conversarem” (fls. 153 — Eliane Tavares).

Acrescente-se, também, que a vítima costumava frequentar a casa do acusado, não sendo, pois, estranho o convite formulado por telefone. Leia-se: “Que a vítima costumava frequentar a casa do acusado; que a vítima tinha toda liberdade na casa; que as vezes eles ficavam conversando no quarto” (Rosecléia Tizoco — fls. 150).

Sobre a inexistência de discussão ou anormalidade no interior da casa no momento dos fatos, estão os de-

poimentos das domésticas Rosicléia e Cristiane Tizoco (fls. 150 — 151).

Ora, com base em prova dessa natureza, verossímil e convincente, o Conselho de Sentença entendeu, por maioria de 5 (cinco) votos, que o apelante praticou delito de homicídio, qualificado pela dissimulação, afastando a tese de disparo acidental, tão veementemente alegada pela defesa.

Foi acatada, então, a versão de que Cláudio, dissimuladamente, atraiu Kelly ao interior de sua residência, para matá-la e a seguir suicidar-se.

Destarte, as alegações contidas no apelo a respeito de posicionamento do corpo e natureza do ferimento, bem como da accidentalidade do disparo que vitimou Kelly Cristina, restaram desprovidas porque acolhida a versão de que, inconformado com o término do namoro, arquitetou a ida da vítima à residência, para eliminá-la e a si próprio.

A respeito da qualificadora anota-se que “Dissimulação é a ocultação da intenção hostil, para acometer a vítima de surpresa. O criminoso age com falsas mostras de amizade, ou de tal modo que a vítima, iludida, não tem motivo para desconfiar do ataque e é apanhada desatenta e indefesa” (Co-

mentários ao Código Penal — Hungria — n. V — pág. 169).

Portanto, a decisão dos senhores jurados não foi contrária — e muito menos manifestamente — à prova dos autos.

Considerando que “É pacífico que o advérbio manifestamente dá bem a idéia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão é arbitrária, porque se dissocia integralmente da prova dos autos. E não contraria esta a decisão que, com superdêneo nos elementos de convicção deles constante, opte por uma das versões apresentadas” (Damásio de Jesus, CPP — pág. 384), é que a Câmara, unanimemente, nega provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nollí, e lavrou parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 3 de novembro de 1998.

Amaral e Silva,
Presidente com voto;
Souza Varella,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.011123-7, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Tóxico. Uso próprio. Agentes surpreendidos por policiais, após o consumo de cigarros de maconha. Conduta atípica, uma vez que o que a lei pune é a posse do tóxico, ainda que para uso próprio. Absolvição decretada. Inteligência do art. 16 da Lei n. 6.368/76.

Não configura o crime previsto no art. 16 da Lei de Tóxicos o fato de ser o réu surpreendido após o consumo de cigarros de maco-

nha, porquanto não se enquadra em nenhuma das hipóteses da Lei o ato de ter fumado maconha, constituindo-se em fato atípico.

Tráfico de entorpecentes. Utilização de local para consumo de entorpecentes. Consentimento do proprietário para uso de sua moradia. Conduta que se insere no tipo do art. 12, § 2º, inciso II, da Lei n. 6.368/76. Condenação mantida.

Permitindo o réu que sua residência sirva de local para “rodas de fumo”, consuma-se o crime previsto no artigo 12, § 2º, inciso II, da Lei de Tóxicos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.011123-7, da comarca de Chapecó, em que são apelantes Luiz Antonio Wormesbecker e Valmor Francisco Vieira, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso interposto por Valmor Francisco Vieira para absolvê-lo, com fulcro no artigo 386, inciso VI, do CPP, decisão que se estende aos demais réus não apelantes, nos termos do artigo 580 do CPP, e nega-se provimento àquele interposto por Luiz Antonio Wormesbecker.

Custas legais.

Na comarca de Chapecó, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Luiz Antonio Wormesbecker, vulgo “Bibi”, por infração ao artigo 12, § 1º, incisos II e III, da Lei n. 6.368/76, e Josemar Arruda, Derli Rodrigues, vulgo “Tião”, Claudiomar Silva Ferreira, vulgo “Pulga” e Valmor Francisco Vieira, por infração ao artigo 16 do mesmo Diploma Legal.

Narra a denúncia que policiais civis, informados de que na casa do primeiro denunciado comercializa-

vam-se substâncias entorpecentes, para lá se dirigiram e lograram encontrar todos os denunciados consumindo maconha. Apreenderam no local um torrão da mesma droga, com aproximadamente 10 (dez) gramas que fora arremessado no vaso sanitário quando o grupo percebeu a presença da polícia. Consta que o material consumido era fornecido por Luiz Antonio, conhecido traficante que se utilizava de sua residência para patrocinar encontros de viciados, fazendo dela um ponto de venda e distribuição de entorpecentes.

Luiz Antonio Wormesbecker teve sua prisão preventiva decretada. Instruído o processo, restaram todos condenados. Luiz Antonio à pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 53 (cinquenta e três) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo; Josemar, Derli e Valmor, à pena de 6 (seis) meses de detenção, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, substituída por pena restritiva de direito, consistente em prestação de serviços na Prefeitura Municipal; Claudiomar foi condenado à pena de 11 (onze) meses de detenção, e ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa.

Intimidados pessoalmente, com a decisão adversa, apenas Luiz Antonio Wormesbecker e Valmor Francisco Vieira não se conformaram. A defesa apresentou as razões do inconformismo. Objetivam, resumidamente, o primeiro, a absolvição por insuficiência de provas e, alternativamente, a desclassificação do delito para o previsto no art. 16 da Lei de Tóxicos; o segundo requer a absolvição ao argumento de que inexistem provas da autoria do delito em que restou condenado.

Com as contra-razões, subiram os autos e, nesta Instância, a d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e não provimento dos recursos.

É o relatório.

O apelo interposto por Valmor Francisco Vieira merece provimento, o que é extensivo aos co-réus não apelantes, na forma do artigo 580 do CPP.

Com efeito, da prova coletada não se pode concluir por um decreto condenatório em relação ao apelante, em que pesem os argumentos desenvolvidos pelo d. Sentenciante. Desde a fase policial, os elementos probatórios indicam que os envolvidos, no momento da abordagem policial, já haviam consumido maconha. Tal situação, por si só, não configura o delito do artigo 16 da Lei n. 6.368/76, inexistindo, nesse sentido, crime a punir. Segundo a jurisprudência, de que se destaca a constante na RT n. 655/276, "A lei não pune o agente por haver feito uso de entorpecente em momento anterior à sua prisão, mas sim pela posse de tóxicos, ainda que para uso próprio. Por isso, se alguém de alguma forma usa determinada droga mas, quando surpreendido, não a conduz consigo,

não a guarda ou conserva, pratica ato atípico".

Anota-se, por outro lado, que os policiais que procederam à revista não encontraram com os acusados qualquer substância tóxica. É bem verdade que na residência, especificamente no banheiro, foi localizada pequena porção de maconha que, segundo consta, teria sido arremessada pelo adolescente E. dos S. B., que na fase pretérita declarou: "(...) que nesta tarde foi até a casa do elemento conhecido por 'Bibi' fumar um 'breu' (fumar maconha); que alega que na noite passada adquiriu dez gramas de maconha de um elemento que não conhece, defronte a Master Som e alega que nesta data passava pela casa de 'Bibi' quando Valmor o chamou entrando assim na casa de 'Bibi'; (...) que afirma que a droga apreendida na casa de 'Bibi' nesta tarde, por policiais civis desta DP, e que ora lhe é exibida, afirma ser de sua propriedade, a qual havia jogado no vaso do banheiro quando da investida policial (...) — depoimento de fls. 10.

Diante desse contexto probatório, a solução que se apresenta mais justa é a absolvição.

Mas, no que respeita ao crime de tráfico atribuído ao réu Luiz Antonio Wormesbecker, o elenco probatório revelou-se convincente para dar arrimo à condenação. A acusação é a de que o apelante além de fornecer maconha para os demais acusados, utilizava-se e permitia que sua residência servisse de local para o consumo de drogas, tal qual acontecia no dia da abordagem policial.

Em seu interrogatório, admite que "(...) foi usuário de drogas, durante

muitos anos; é costume dos consumidores usarem a droga em grupo e no dia todos haviam consumido droga, porém a que foi encontrada pertencia ao menor E. (...)” — fls. 87.

A informante Lucimar Francisco da Silva, companheira do recorrente, perante a autoridade policial declarou que “(...) nesta data vários (quatro pessoas) amigos do mesmo se encontravam em sua residência, sendo que se encontravam fumando maconha; que afirma que a droga era do tal ‘borracha/borracheiro’, não sabendo onde o mesmo adquiriu a droga; que todos os amigos de ‘Bibi’ que se encontravam na residência nesta data estavam fumando; (...) que quando os amigos de ‘Bibi’ se encontram em sua residência quem possui droga divide com os demais (...)” — fls. 17. E, o cigarro de maconha que foi consumido foi elaborado com o material levado por E. dos S. B. (fls. 10), constatado pela perícia ser cannabis sativa linneu, nuance confirmada pelo réu em seu interrogatório judicial: “(...) que no dia dos fatos, E. foi quem levou a maconha para fumarem naquele dia” — fls. 87.

Desse modo, tem-se devidamente comprovada a acusação de que

a residência do apelante Luiz Antonio era utilizada para o consumo de substâncias entorpecentes, restando consumado o delito previsto no artigo 12, § 2º, inciso II, da Lei n. 6.368/76, pelo que restou acertadamente condenado.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso interposto por Valmor Francisco Vieira para absolvê-lo, com fulcro no artigo 386, inciso VI, do CPP, decisão que se estende aos demais réus não apelantes, nos termos do artigo 580 do CPP, e nega-se provimento àquele interposto por Luiz Antonio Wormesbecker.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 31 de agosto de 1999.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.015152-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Tentativa de roubo qualificado. Agente que, após intimidar a vítima com o uso de uma faca, desiste do assalto e foge. Desistência voluntária reconhecida. Responsabilidade pelos atos já praticados. Delito desclassificado para o de ameaça. Extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, pela pena in abstrato.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.015152-2, da comarca da Capital, em que é apelante Sérgio Murilo dos Santos, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a desistência voluntária, desclassificando o delito para o previsto no artigo 147 do Código Penal, e declarar, em consequência, extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Custas legais.

Na comarca da Capital (3ª Vara), Sérgio Murilo dos Santos foi denunciado pela prática do delito descrito no artigo 157, § 2º, I, c/c o artigo 14, II, do Código Penal, por ter, no dia 23 de julho de 1995, mediante o uso de uma faca (que foi apreendida), tentado subtrair de Claudino Baldissera, vigia de um posto de gasolina, a quantia de cinquenta reais. Este esquivou-se e fugiu, chamando a polícia, sendo o acusado preso logo após.

Encerrada a instrução, Sérgio resultou condenado à pena de três anos, sete meses e dezesseis dias de reclusão, mais dez dias-multa, pelos fatos articulados na exordial.

Inconformado, apelou, objetivando a absolvição, aduzindo que não agiu com dolo específico, e que "fez uma péssima exegese da lei e inteligiu (supôs) erroneamente a existência de causa excludora de ilicitude. Desse modo, a conduta deixou de ser típica". Alega mais que a pena foi fixada de modo exacerbado e, caso não acolhi-

da a tese absolutória, requer a sua minoração, que deve ser reduzida de dois terços pela tentativa.

Em contra-razões, o Ministério Público pugnou pelo provimento parcial do recurso, apenas para reduzir a pena do apelante, no que foi secundado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça.

É o relatório.

O recurso é conhecido, porque próprio e tempestivo, e provido parcialmente.

A materialidade e autoria restaram comprovadas, ficando inviável o acolhimento da pretensão absolutória, com base no argumento de erro de proibição.

Na fase policial, quando detido, o apelante negou que tivesse, momentos antes, tentado assaltar a vítima. A faca, com ele encontrada, teria achado na rua. Contudo, este foi reconhecido pela vítima como sendo o autor dos fatos.

Em Juízo (fls. 20v.), admitiu que pretendeu "assaltar" a vítima, e quando esta lhe perguntou se se tratava de uma brincadeira, admitiu que sim e foi embora, após tomar água. Pediu carona a uma viatura policial, sendo, então, levado à presença daquela.

Seu depoimento prestado perante a autoridade judicial vem de encontro às declarações do policial Roselino José de Melo (fls. 27), o qual afirmou que, chamado para atender àquela ocorrência, seguiu com a viatura na direção em que o réu teria fugido. No caminho, encontrou-o, momento em que este pediu-lhe carona, no que foi atendido e levado à presença da vítima, que o reconheceu, afirmando que

“o acusado a ameaçou com uma faca, tentando roubar dinheiro, porém, diante da alegação de que o posto estava fechado e que era vigia externo, o acusado desistiu de seu intento e seguiu caminho”.

A vítima não foi ouvida em Juízo.

Assim, pela prova judicial, ficou incontestado o fato de que o apelante realmente pretendia assaltar a vítima, mas, voluntariamente, desistiu do intento. Portanto, houve desistência voluntária e, a teor do artigo 15 do Código Penal, “o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”.

No caso, o crime praticado pelo agente foi o de ameaça, previsto no artigo 147 do Código Penal, cuja ação é pública condicionada, requisito este satisfeito na fase pretérita.

Diante da desclassificação, resta prejudicada a análise da pretendida redução da pena.

De outro lado, sendo a pena máxima prevista para o novo tipo de

seis meses de detenção, extinta está a punibilidade do apelante pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (pela pena in abstracto), na forma retroativa, haja vista o tempo decorrido entre a data do recebimento da denúncia (18/8/95) e a da publicação da sentença condenatória (22/10/98).

Dessa forma, o recurso é provido parcialmente para reconhecer a ocorrência da desistência voluntária, desclassificando-se a conduta imputada para o artigo 147 do Código Penal, declarando-se extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, e lavrou o parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 28 de setembro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.008305-2, DE SÃO CARLOS

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Júri — Nulidade posterior à pronúncia — Intimação da defesa para sorteio dos jurados — Desnecessidade — Alegação inoportuna.

O ato de sorteio dos jurados para a sessão de julgamento não exige a participação da defesa.

Mesmo que se entendesse indispensável a intimação da defesa para o ato, tratando-se de mera irregularidade, sujeita à alegação em momento oportuno, preclusa estará a matéria, ainda mais por-

que não registrado o inconformismo na ata do julgamento.

Júri — Nulidade posterior à pronúncia — Deficiência de quesitos — Co-autoria — Contradição nas respostas dos jurados — Novo julgamento ordenado.

Para que se reconheça o concurso de pessoas não basta o nexo causal, pois é necessário que cada concorrente tenha consciência de contribuir (adesão subjetiva) para a atividade delituosa de outrem, embora desnecessária prévia combinação entre eles.

Não há co-autoria culposa em crime doloso.

O Código Penal, apesar de não fazer distinção entre co-autoria e cumplicidade, pois “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (art. 29), determina que “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço” (§ 1º) e, “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave” (§ 2º).

Mesmo que cada co-autor ou partícipe deva ser responsabilizado na medida de sua culpabilidade, não responde por eventual excesso na execução praticado por outrem, pois “sempre que algum dos concorrentes, seja co-autor, seja partícipe, quis praticar ou participar de crime de menor gravidade (ocorrendo, portanto, excesso na atividade do outro co-autor ou do autor principal) dá-se o que a doutrina identifica como cooperação dolosamente distinta, desvio subjetivo entre os agentes ou excesso de contribuição típica” (RT 720/388).

“As circunstâncias objetivas, entre as quais está o modo de execução do delito, somente se comunicam ao autor intelectual do homicídio quando delas tiver conhecimento” (Ap. Crim. n. 24.000, rel. Des. Tycho Brahe, j. em 27/3/89).

Aventada no júri a tese da cooperação dolosamente distinta, deve ser quesitada a previsibilidade do resultado mais grave (art. 29, § 2º, 2ª parte, CP), sob pena de nulidade.

A deficiência dos quesitos (= falta de quesitos), que não se confunde com a simples formulação irregular destes, é nulidade ab-

soluta prevista no parágrafo único do artigo 564 do CPP, acrescentado pela Lei n. 263/48, não estando sujeita à preclusão pela ausência de oportuna alegação.

Júri — Decisão contrária à prova dos autos — Inocorrência — Veredicto com suporte na prova — Condenação mantida.

Somente há decisão manifestamente contrária à prova dos autos quando se apresenta de todo absurda, chocante e aberrante de qualquer elemento de convicção colhido no decorrer do inquérito, da instrução ou do plenário; tal decisão destituída de qualquer fundamento ou base no processo, não se confunde com aquela que opta por uma das versões apresentadas, mesmo que apoiada em prova suspeita ou fraca.

Encontrando o veredicto dos jurados suporte em uma das versões existentes nos autos, verossímil e com lastro em declarações de testemunhas inquiridas, impossível reconhecê-lo como manifestamente contrário à prova dos autos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.008305-2, da comarca de São Carlos, em que são apelantes a Justiça Pública, por seu Promotor, o Assistente da Acusação, Lenoir Domingos Pegoraro, Iraci Claudete Soares Fávero Triaca e Pedro Adasir Lucas, sendo apelados a Justiça Pública, por seu Promotor, o Assistente da Acusação, Lenoir Domingos Pegoraro e Iraci Claudete Soares Fávero Triaca:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos, negar provimento ao interposto por Pedro Adasir Lucas, e dar provimento aos interpostos pelo Ministério Público, Lenoir Domingos Pegoraro e Iraci Claudete Soares Triaca, determinando que a outro julgamento sejam submetidos, pre-

judicado o recurso do Assistente da Acusação.

Custas na forma da lei.

Na comarca de São Carlos, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra João Soares Leal, Pedro Adasir Lucas, Valdir José de Brito, Lenoir Domingos Pegoraro, Iraci Claudete Soares Fávero Triaca e Juraci Beutler, os cinco primeiros como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, incs. I e IV, c/c art. 29, por três vezes (homicídio qualificado pela promessa de recompensa e mediante dissimulação que tornou impossível a defesa do ofendido), e art. 121, caput, c/c art. 14, inciso II (tentativa de homicídio), e o último como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incs. I, II e IV, c/c art. 29, por três vezes (homicídio qualificado pela promessa de recompensa, por motivo fútil e mediante dissimulação que tornou impossível a defesa do ofendido), e art. 121, caput, c/c art. 14,

inciso II (tentativa de homicídio), todos do Código Penal, porque:

“No dia 5 de janeiro de 1995, por volta das 19 horas os denunciados João Soares Leal, Pedro Adasir Lucas, Valdair José de Brito e Iraci Triaca dirigiram-se à localidade de Linha Nossa Senhora das Graças, residência de Lenoir D. Pegoraro, outro denunciado, com o qual já haviam conversado anteriormente, e tomaram por empréstimo um revólver, calibre 38, marca Taurus, de propriedade deste último (documento de fls. 45).

“Posteriormente, rumaram em direção ao bar ‘Alto Astral’, local em que trabalhava a denunciada Iraci e lá permaneceram até quase uma hora da manhã, bebendo diversas cervejas.

“Ato contínuo, decidiram executar o que já estava planejado há duas semanas, ou seja, matar todos os membros da família Beutler, conforme solicitação de Juraci Beutler, filho mais novo desta família. Para tanto, receberiam de Juraci um Corcel II, ano 77, e mais quatro juntas de bois.

“Assim, encaminharam-se para a localidade de Linha Maidana, no veículo de propriedade da denunciada Iraci, a qual dirigia o automóvel na oportunidade e levava a arma anteriormente mencionada em sua bolsa.

“Lá chegando, estacionaram o veículo a uns duzentos metros da residência das vítimas, permanecendo Iraci no automóvel, após tê-lo manobrado; fazendo o retorno para possibilitar a fuga.

“Os demais, aproximaram-se da residência onde todos já estavam dormindo, exceto Juraci que aguardava a hora do ‘massacre’ e entraram pedindo comida e pernoite. Atendendo

ao pedido, visto que eram colegas de seu filho, a vítima Elza G. Beutler prontificou-se a preparar o café, retornando ao quarto logo após.

“Nesta oportunidade, outro membro da família, Gilmar Beutler, acordou e foi até a cozinha conversar com os colegas de seu irmão, sendo que após estar sentado junto à mesa, foi pego de surpresa por João Soares Leal, que, apontando-lhe a arma na cabeça (revólver calibre 38, anteriormente mencionado), mandou que ficasse quieto. Em seguida, Pedro A. Lucas e Valdair J. de Brito, armados de facas, começaram a desferir facadas no pescoço da vítima, as quais atingiram a artéria carótida externa direita, provocando-lhe a morte em virtude da intensa hemorragia.

“Ressalte-se que tudo foi presenciado por Juraci Beutler, mandante do homicídio.

“No mesmo instante, o denunciado João Soares Leal dirigiu-se aos quartos, desferindo vários tiros, vindo a acertar as vítimas Elza Gaszrlaff Beutler, de 44 anos de idade, na face paranasal esquerda (auto de exame cadavérico de fls. 7) e Geneci Beutler, com 19 anos de idade, na região ocular esquerda (auto de exame cadavérico de fls. 8/10).

“O Sr. Normando Baugartner Beutler, chefe da família Beutler, somente conseguiu fugir porque atirou-se pela janela do quarto, onde encontrava-se deitado.

“Consumados os três homicídios, João, Pedro e Valdair fugiram no Chevette de Iraci, após breve conversa com Juraci Beutler, o qual encarregou-se de matar o último membro da família que havia escapado. Tal intento

só não foi alcançado porque o Sr. Normando Beutler refugiou-se na casa de uma outra filha sua que reside nas proximidades" (fls. 4/5).

Regularmente processados, restaram pronunciados João Soares Leal, Pedro Adasir Lucas, Valdair José de Brito, Lenoir Domingos Pegoraro e Iraci Claudete Soares Fávero Triaca, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I e IV (homicídio qualificado pela promessa de recompensa e mediante dissimulação que tornou impossível a defesa do ofendido), c/c art. 29, caput (três vezes), e art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 14, inc. II (tentativa de homicídio qualificado); e Juraci Beutler, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incs. I, II e IV (homicídio qualificado pela promessa de recompensa, por motivo fútil e mediante dissimulação que tornou impossível a defesa do ofendido), c/c art. 29, caput (três vezes), e art. 121, § 2º, incs I, II e IV, c/c art. 14, inc. II, e art. 29 (tentativa de homicídio qualificado), todos do Código Penal.

Inconformados, Iraci Claudete Fávero Triaca e Lenoir Domingos Pegoraro recorreram, buscando a impronúncia (despronúncia); a primeira asseverando que não existe nos autos prova de sua participação nos fatos, ou que tivesse ciência da real intenção daqueles que estavam em sua companhia; o segundo que "ausente o liame subjetivo, a partir do momento da tradição da arma, pelo comodato, para as mãos de João Soares, nenhuma responsabilidade pelo uso da mesma subsistiu em relação a Leonir Domingos, descabendo também falar em nexos causal entre o empréstimo da arma e os homicídios". Alternativamente, requereu a exclusão das qualificadoras.

Por unanimidade esta Segunda Câmara Criminal negou provimento aos recursos (fls. 822/830).

Os autos retornaram ao Juízo a quo, onde, com os libelos crimes acusatórios e contrariedades pelos réus Pedro Adasir, João Soares Leal, Valdair José de Brito, Juraci Beutler (fls. 601/604, 554/565, 611/614, 571/573, 585, 611/614) foram submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, restando condenados:

a) Em 22/8/96, Valdair José de Brito, à pena de cumprimento de 16 (dezesseis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, por infração ao art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 29, caput, e art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 14, II, todos combinados com o art. 65, inc. I, art. 29, § 1º, e art. 71, parágrafo único, todos do Código Penal (fls. 709/715);

b) Em 26/8/96, Juraci Beutler, à pena de cumprimento de 29 (vinte e nove) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, por violação ao art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 29, caput, e art. 121, § 2º, I e II, e art. 71, do parágrafo único, todos do Código Penal (fls. 680/685).

c) Pedro Adasir Lucas, em 10/12/96, à pena de cumprimento de 29 (vinte e nove) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, por infração ao art. 121, § 2º, incs. I e IV, c/c art. 29, caput, e art. 121, § 2º, incs. I e IV, c/c art. 14, inc. II, ambos c/c arts. 61, inc. II, alínea f, 65, inc. I, 29, § 1º, e 71, parágrafo único, todos do CP (fls. 937/945).

Irresignada com o teor do decisor, recorreu a representante do Órgão Ministerial, forte no art. 593, inc. III, alíneas c e d, do Código de Processo

Penal colimando, quanto ao réu Juraci Beutler, o aumento expressivo da pena-base, considerando a benevolência do Magistrado; o reconhecimento da qualificadora da surpresa como agravante, com a conseqüente majoração da pena; o reconhecimento do concurso material em vez da continuidade delitiva, como entendido pela autoridade judiciária; o aumento até o triplo da pena, obedecendo ao critério de análise do parágrafo único do art. 71 do Código Penal (circunstâncias judiciais) e, quanto ao réu Valdair José de Brito, a nulidade do julgamento ante o reconhecimento pelo corpo de jurados, em relação ao homicídio praticado contra uma das vítimas, da participação de menor importância; o aumento da pena-base imposta, ressaltando novamente ter o Dr. Juiz de Direito sido benevolente na sua fixação, ante a gravidade do crime; o reconhecimento do concurso material em vez da continuidade delitiva; o aumento até o triplo, pelos mesmos motivos alegados em relação ao outro apelado.

Esta Câmara, à unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso ministerial apenas para adequar a pena de Valdair José de Brito para 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença (Certidão de Julgamento de fls. 1.338 e Acórdão de fls. 1.339/1.353).

Pedro Adasir Lucas, a seu turno, interpôs Protesto por Novo Júri, deferido pelo MM. Juiz de Direito (fls. 960/961).

Submetidos a julgamento na mesma data, Pedro Adasir Lucas e João Soares Leal restaram condenados por infração ao art. 121, § 2º, incs. I e IV, c/c art. 71, parágrafo único, do

CP, às penas privativas de liberdade de 29 (vinte e nove) e 30 (trinta) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, respectivamente (fls. 1.211/1.218), com o que não se conformou Pedro, interpondo recurso de apelação.

Posteriormente, em outro julgamento, Iraci Claudete Fávero Triaca restou condenada à pena de cumprimento de 18 (dezoito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 121, § 2º, I e IV (duas vezes), c/c art. 71, parágrafo único e art. 29, caput, e art. 121, § 2º, I e IV, c/c arts. 14, II, e 29, caput, todos do Código Penal (5/3/98 — fls. 1.483/1.487); e Lenoir Domingos Pegoraro, à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 121, § 2º, IV, e art. 29, art. 146, caput (duas vezes), e art. 121, § 3º, c/c arts. 29 e 70, todos do Código Penal (24/3/98 — fls. 1.557/1.561).

Irresignados, com a prestação jurisdicional entregue neste último julgamento, apelaram, tempestivamente:

— O representante do Ministério Público, com fulcro no art. 593, inc. III, a e d, do Código de Processo Penal, requerendo a anulação do julgamento do réu Lenoir Domingos Pegoraro, sustentando a ocorrência de nulidade posterior à pronúncia, eis que houve repetição da votação dos quesitos somente em relação à vítima Geneci Beutler, e em virtude de contradição no reconhecimento da participação de menor importância na votação dos quesitos anteriores pertinentes à vítima Elsa Beutler; contradição nas respostas dos quesitos referentes à tese de participação de crime menos grave nos

homicídios de Elza Beutler e Geneci Beutler, em que os senhores jurados reconheceram quanto à primeira e negaram quanto à segunda; a decisão proferida foi manifestamente contrária à prova dos autos diante do reconhecimento da participação de menor importância no homicídio de Geneci Beutler e ao inacolhimento da qualificadora da paga ou promessa de pagamento.

— O assistente de acusação, com fundamento no art. 593, III, letra c, do Código de Processo Penal, objetivando o aumento da pena em dobro sopesado sobre a pena do crime mais grave aplicada à ré Iraci Claudete Soares Fávero Triaca, ou seja, à cominada ao crime de homicídio qualificado praticado contra a vítima Gilmar Beutler (quatorze anos), em face da continuidade delitiva, obedecendo ao critério do parágrafo único do art. 71 do Código Penal (crime continuado específico).

— Iraci Claudete Fávero Triaca, com fundamento no art. 593, III, alínea a, do Código de Processo Penal, pretendendo a anulação do julgamento popular, por ter ocorrido nulidade posterior à pronúncia, posto que houve contradição nas respostas dos senhores jurados aos quesitos referentes à tese da participação de menor importância, ao reconhecê-la com relação aos crimes de homicídio contra Elza Beutler e Geneci Beutler, e a rejeitado quanto ao crime de homicídio contra Gilmar Beutler e a tentativa de homicídio contra Normando Beutler, sendo que os fatos deram-se num único contexto.

— Lenoir Domingos Pegoraro, com base no art. 593, inc. III, alínea d,

do Código de Processo Penal, postula a anulação da decisão do Corpo dos Jurados, por ser manifestamente contrária à prova dos autos, ao reconhecer a sua participação no crime de homicídio qualificado pelo recurso que dificultou a defesa da vítima Geneci Beutler. Salientando, por fim, que não tinha prévio conhecimento de como seria praticado o crime.

A douta Promotora de Justiça secundou os argumentos do Assistente de Acusação (fls. 1.574/1.576) e, contra-arrazoados os apelos, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Pedro Sérgio Steil, pela anulação do julgamento de Iraci e Lenoir, por contradição nas respostas aos quesitos referentes à participação de menor importância.

Este Relator, por despacho de fls. 1.669/1.670, determinou fosse anotado no cadastro que Pedro Adasir Lucas também é apelante, tendo em vista que a partir de fls. 1.313 até 1.378, foram juntadas as peças pertinentes ao recurso de apelação anterior e referente ao co-réu condenado Valdair José de Brito, que levavam a numeração de fls. 510 até 577, transformadas, então, para 1.313 a 1.378, sem que o Cartório de Primeiro Grau certificasse a motivação de tal proceder.

Em suas razões, Pedro Adasir Lucas com supedâneo no art. 593, III, a e d, do Código de Processo Penal, objetiva a anulação do julgamento, por ter ocorrido nulidade posterior à pronúncia, eis que o sorteio dos jurados se deu sem a presença do seu defensor, pois a intimação deste, em carta precatória, ocorreu em data posterior ao re-

ferido sorteio; ainda que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos.

Sobre o recurso, manifestou-se a ilustre representante do Ministério Público, na época, e determinado o retorno dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça após a correção da omissão. O Dr. Luiz Fernando Sirydakís opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso interposto por Pedro Adasir Lucas.

É o relatório.

1. Conhece-se dos recursos porque tempestivos e próprios, todos fundados no inc. III do art. 593 do CPP: os interpostos pelo Ministério Público e por Pedro Adasir Lucas, consoante as alíneas a (= nulidade do julgamento ocorrida posteriormente à pronúncia) e d (= decisão manifestamente contrária à prova dos autos); o do Assistente de Acusação na alínea c (= erro na aplicação da pena); o de Lenoir Domingos Pegoraro na alínea d (= decisão manifestamente contrária à prova dos autos); e o de Iraci Claudete Soares Fávero Triaca na letra a (= nulidade do julgamento ocorrida posteriormente à pronúncia), ressalvando quanto a esta que, embora faça referência expressa à ocorrência de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, na interposição do recurso invocou a letra a e em suas razões discorreu sobre a existência de contradição nas respostas dos jurados à tese de participação de menor importância, o que caracteriza "nulidade posterior à pronúncia".

2. De pronto afasta-se a ocorrência de nulidade posterior à pronúncia, consubstanciada na intimação tardia da defesa para comparecimento na sessão de sorteio dos jurados, aventa-

da no recurso de Pedro Adasir Lucas, porquanto "a alegada intimação após o sorteio ser realizado não tem o condão de gerar nulidade, haja vista ser desnecessária a participação do defensor em tal ato" (RT 659/298).

Nesse sentido, desta egrégia Câmara Criminal:

"A intimação tardia da defesa para o sorteio dos jurados, a ausência da assinatura do Juiz e do Escrivão no termo de incomunicabilidade devidamente lavrado e assinado pelos Oficiais de Justiça e a ausência de cópia da ata do julgamento anterior que sorteou suplentes aos jurados faltosos, não nulificam o julgamento" (Ap. Crim. n. 30.635, de Lages, rel. Des. José Roberge, j. 10/3/95).

Não fosse isso, colhe-se trecho de acórdão da lavra do ilustre Des. Aloysio de Almeida Gonçalves:

"Considerando que o ato de sorteio dos 21 jurados se processa após a sentença de pronúncia, preclusa está a possibilidade de argüição de irregularidade porventura ocorrida nesse ato processual.

'Aliás, a questão não é nem de preclusão e sim de inexistência de nulidade e sequer de irregularidade, uma vez que os arts. 427 e 428 do CPP não exigem a intimação da defesa para realização de tal ato, determinando apenas que o sorteio se faça em público, a portas abertas e com a participação de um menor de 18 anos, de tudo se lavrando ata em livro próprio.

'Assim, tendo o CPP silenciado a despeito da participação da defesa no sorteio dos 21 jurados, é de se concluir que a falta ou tardia intimação desta não é motivo de nulidade e muito menos de irregularidade processual.

'Ao dissertar sobre a matéria os insignes Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco, citando ensinamento de Frederico Marques, arrematam:

'Se um juiz, a portas abertas, não sabe portar-se com isenção bastante para não usar de malícia no tirar as cédulas da urna, claro está que incompatibilizado se acha para o exercício da magistratura' (in Teoria e Prática do Júri, Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., pág. 80).

'Desta forma, imerece acolhimento a nulidade argüida, primeiro porque o ato de sorteio dos 21 jurados não exige a participação da defesa; segundo, mesmo que se entendesse indispensável a intimação da defesa para o ato, preclusa está a matéria, eis que não argüida no momento próprio'" (Ap. Crim. n. 31.767, de Pinhalzinho, j. em 13/12/94).

3. Segundo o processado, no dia 5 de janeiro de 1995, os acusados Pedro Adasir Lucas, João Soares Leal e a também acusada Iraci Claudete Soares Fávero Triaca, namorada deste último, procuraram Lenoir Domingos Pegoraro, com o objetivo de pedir-lhe emprestada uma arma, sendo a versão da acusação de que o fez sabendo que os co-réus iriam matar a família Beutler, enquanto a defesa alegou que não sabia que os demais acusados pretendiam utilizá-la no homicídio, e, sim, que acreditou que era para garantir a cobrança de uma dívida.

Por volta da meia noite do mesmo dia, João Soares Leal, acompanhado de sua namorada Iraci (que dirigia o carro), Pedro Adasir Lucas e Valdair José de Brito, e de posse da arma de Lenoir, dirigiram-se à casa do

acusado Juraci, que era o filho mais novo da família Beutler, a fim de matar o irmão deste, Gilmar, a pedido daquele que, a título de preço pelo serviço, lhes prometera 1 (um) carro Corcel II, ano 77, e mais 4 (quatro) juntas de bois.

Lá chegando, estacionaram o veículo a uns duzentos metros da residência das vítimas, permanecendo Iraci no automóvel, após tê-lo manobrado, fazendo o retorno para possibilitar a fuga, enquanto os demais aproximaram-se da residência onde todos já estavam dormindo, exceto Juraci que aguardava a hora do "massacre", onde entraram pedindo comida e pernoite.

Atendendo ao pedido, visto que eram colegas de seu filho, a vítima Elza G. Beutler prontificou-se a preparar o café, retornando ao quarto logo após. Ato contínuo, outro membro da família, Gilmar Beutler, acordou e dirigiu-se até a cozinha para conversar com os colegas de seu irmão, momento em que após sentar à mesa, foi pego de surpresa por João Soares Leal, que, apontando-lhe a arma na cabeça (o revólver calibre 38 anteriormente mencionado), mandou que ficasse calado. Em seguida, Pedro Adasir Lucas e Valdair José de Brito, armados de facas, começaram a desferir facadas no pescoço da vítima, as quais atingiram a artéria carótida externa direita, provocando-lhe a morte em virtude de intensa hemorragia (auto de exame cadavérico de fls. 14).

Prosseguindo a ação delitiva, o co-réu João desfechou diversos tiros contra as vítimas Elza Gasrzlaff Beutler, de 44 anos de idade, na face paranasal esquerda (auto de exame cadavérico de fls. 7) e Geneci Beutler,

com 19 anos de idade, na região ocular esquerda (auto de exame cadavérico de fls. 8/10), quando estas saíam do quarto para ver o que estava acontecendo; da tragédia escapou somente o pai da família, o Sr. Normando Baugartner Beutler, pois conseguiu fugir pela janela do quarto, onde se encontrava deitado.

Assim, abstraindo-se as considerações desnecessárias sobre a culpabilidade dos co-autores com sentença condenatória transitada em julgado, tem-se que se trata efetivamente de crime de execução fracionada, percebendo-se a união de esforços para o resultado desejado; os crimes foram "encomendados" por Juraci Beutler, "organizados" por João Soares Leal, que os executou juntamente com Pedro Adasir Lucas e Valdair José de Brito, levados ao local do crime por Iraci Claudete Soares Fávero Triaca que de tudo sabia, com a cumplicidade de Lenoir Domingos Pegoraro, proprietário do revólver que matou as vítimas Elza e Geneci.

4. Tanto a ilustre Promotora de Justiça, como a apelante Iraci Claudete Soares Fávero Triaca alegam que houve nulidade posterior à pronúncia decorrente da contradição nas respostas dos jurados (alínea a), uma quanto ao reconhecimento, outra quanto ao não reconhecimento da participação de menor importância para todos os crimes; ou seja, insurgem-se contra a decisão do Corpo de Jurados por ter admitido de modo diverso, reconhecendo, quanto a Lenoir a participação em crime menos grave para o homicídio de Elza Beutler, e negando-a com relação ao homicídio de Geneci Beutler, eis que as condutas esposadas no evento delituoso deram-se nas mesmas

circunstâncias, havendo, assim, contradição e perplexidade nas respostas dos jurados; a segunda, quanto a Iraci, a tese da participação da menor importância em relação aos crimes de homicídios contra Elza Beutler e Geneci Beutler e negando-a quanto aos crimes de homicídio contra Gilmar Beutler e tentativa de homicídio contra Normando Beutler.

Os crimes foram quesitados em quatro séries distintas, porque quatro foram as vítimas, sendo três homicídios consumados e um tentado.

Os Jurados, ao serem indagados quanto ao quesito de homicídio consumado em relação à participação em crime menos grave do réu Lenoir para o crime contra Elza Gaszrlaff Beutler responderam positivamente por 4 (quatro) votos a 3 (três) e, quanto ao crime contra Geneci Beutler, negativamente por 3 (três) votos contra 4 (quatro).

Também, ao serem indagados quanto à participação de menor importância da ré Iraci para os crimes praticados contra Elza Gaszrlaff Beutler e Geneci Beutler, responderam positivamente por 4 (quatro) votos contra 3 (três); ao serem indagados quanto à participação de menor importância no homicídio consumado contra a vítima Gilmar Beutler responderam negativamente por 4 (quatro) votos a 3 (três), e igualmente no crime tentado contra Normando Beutler.

Nesse ponto, algumas considerações devem ser efetuadas para elucidação da matéria em relação aos crimes praticados em co-autoria e as circunstâncias especiais dos fatos narrados nestes autos.

5. Segundo Nilo Batista, é na co-autoria que a idéia de divisão do trabalho encontra sua adequação máxima, podendo ser percebida “a fragmentação operacional de uma atividade comum, com vistas ao mais seguro e satisfatório desempenho de tal atividade” (Concurso de Agentes, RJ, Liber Juris, 1979, pág. 76), tendo por fundamento o que se convencionou chamar domínio do fato, pelo qual só é co-autor quem possua domínio (para alguns funcional) do fato; sem este atributo, a cooperação ao evento criminoso não será co-autoria, mas poderá caracterizar alguma forma de participação, como a instigação ou a cumplicidade.

Isto porque co-autor é aquele que executa, juntamente com outras pessoas, a ação ou omissão que configura o delito; “cada autor colabora com sua parte no fato, a parte dos demais, na totalidade do delito e, por isso, responde pelo todo. Há, na co-autoria, a decisão comum para a realização do resultado e a execução da conduta” (Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, 15ª ed., SP, Atlas, 1999, vol. 1, pág. 232).

Ao passo que a participação é a atividade acessória daquele que contribui para a conduta do autor com uma ação que por si só não é penalmente relevante, sendo que o partícipe não comete a conduta descrita pelo tipo penal, mas pratica uma atividade que contribui para a realização do crime; podendo se dar sob duas formas: a) instigação, que é a atuação sobre a vontade do autor, “fazendo nascer neste a idéia da prática do crime ou acoroçoando a já existente, de modo determinante na resolução do autor, e se exerce por meio de mandato, persua-

ção, conselho, comando etc.”; e, b) cumplicidade, “auxílio ao autor ou partícipe, exteriorizando-se a conduta por um comportamento ativo (o empréstimo da arma, a revelação do segredo de um cofre etc.)” (Julio Fabbrini Mirabete, ob. cit., pág. 233).

Damásio E. de Jesus, por sua vez, leciona que para que haja co-autoria não é necessário que todos realizem os mesmos atos executivos do crime, esclarecendo quanto ao conceito de participação, que esta se dá “quando o sujeito, não praticando atos executórios do crime, concorre de qualquer modo para a sua realização (CP, art. 29). Ele não realiza conduta descrita pelo preceito primário da norma, mas realiza uma atividade que contribui para a formação do delito. Chama-se partícipe. No sentido do texto: RT 494/339 e 572/393; RJTJSP 37/288 e 40/317” (Código Penal Anotado, 1989, pág. 101).

Retomando, prossegue Nilo Batista, comentando sobre o domínio funcional do fato que este “não se subordina à execução pessoal da conduta típica ou de fragmento desta, nem deve ser pesquisado na linha de uma divisão aritmética de um domínio ‘integral’ do fato, do qual tocaria a cada co-autor certa fração. Considerando-se o caso concreto, tal como se desenrola, o co-autor tem reais interferências sobre o seu Se e o seu Como; apenas, em face da operacional fixação de papéis, não é o único a tê-las, a finalisticamente conduzir com sucesso. Pode-se entretanto afirmar como Roxin que cada co-autor tem a sorte do fato total em suas mãos, ‘através de sua função específica na execução do sucesso total, porque se recusasse sua própria cola-

boração faria fracassar o fato” (ob. cit., pág. 77).

6. Nelson Hungria, ao comentar o art. 25 (atual 29), do Código Penal (em redação originária), escreveu:

“Sob o ponto de vista objetivo, para que se reconheça a participação no crime, basta a cooperação na atividade coletiva de que promova o resultado antijurídico; mas, para que o partícipe responda penalmente, é também necessário um elemento psicológico: a vontade consciente e livre de concorrer, com a própria ação, na ação de outrem” (Comentários ao Código Penal, 1949, vol. 1, pág. 553).

Magalhães Noronha, sobre o mesmo dispositivo, leciona:

“Na co-autoria é mister um vínculo psicológico unindo as várias condutas, o que importa em que elas tenham um objetivo comum, havendo ciência de, pelo menos, um autor aderir à ação do outro; é necessário que ele tenha vontade livre e consciente de concorrer à ação de outrem” (Direito Penal, vol. 1, pág. 265).

Na forma dolosa, o vínculo entre os co-partícipes ao crime está na vontade consciente em obter o resultado ou em assumir o risco de produzi-lo, enquanto na modalidade culposa, admite-se a co-autoria na medida em que ocorra a cooperação consciente de alguém na conduta imprudente ou negligente do autor do evento.

A propósito dos requisitos sobre o concurso de pessoas, ensina Celso Delmanto:

“Não basta o nexa causal, sendo necessário que cada concorrente tenha consciência de contribuir para atividade delituosa de outrem. É indis-

pensável a adesão subjetiva à vontade do outro, embora seja desnecessária a prévia combinação entre eles. Inexistente o vínculo subjetivo, não há concurso de pessoas, embora possa haver autoria colateral (todos se comportando para um mesmo fim mas desconhecendo a conduta alheia)” (Código Penal Comentado, 4ª ed., RJ, Renovar, 1998, pág. 57).

A co-autoria reclama homogeneidade do elemento subjetivo, eis que os agentes devem estar animados pelo mesmo elemento subjetivo — ensina Romeu de Almeida Sales Júnior (Homicídio Culposos, pág. 60), para que sejam tidos como co-autores; se o crime é doloso, todos os agentes devem agir com dolo, bem com se o crime é culposos, a ação de cada um deve estar informada pela culpa em sentido estrito. Não existe co-autoria culposa em crime doloso e vice-versa.

Nesse sentido é o ensinamento inserto no acórdão da Apelação Criminal n. 19.245, de Santo Amaro da Imperatriz, da lavra do ilustre Des. Ayres Gama, j. em 20/5/86, publicado na JC n. 52, pág. 387:

“Se reconhecido que o recorrido contribuiu de alguma forma para a prática delituosa, o quesito do homicídio culposos deveria ter sido considerado prejudicado. Em princípio, válido o argumento desenvolvido pelo recorrente porquanto, é fora de dúvidas, não pode haver co-autoria culposa em crime doloso. No entanto, à espécie, em verdade, não se vislumbra a figura da co-autoria, em que os envolvidos praticam todos ou alguns dos atos imprescindíveis à meta final, mas cuida-se de participação, quando a conduta, consi-

derada isoladamente, não se traduz em ato de execução”.

Adaptando-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial colacionado ao caso sub examen, pode-se perceber que os jurados optaram pela separação das condutas incriminadas, exsurgindo, em relação à vítima Gilmar Beutler, assassinada com as facadas desferidas por Pedro e Valdair, a existência de dois crimes, um doloso, de responsabilidade dos demais co-réus, e outro culposo, por parte de Lenoir Pegoraro, o que, senão contraditório, é manifestamente contrário à prova dos autos (vide auto de exame cadavérico de fls. 14, já mencionado).

7. Para que exista co-autoria, portanto, exige-se a comum resolução para o fato e a comum realização dessa resolução, em a qual aquela é representada pelo acordo recíproco de vontades (expresso ou tácito), e esta pela resolução originada do domínio funcional do fato, importando, sempre, “considerando-se a situação concreta, verificar se o co-autor era detentor do domínio funcional do fato, se poderia interferir sobre o seu Se e o seu Como, se sua posição estrutural no decurso do acontecimento lhe permitiria interromper ou anuir em que prosseguisse a realização delitiva, se sua desistência corresponderia ao fracasso daquele fato (tudo isso tendo como pressuposto seu enlace na comum resolução” (Nilo Batista, ob. cit., pág. 79).

O Código Penal, apesar de não fazer distinção entre co-autoria e culpabilidade, pois “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade” (art. 29), determina

que “se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço” (§ 1º) e, “se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave” (§ 2º).

No dizer de Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bittencourt, em comentários ao art. 29 do Estatuto Penal, “a problemática do concurso de pessoas ou concurso de agentes aflora justamente quando se busca saber quem realiza (ou quem contribui para) o tipo injusto específico. A toda evidência, trata-se de uma concorrência plúrima e de formas diferentes para a prática de um determinado fato punível. O Código Penal adotou a teoria monística ou unitária, ainda que de maneira temperada ou matizada, já que estabeleceu certos graus de participação e um verdadeiro reforço do princípio constitucional da individualização da pena (na medida de sua culpabilidade — art. 29, caput, CP). Essa diretriz, na sua origem, como corolário da teoria da equivalência das condições, não faz qualquer distinção entre autor, co-autor e partícipe” (Código Penal Anotado, Ed. RT, 1997, pág. 242).

Nesse passo, a culpabilidade individual de cada sujeito, participante do ato criminoso, é que será levada em conta de acordo com a previsão dos §§ 1º e 2º do art. 29, com a redação dada pela Lei n. 7.209/84, que tratam da participação de menor e da cooperação dolosamente distinta.

8. A participação de menor importância, segundo Mirabete “poderá ocorrer em relação ao sujeito que, em-

bora emprestando um modesto e desnecessário auxílio, revele uma vontade dirigida ao delito em intensidade semelhante à dos demais sujeitos, circunstância que pode autorizar um juízo de equiparação no plano da culpabilidade” (Manual de Direito Penal, 15ª ed., SP, Atlas, vol. 1, pág. 238), assentando a jurisprudência:

“A menor participação, autorizadora do mais brando tratamento reservado pelo art. 29, § 1º, do CP, é reconhecível apenas nos casos de uma culpabilidade menos expressiva, de uma contribuição insignificante ou mínima de co-partícipe; ajusta-se às situações em que os atos praticados pelo co-autor careçam de relevância no que concerne ao resultado, que adviria mesmo se excluídos do contexto fático. Por isso, na medida em que o atuar do agente tenha significativa importância, mostre-se relevante e essencial para o sucesso do atuar criminoso, como o é o transportar o homicida e sua vítima para lugar distante, onde o primeiro, sem transtornos ou oposições, poderá consumir seu propósito criminoso, inadequado há de se falar em menor participação. Mesmo que, no desenrolar dos acontecimentos, mantenha-se o transportador indiferente aos atos materiais de execução, sem efetuar disparos contra a vítima.

“A participação do peticionário não foi de menor importância. Embora diversa da atuação do comparsa, ambos, previamente acordados, deram causa ao resultado final, que lograram por força da atuação concorrente de ambos. Cada um deu cabal desempenho ao que lhe competia na execução do plano em que a divisão dos trabalhos não significa maior relevância pa-

ra cada um do que para o outro” (RJTJSP 117/474, rel. Des. Canguçu de Almeida).

9. Por outro lado, mesmo que cada co-autor ou partícipe deva ser responsabilizado na medida de sua culpabilidade, não responde por eventual excesso praticado por outrem, eis que já estamos longe do período das ordálias, em que imperava a responsabilidade penal objetiva extrema.

Assim, “sempre que alguns dos concorrentes, seja co-autor, seja partícipe, quis participar de crime de menor gravidade (ocorrendo, portanto, excesso na atividade do outro co-autor ou do autor principal) dá-se o que a doutrina identifica como cooperação dolosamente distinta, desvio subjetivo entre os agentes ou excesso de contribuição típica” (Wagner Brüssolo Pacheco, Concurso de Pessoas; notas e comentários, in RT 720, pág. 388).

Continua o doutrinador, afirmando que o excesso de contribuição típica pode “assumir caráter qualitativo ou quantitativo. No primeiro caso, tem-se que o delito mais grave, praticado pelo co-autor ou pelo autor direto, desborda do perímetro dentro do qual é possível o desdobramento da conduta abrangida pelo dolo original, constituindo-se verdadeiramente em delito de ‘outra qualidade’ (por exemplo, furto/estupro). No segundo caso, isto é, no caso de excesso quantitativo, o co-autor ou autor principal, ainda que dentro dos limites qualitativos da conduta pré-estabelecida, age com tal intensidade que acaba por produzir um resultado mais grave do que o originalmente desejado” (pág. 389).

Na verdade, o art. 29, § 2º, consagra o princípio da individualização e

proporcionalidade da pena quando se tratar de concurso de pessoas ao determinar que cada co-autor responda na medida da sua culpabilidade de acordo com o seu dolo, exigindo-se um desdobramento psicológico adequado quanto à previsibilidade de crime menos grave.

10. No caso, na série em que suscitada a tese da cooperação dolosamente distinta, não foi quesitada a previsibilidade e não houve qualquer impugnação a respeito.

No entanto, levantada pela defesa a tese de que o acusado Lenoir desejara participar de crime menos grave — art. 29, § 2º, 1ª parte, do Estatuto Penal, no caso constrangimento ilegal, deveriam os jurados ser indagados acerca da previsibilidade do resultado mais grave — art. 29, § 2º, 2ª parte, do CP, posto que tal causa especial de aumento é desdobramento legal e lógico da própria tese defensiva aventada, e não formulando tal quesito, absolutamente nulo o julgamento, porquanto este não se completou, viciando, fatalmente, a própria decisão popular.

Da orientação de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, neste sentido:

“(…) o Código de Processo Penal arrola como causa de invalidade do julgamento pelo Júri a ‘deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e a contradição entre estas’ (art. 564, parágrafo único, acrescentado pela Lei n. 263, de 23 de fevereiro de 1948); qualquer dessas irregularidades acarretará a nulidade absoluta do julgamento, porquanto viciada, irremediavelmente, a própria decisão popular” (As Nulida-

des no Processo Penal, 6ª ed., SP, Malheiros, 1997, pág. 268).

Continuando, lecionam:

“Também é indispensável que o questionário seja completo, incluindo indagações sobre todas as teses da acusação, constantes do libelo, e sustentados pela defesa no plenário, assim como os denominados quesitos obrigatórios, necessariamente formulados de ofício pelo juiz, por imposição legal (art. 484, parágrafo único, III e IV, do CPP) ou porque decorrentes da resposta dada a outro quesito” (ob. cit., pág. 215).

Sufragando o entendimento ministerial, James Tubenchlak, na obra Tribunal do Júri — Contradições e Soluções, 4ª ed., SP, Saraiva, 1994, pág. 258, sugerindo os quesitos a serem formulados para o caso de “concurso de pessoas: participação por instigação e por cumplicidade — art. 29 do Código Penal”, traz importante esclarecimento sobre a questão:

“O quarto, o quinto e o sexto quesitos — ‘4º) A participação do réu foi de menor importância? 5º) O réu quis participar de crime menos grave, consistente em lesões corporais? 6º) Era previsível para o réu o resultado mais grave?’ — serão formulados somente a requerimento da defesa. O quarto guarda afinidade com o § 1º do art. 29 do Código Penal; o quinto e o sexto, com o § 2º do mesmo artigo.

“As teses da participação de menor importância e de participação supostamente em delito menos grave não são contrapostas. Assim, afirmado ou não o quarto quesito, deverá ser votado o quinto. A afirmação deste implica a votação do sexto quesito, a fim de que o Conselho de Sentença decida

sobre o aumento de pena relativo à previsibilidade do resultado mais grave. Uma vez afirmados esses três quesitos, a pena aplicada será a do delito menos grave, incidindo sobre ela a diminuição, de um sexto a um terço, e o aumento, até metade, aumento este que não haverá se o sexto quesito for negado”.

Encerrando a questão, Ronaldt Grollmann, na obra *Novas Considerações sobre o Júri*, aos argumentos reproduzidos, acrescenta:

“A colocação de Adriano Marrey, Alberto Silva Franco, Antônio Luiz C. Camargo e Rui Stoco não parece inteiramente acertada quando, em anotação do art. 29, §§ 1º e 2º, da n. 7.209/84, observaram: ‘se a defesa houver requerido a formulação de quesito idêntico ao 2º supra (‘Pretendeu o réu apenas participar de crime menos grave?’), poderá o Ministério Público, por seu turno solicitar que se inclua quesito complementar a ele, o que estará prejudicado se aquele tiver sido votado negativamente’(...) Ora, acolhido o quesito permissivo do deslizamento do tipo, a indagação sobre a previsibilidade de resultado mais grave é cogente, porque é um complemento da figura minorante, íntegra e perfectibiliza o texto em que o legislador tencionou abrir a perspectiva de reconhecimento pelo julgador da possibilidade de ocorrência de culpa *stricto sensu*, ou até de dolo eventual, caso entenda que o agente, tendo tido a apresentação do resultado mais grave, assumiu o risco de produzi-lo. A formulação de quesito sobre a previsibilidade, portanto, impende de requerimento do Ministério Público que pode, isto sim, pedir a votação de quesito sobre

dolo eventual” (1ª ed., Curitiba, Juruá, 1992, pág. 108).

Assim, a deficiência na questão (que não se confunde com má redação dos quesitos), que se insere dentre as várias hipóteses possíveis de nulidades posteriores à pronúncia, verificou-se em relação ao crime de homicídio quanto à vítima Elza, tanto para o réu Lenoir, quanto para Iraci, não havendo outra solução senão a anulação do julgamento a que foram submetidos

11. Matéria também de extrema relevância, relacionada aos autos, é a que trata da comunicabilidade das circunstâncias do crime no caso de concurso de agentes, disciplinada pelos arts. 29 e 30 do CP, sobre a qual este relator já se manifestou no corpo do acórdão da Ap. Crim. n. 33.397, de São João Batista, j. em 5/9/95, quando afirmei que as circunstâncias objetivas são aquelas relacionadas com os modos e meios de realização da infração penal, tempo, ocasião, lugar, objeto material e condições ou qualidades pessoais do ofendido; subjetivas são as que só dizem respeito ao agente, suas condições ou qualidades pessoais e relações com o ofendido, sem qualquer vinculação com a materialidade do crime.

Pedro Vergara, comentando o Código Penal de 1942, afirmou que “a distinção das circunstâncias agravantes, quer sejam comuns, quer específicas, em subjetivas ou objetivas, tem particular importância, no que interessa à sua comunicabilidade aos participantes do mesmo delito e à questão da preponderância, no concurso de agravantes e atenuantes.

“As circunstâncias se dizem subjetivas quando irradiam da pessoa do agente; dizem-se objetivas quando ressaltam do seu modo de agir ou provêm do sujeito passivo, da natureza dos meios ou do objeto sobre que recai a ação.

“De acordo com nosso Código, — e considerando as circunstâncias de modo geral:

“a) São agravantes subjetivas: segundo o artigo 44 — a reincidência, o motivo fútil ou torpe, a embriaguez propositada, o parentesco entre o delinqüente e a vítima, o abuso de autoridade, o prevailecimento de relações domésticas, a coabitação ou hospitalidade, o abuso de poder ou violação do dever funcional; segundo o art. 45: a instigação do subordinado a delinqüir; segundo o art. 122, parágrafo único: o motivo egoístico; segundo o artigo 155, § 4º, II: o abuso de confiança, a fraude.

“b) São agravantes objetivas: segundo o artigo 44: os atos para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro crime; a traição, a emboscada, a dissimulação ou outro recurso que tornou impossível a defesa; o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel ou de que podia resultar perigo comum; ser o ato cometido contra velho, criança ou enfermo; ou quando a vítima está sob imediata proteção da autoridade; ou por ocasião de incêndio etc.; segundo o art. 45: todas as hipóteses, menos a do n. III; segundo o artigo 133, § .., I, — o abandono em lugar ermo; segundo o artigo 146, § 1º: se se reúnem mais de três pessoas e há emprego de armas etc.

“Enquanto à comunicabilidade destas circunstâncias — afetam a todos os participantes as objetivas, ainda que não sejam conhecidas por todos; são sempre postas a cargo de cada um deles; as subjetivas só se comunicam no caso em que tenham facilitado a prática do delito; é nesse sentido que se deve interpretar o artigo 26 do nosso Código, quando diz que não se comunicam, por terem esse caráter pessoal, as do motivo torpe e a do parentesco” (Das Penas Principais e sua Aplicação, RJ, Livraria Boffoni, 1948, pág. 306).

Damásio de Jesus, por sua vez, afirmando que a participação de cada concorrente adere à conduta e não à pessoa dos outros participantes, estabelece as seguintes regras: “1ª) não se comunicam as condições ou circunstâncias de caráter pessoal (de natureza subjetiva); 2ª) a circunstância objetiva não pode ser considerada no fato do partícipe se não ingressou na esfera de seu conhecimento; 3ª) as elementares, sejam de caráter objetivo ou pessoal, comunicam-se entre os fatos cometidos pelos participantes, desde que tenham ingressado na esfera de seu conhecimento” (Código penal Anotado, 4ª ed., SP, Saraiva, 1994, pág. 116); concluindo-se que no caso de qualificadora ou causa de especial aumento de pena, a agravação só se estende ao partícipe quando em relação a ela tiver atuado, no mínimo, a título de culpa.

Bem por isso já assentou a jurisprudência deste egrégio Tribunal que “as circunstâncias objetivas, entre as quais está o modo de execução do delito, somente se comunicam ao autor intelectual do homicídio quando delas tiver conhecimento” (Ap. Crim. n.

24.000, de Orleans, rel. Des. Tycho Brahe, j. em 27/3/89).

12. Por outro lado, para os crimes dolosos contra a vida afetos a julgamento pelo Tribunal do Júri, nos casos de co-autoria, ensina o grande Professor Hermínio Alberto Marques Porto que, “sem conhecimento inequívoco e descrito pela pronúncia da autoria direta, ou com diversificações de atos agressivos imediatamente voltados contra a vítima, ou diversificações de condutas cooperadoras dirigidas para resultado por todos desejado, a melhor forma de aferição da vontade dos jurados quanto à responsabilidade de cada um dos co-autores, está na formulação de quesito inicial, em cada uma das séries, não individualizante do autor. Tal quesito, dando referência à ‘terceira pessoa’, então como oração de sujeito indeterminado, indagará da materialidade do fato, noção que comporta uma conduta humana e seu resultado no mundo físico. Tal quesito, dando referência à ‘terceira pessoa’, então como oração de sujeito indeterminado, indagará da materialidade do fato, noção que comporta uma conduta humana e seu resultado no mundo físico. Tal quesito, dando referência a uma conduta humana não individualizada, possibilita, como ponto inicial uma seriação indagativa lógica, decidam os jurados, após afirmado também o segundo quesito sobre a letalidade (‘— Essas lesões deram causa à morte da vítima?’), da participação, ou não, do réu em julgamento no homicídio.

“Nos casos de co-autoria sem conhecimento inequívoco e descrito pela pronúncia da autoria direta, ou com diversificações de atos agressivos imediatamente voltados contra a

vítima, ou diversificações de condutas cooperadas dirigidas para resultado por todos desejado, a melhor fórmula de aferição da vontade dos jurados, quanto à responsabilidade de cada um dos co-autores, está na formulação de quesito inicial, em cada uma das séries, não individualizante do autor. Tal quesito, dando referência à ‘terceira pessoa’, então como oração de sujeito indeterminado, indagará da materialidade do fato, noção que comporta uma conduta humana e seu resultado no mundo físico. Tal quesito, dando referência à conduta não individualizada, possibilita, como ponto inicial de uma seriação indagativa lógica, decidam os jurados, após afirmado também o segundo quesito sobre a letalidade (‘— Essas lesões deram causa à morte da vítima?’), da participação, ou não, do réu em julgamento no homicídio. Entendemos como imprópria a fórmula, em alguns processos encontrada, de redação do inicial quesito sem menção ao sujeito indeterminado (terceira pessoa), dando somente atenção ao resultado (‘— no dia, hora e local, sofreu o ofendido B as lesões descritas no laudo de fls.?’); imprópria a redação por limitada à indagação em conduta humana, valendo dizer, da presunção de ilicitude, circunstância que vai impossibilitar, quando da votação do terceiro e individualizador quesito, o relacionamento do réu em julgamento com um homicídio.

“A adoção do quesito inicial não especificador de autoria determinada programa a racional coleta da vontade dos jurados, os quais, após afirmarem, ainda sem conotação com o réu em julgamento, a existência de um homicídio, decidirão, na votação do terceiro

quesito e com atenção ao campo da co-participação criminosa, do envolvimento do acusado em julgamento, participação esta que, dentro do sistema de inicial indagação da autoria indeterminada, poderá até restar — se negada, no julgamento dos outros réus, suas participações — definida como única e direta. A fórmula genérica, e de inspiração textual (art. 29 do CP), na redação do terceiro e individualizador quesito ('— O réu A concorreu, de qualquer modo, para a prática do homicídio?') possibilita ao Conselho de Sentença 'liberdade de reconhecer a participação' do réu em julgamento, qualquer que tenha sido sua exteriorização; tal fórmula genérica, que deve vir desde o libelo, somente não será adotada quando a co-participação tiver sido, inquestionavelmente, conhecida em seus pormenores individuais, e, além do mais, quando possa ser apresentada em 'proposição simples' (inciso VI do art. 484), ou seja, apresentada sem cumulação ou complexidade de circunstâncias da conduta.

"(...)

"Assim, a indagação da co-autoria deve ficar contida em único quesito, com a adoção, se complexa a colaboração, da fórmula genérica da lei penal ('de qualquer modo' — art. 29 do CP), ou de referência à conduta colaboradora se de fácil descrição, não sendo permitida a apresentação da indagação em dois quesitos, um com a fórmula genérica da lei penal e outro com a descrição da conduta colaboradora, pois tal sistema, pela repetição da mesma circunstância, importa em gravame à defesa e em violação à ordenação do questionário, que deve ser equilibrada e racional; presente em questionário ordenação assim bifron-

te, a aceitação do primeiro dos quesitos, por implicar no prejuízo da votação do outro, não fala de nulidade insanável" (Júri, 6ª ed., RT, SP, pág. 204).

No caso do autos, os jurados foram questionados apenas sobre o genérico concurso de pessoas previsto no art. 29 do Código Penal, quando era indispensável fossem indagados acerca de qual dos agentes teria sido o autor dos disparos e das facadas, eis que em não sendo Lenoir e Iraci autores diretos dos crimes, deveria o Júri ser questionado também a que título foram responsabilizados diante da alegada ausência de vínculo psicológico.

Ressalte-se, quanto a Lenoir, ser questionável o nexo de causalidade entre conduta de ter emprestado sua arma e o homicídio praticado contra Gilmar (praticado com uma faca).

Extrai-se, por oportuno, de parecer da lavra do ilustre Procurador de Justiça, Vidal Vanhoni Filho, inserto em acórdão da lavra do eminente Des. Alberto Costa, importantes considerações acerca da matéria:

"A acusação protestou contra o questionário, observando que o mesmo, além de não se adequar ao libelo, omite o quesito alusivo à co-autoria genérica. O protesto foi registrado na ata. Segue-se, então, que, ainda que se considere a nulidade, por deficiência dos quesitos, relativa, o protesto, evitando a preclusão temporal, obsteu a sanção.

'Em verdade, enquanto o co-réu Luciano Vieira disparou um tiro de revólver, o réu Samuel Viertel desferiu diversos golpes de faca contra a vítima Jorge Polidório, que sofreu variadas lesões corporais, vindo a morrer, de acordo com o exame médico-legal, em

razão do choque hipovolêmico causado pela lesão provocada pela arma de fogo.

‘Segue-se daí que o questionário precisava ser desdobrado, usando-se de fórmula indagativa impessoal no quesito correspondente à materialidade. Aliás, Julio Fabbrini Mirabete, glosando o artigo 484 do Código de Processo Penal, anota que, dependendo das peculiaridades do caso, a questão sobre a autoria e a materialidade, incluindo-se a relação de causalidade, deve ser objeto de quesitos diversos (Código de Processo Penal Interpretado, pág. 553, item 484.2).

‘Hermínio Alberto Marques Porto, por sua vez, dissertando sobre a co-autoria, adverte:

‘Se dois ou mais agentes agrirem a vítima, em concordância de vontades e com diversificados meios e modos agressivos, o inicial quesito da série de cada réu deve adotar a fórmula indagativa não individualizadora, o que impedirá embaraços dos jurados na apreciação do nexu objetivo das condutas individuais com o resultado lesivo... (Júri, pág. 203, item 154).

‘Na hipótese, pois, de dois ou mais réus, o quesito relativo à materialidade deve ser redigido em primeiro lugar e de forma indeterminada, impessoal, perquirindo-se, nos subseqüentes quesitos, a co-autoria específica e a genérica, sob pena de nulidade (RT 601/391). Daí por que a instrução que essa egrégia Casa de Justiça já ministrou, continua boa e prestadia (JC 41/364). O quesito da materialidade não deveria, destarte, exprimir ou referenciar as condutas individuais do réu e do co-réu. O quesito inicial sobre a co-autoria específica cu-

idaria do contributo especial e determinado que o réu emprestou à ação do co-réu. E o quesito imediatamente seguinte seria a respeito da co-autoria genérica, perguntando-se aos jurados, sem especificação de ato, atitude ou palavra, se o réu colaborou de qualquer modo para o evento, até porque a defesa sustentara em plenário a tese do crime impossível. Evidentemente a tese do crime impossível incidiu de maneira direta sobre o fato principal, negando a relação de causalidade no que pertinha à co-autoria específica. Ocorreria a impropriedade absoluta do objeto, porque os golpes de faca foram dados quando a vítima já estava morta, ou ocorreria a ineficácia absoluta do meio porque a fraca intensidade dos golpes não era suficiente à produção de ferimentos letais. A tese do crime impossível, contudo, não incidia sobre a co-autoria genérica, que constitui na colaboração, de qualquer modo, por parte do réu ao tiro mortal que o co-réu disparou contra a vítima.

‘Logo, o quesito sobre a materialidade, fazendo menção pessoal direta ao réu e indireta ao co-réu, a par de englobar as respectivas condutas individuais, por um lado, e a omissão do quesito da co-autoria genérica, por outro lado, prejudicaram a deliberação dos jurados em torno do teor da acusação. Quando os jurados recusaram a materialidade da infração, assim procederam, por óbvio, tendo em mira a co-autoria específica, já que não era tolerável, sob o prisma lógico-jurídico, recusar-se o choque hipovolêmico decorrente do ferimento por arma de fogo, praticado pelo co-réu, como causa da morte da vítima. A compreender-se a situação de maneira diversa, prati-

car-se-ia um atentado contra a inteligência dos jurados.

‘Enfim, a autoridade jurisdicional, redigindo mal o quesito da materialidade e deixando de formular o quesito da co-autoria genérica, impediu que os jurados se manifestassem às complexas sobre o libelo.

‘O vício procedimental, precisamente porque não permitiu que os jurados deliberassem plenamente em torno da co-autoria, tornou inutiliter datur o veredicto absolutório.

‘Os precedentes desta egrégia Casa de Justiça em torno da matéria, que o ilustre Promotor de Justiça lembrou, se ajustam integralmente à espécie, valendo destacar-se o mais significativo:

‘Tratando-se de crime cometido em concurso de agentes é indispensável a votação do quesito referente à co-operação in genere — guardada a correlação com a acusação (o réu concorreu de qualquer modo para o crime?) —, ante a negativa pelo júri de ter o réu praticado atos de execução (Ap. Crim. n. 32.207, DJSC de 10/1/95, pág. 9)’ (fls. 235/238).

‘Evidente, portanto, a absoluta nulidade do julgamento por omissão de quesito obrigatório, razão pela qual manda-se o réu a novo julgamento, recomendando-se, a título de instrução, que no próximo júri observe-se o seguinte questionário:

“1º — No dia 5 de março de 1995, por volta das 22 horas, no trilho do bairro Itaum, nesta Cidade e Comarca, a vítima Jorge Polidório recebeu as lesões descritas no auto de exame cadavérico de fls. 7?

“2º — Essas lesões foram a causa da morte da vítima?

“3º — O réu Samuel Vertiel produziu algumas dessas lesões?

“4º — Não tendo produzido nenhum desses ferimentos, concorreu, todavia, de qualquer modo, para a prática do crime?” (Ap. Crim. n. 97.005576-5, de Joinville, rel. Des. Alberto Costa, j. em 13/10/98).

13. De tudo o exposto, não há como manter-se a decisão do Conselho de Sentença que, diante das peculiaridades do caso, deveria ter sido melhor instruído sobre os quesitos, fulminando o julgamento por nulidade posterior à pronúncia em face da deficiência dos quesitos (que não se confunde com formulação ou redação irregular) que sendo de ordem pública não está sujeita à preclusão pela ausência de oportuna alegação.

Da orientação de Ada Pelegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, neste sentido:

“(…) o Código de Processo Penal arrola como causa de invalidade do julgamento pelo Júri a ‘deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e a contradição entre estas’ (art. 564, parágrafo único, acrescentado pela Lei n. 263, de 23 de fevereiro de 1948); qualquer dessas irregularidades acarretará a nulidade absoluta do julgamento, porquanto viciada, irremediavelmente, a própria decisão popular” (As Nulidades no Processo Penal, SP, Malheiros, 1992, pág. 214).

Continuando, lecionam:

“Também é indispensável que o questionário seja completo, incluindo indagações sobre todas as teses da

acusação, constantes do libelo, e sustentados pela defesa no plenário, assim como os denominados quesitos obrigatórios, necessariamente formulados de ofício pelo juiz, por imposição legal (art. 484, parágrafo único, III e IV, do CPP) ou porque decorrentes da resposta dada a outro quesito” (ob. cit., pág. 216).

Cita-se, deste Relator:

“Júri — Nulidade — Ausência de registro na ata — Preclusão — Quando ocorre.

‘A ausência de reclamação ou de protesto da parte interessada reveste-se de aptidão para gerar, de modo irrecusável, a preclusão de sua faculdade processual de argüir qualquer nulidade porventura ocorrida. O silêncio da parte tem efeito convalidador dos vícios eventualmente verificados durante o julgamento, ressalvados os defeitos e irregularidades que, por sua seriedade e gravidade, haja induzido os Jurados a erro, dúvida, incerteza ou perplexidade sobre o fato objeto de sua apreciação decisória. Precedentes’ (Revista Trimestral de Jurisprudência 136/608 e 1.233).

“Júri — Nulidade — Deficiência dos quesitos.

“A deficiência dos quesitos (= falta de quesitos), que não se confunde com a simples formulação irregular dos mesmos, é nulidade absoluta prevista no parágrafo único do artigo 564 do CPP, acrescentado pela Lei n. 263/48, não estando sujeita à preclusão pela ausência de oportuna alegação” (Ap. Crim. n. 28.778, de Araranguá, j. em 24/5/93).

Com efeito, o art. 484, III, do CPP, estatui que se o réu apresentar na sua defesa, ou alegar nos debates,

qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime, ou o desclassifique, o Juiz fará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal.

14. Ao contrário, sobre o mérito do recurso interposto por Pedro Adasir Lucas, não houve decisão contrária à prova dos autos, colhendo-se das bem-lançadas contra-razões ofertadas pela ilustre Dra. Vania Cella Piazzza:

“A decisão dos conselhos de sentença (o acusado já foi condenado por duas vezes) foi a mais acertada e de acordo com a prova dominante nos autos.

“Pedro Adasir Lucas apresentou em Juízo a tese da negativa de autoria, pretendendo ver-se excluído da responsabilidade penal, dizendo-se alheio às intenções homicidas dos demais réus. Não se pode deixar de dar relevância aos depoimentos dos demais réus. Não se pode deixar de dar relevância aos depoimentos dos demais co-réus que relatam de forma verossímil e sem se escusar de culpa, a participação ativa e decisiva de Pedro Lucas no desenrolar dos fatos. É de se salientar que todos os depoimentos colhidos na fase policial foram acompanhados por pessoas conhecidas da comunidade. Também há nos autos e foi apresentada em plenário, nos dias dos julgamentos, uma fita de videocassete, em que, em entrevista a programa policial local, há o relato dos fatos pelos acusados, sendo elemento que aliado às demais provas trazem o convencimento da efetiva participação do apelante nos crimes.

“É importante salientar o depoimento de João Soares Leal nas fls. 87,

dos autos: '...O depoente convidou Pedrinho Lucas no bar Alto Astral, na Hidroeste, sendo que contou ao mesmo a história de Juraci ter-lhe convidado para matar o irmão dele, que Pedrinho disse que iria pensar no assunto como seria executado o crime, tendo aceito o convite (...) Que Pedrinho e Brito mataram Gilmar, sendo que o depoente estava adentrando para o lado da sala, quando Pedrinho estava levando a faca no pescoço de Gilmar'. Também o depoimento de Juraci Beutler é neste sentido (fls. 96): '...Que um dos elementos o depoente já conhecia, inclusive, já havia conversado com o mesmo sobre a matança, juntamente com Joãozinho, tratando-se de Pedrinho Lucas... Que no interior do banheiro Joãozinho sacou de um revólver e Pedrinho de uma faca dizendo ao depoente que iriam fazer o serviço (...) após um minuto, Joãozinho sacou de um revólver e Pedrinho e Valdair sacaram das facas e se aproximaram de Gilmar; que no instante seguinte, Pedrinho desferiu uma facada no pescoço de Gilmar (...) enquanto Pedrinho acabava de executar o irmão do depoente, Joãozinho rapidamente adentrou ao compartimento da sala para matar os demais membros da família (...) Valdair de Brito também relata os fatos de maneira idêntica (fls. 100) '...que Pedrinho pulou no irmão do mandante, primeiramente, sendo que cortou-lhe rapidamente o pescoço sem que este pudesse reagir, que neste momento Joãozinho foi para o lado do quarto e começou a atirar (...) Reinquirido Valdair relata que: 'que em seguida Pedrinho faqueou a vítima no pescoço, quando o sangue começou a jorrar pelo assoalho e sujou a roupa de Pedrinho com sangue principalmente o lado

direito, camisa e calça; que a calça de Pedrinho continha mais sangue do que a camisa; que quando já se encontravam presos na cadeia pública de São Carlos, Pedrinho contou na presença do depoente e também havia comentado na presença do preso Brizola que tinha enterrado a roupa juntamente com a faca, próximo da casa em Nossa Senhora das Graças (...) que comentou na cadeia, na presença de Brizola que foi o autor da morte do rapaz, que comentou que a roupa apreendida pela polícia foi 'sujada' ou suja e molhada para que a polícia acreditasse e levasse aquela roupa, como efetivamente fez (...) Iraci Triaca relata que ao voltarem os acusados, após o crime, ao veículo (fls. 111) '...que Pedrinho Lucas estava ensanguentado...'

"Também incriminaram Pedro Lucas os relatos de Carlos Brizola Padilha (fls. 68) ao relatar que Pedro Lucas lhe contou como ele e os co-réus praticaram os crimes, além de que havia enterrado a roupa, a faca e o sapato, após os delitos. Relata também que: '...Joãozinho e Pedrinho combinaram de convencer Juraci para assumir a autoria do delito...'

"Jane Ferreira (fls. 69) relata que na noite dos fatos, por volta das três horas da manhã Pedrinho a chamou para abrir a porta, encontrando este na área só de cuecas.

"Lenoir Pegoraro e sua esposa também relatam a presença de Pedro Lucas no momento do empréstimo da arma.

"Há portanto incriminando Pedro Lucas os depoimentos de João Soares Leal, Valdair de Brito, Iraci Triaca, Lenoir Pegoraro, Carlos Brizola Padilha, Jane Ferreira e de Juraci Beutler (o

mandante do crime), além das evidências que são tantas.

“A nova versão apresentada pelos réus na fase judicial é de todo despropositada e inverossímil. Juraci Beutler afirmou em Juízo ter ele mesmo degolado o irmão Gilmar. Esta afirmação é contrária às provas e também às evidências, posto que seria praticamente impossível que aquele que degolou Gilmar não se sujasse de sangue. É revelador da autoria direta de Pedro, quanto à morte de Gilmar o fato de Juraci não estar com as roupas sujas de sangue, após os crimes, como muitas pessoas puderam observar. Ora, se não tivesse sido Pedro, teria sido Juraci. Mas se tivesse sido Juraci, impossível que não estivesse com as roupas sujas de sangue, pois o rompimento dos vasos sangüíneos do pescoço, como é sabido, faz o sangue esguichar, fato, aliás, indicado pela enorme área que foi encharcada pelo sangue de Gilmar, conforme se vislumbra nas fotos dos autos. Se Pedro é o autor direto da morte de Gilmar, é porque participou da trama, tendo assim contribuído para a realização de todo o quadro, que envolveu as demais mortes e a tentativa de homicídio.

“Enfim, as provas e as evidências depõem contra Pedro Lucas e da análise dos autos o que se colhe é a convicção de que foi ele um dos principais articuladores das três mortes e da tentativa de homicídio. Tanto isto é verdade que já dois Conselhos de Sentença o julgaram culpado.

“É da jurisprudência: ‘A palavra do réu, isolada e discordante do contexto probatório, não pode ser erigida em versão de molde a favorecer as teses defensivas’ (JC 55/365).

“Quanto à prática da tentativa de homicídio contra Normando Beutler também não resta dúvida, posto que João Leal disparou três tiros, cada qual com o propósito de causar a morte de qualquer uma das vítimas. A morte de Normando só não ocorreu pelo fato deste ter pulado pela janela antes que um tiro lhe alcançasse. João Leal não deixou de matar Normando por arrependimento, mas por uma circunstância totalmente alheia a sua vontade, tanto que após a fuga relatam os réus que teriam saído à procura de Normando para ceifar-lhe a vida, não o encontrando. Pedro Lucas consentiu nos resultados por isso foi responsabilizado.

“As qualificadoras restaram provadas de forma incontestável, posto que o relato de Juraci, o mandante do crime, e dos acusados é no sentido de que receberiam pela morte da família Beutler quatro juntas de bois e um Corcel ano 1977, havendo também um pagamento feito em data anterior ao crime pelo comerciante de Linha Maidana Arlindo Hermes. A palavra insuspeita da testemunha é no sentido de que dias antes dos crimes teria efetuado, a mando de Juraci Beutler, a entrega de R\$ 100,00 (cem reais) ao mandatário João Soares Leal. O recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa das vítimas consiste na surpresa, já que os acusados disfarçaram sua intenção homicida atingindo as vítimas desprevenidas, não supondo e nem podendo supor que seriam alvo de violência que lhes seria dirigida. Os acusados pediram pousada e foram acolhidos no recesso de um lar pelas vítimas que os receberam com hospitalidade, não suspeitando nem de longe que os amigos do filho Juraci estariam ali, naquela noite, para lhes tirar a

vida. Não há dúvida que os autores criaram deliberadamente uma situação que os colocou em vantagem em relação às desavisadas vítimas" (fls. 1.298/1.301).

Nesse passo, cabia ao Conselho de Sentença, diante da duplicidade de versões, optar por uma delas, desde que verossímil como no caso e, fazendo por aquela condenatória, não decidiu de maneira manifestamente contrária à prova dos autos porque, ao contrário do que quer fazer crer a douta defesa, os fatos narrados na exordial acusatória encontram robusto suporte nos autos.

Vê-se, pois, que a tese defensiva da legítima defesa apresentada pelo acusado revelou-se fraca, tanto que rejeitada pelo Conselho de Sentença que, com base em elementos contidos nos autos, extraídos das palavras das testemunhas mencionadas e corroboradas pelos laudos periciais de exames cadavéricos, preferiu, dentro de sua soberania no exame de matéria de fato, lançar edito condenatório que, assim, não pode ser acoimado de manifestamente dissociado da prova, porque tem base suficiente no caderno processual.

A jurisprudência, inclusive deste Tribunal, é uníssona no sentido de que "a decisão do Júri que, com supedâneo nos elementos constantes do processo, opta por uma das versões apresentadas não pode ser anulada sob a alegação de ser contrária à pro-

va dos autos, pois tal procedimento só se justifica quando a decisão dos jurados é arbitrária, totalmente dissociada do conjunto probatório" (JC 62/255), o que não é o caso dos autos.

No mesmo sentido, os seguintes arestos:

"Não se pode falar em decisão contrária à prova dos autos se os jurados apreciaram os elementos probantes e firmaram seu convencimento, adotando a versão que lhes pareceu mais convincente" (TJPR — RT 590/405; idem TJSP — RT 626/290).

16. Diante do exposto, conhece-se dos recursos, nega-se provimento ao interposto por Pedro Adasir Lucas; dá-se provimento aos interpostos pelo Ministério Público, Lenoir Domingos Pegoraro e Iraci Claudete Soares Fávero Triaca, determinando-se que a outro julgamento sejam submetidos, prejudicado o do Assistente da Acusação.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, e lavrou parecer subscrito pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 15 de junho de 1999.

José Roberge,
Presidente com voto;
Nilton Macedo Machado,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.007916-3, DE PALMITOS**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

Homicídio culposo — “Trombose mesentérica” — Erro médico — Negligência no diagnóstico — Dúvida — Aplicação do art. 386, VI, do CPP — Absolvição mantida — Recurso não provido.

A relação médico/paciente origina obrigação de meio e não de resultado, em a qual o primeiro, utilizando-se dos recursos disponíveis, deve comportar-se diligente e cuidadosamente, de acordo com a ética; não sendo a medicina, assim como o direito, uma ciência matemática, com métodos obrigatórios e rígidos de diagnóstico, não se pode presumir culpa pela infelicidade ocorrida, apenas em razão da orientação equivocada dada ao caso.

“A previsibilidade deve ser estabelecida conforme a capacidade de previsão de cada indivíduo, sem que para isso tenha que se recorrer a nenhum ‘termo médio’ ou ‘critério de normalidade’” (Eugênio Raúl Zaffaroni).

A culpa presumida não é admissível em nosso Direito Penal, nem a responsabilidade objetiva, esta que é própria do Direito Civil, devendo estabelecer-se o vínculo psíquico efetivo entre o agente e o resultado; na dúvida, a absolvição é medida que se impõe.

“Para o exame da conduta culposa de profissionais da medicina, torna-se de substancial importância a análise dos elementos de natureza técnica contidos no processo, não bastando o juízo crítico de leigos sobre a questão, informado de pesada carga emocional e relacionado mais diretamente a aspectos secundários do comportamento profissional dos médicos’ (RT 574/357). ‘A acusação por homicídio culposo, grave por si só, é mais grave ainda quando dirigida a um médico. Daí a razão jurídica e lógica de exigir a prova cabal, plena, segura, certa da existência da culpa na causalidade do evento, no sentido material e psicológico’ (RT 589/355)” (Ap. Crim. n. 30.130, rel. Des. Souza Varella).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.007916-3, da comarca de Palmitos, em que é apelante a Justiça Pública, por seu Promotor, e apelado José Luiz Frantz:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Palmitos, o representante ministerial ofereceu denúncia contra José Luiz Franz, dando-o como incurso nas sanções do art. 121, § 3º c/c § 4º, do Código Penal, porque:

“No dia 3 de dezembro de 1991, ao chegar em casa da roça, no final da tarde, a vítima Arlindo Cossa passou a se sentir mal, com dores na barriga.

“Preocupados com o seu estado de saúde, a vítima e sua esposa, a Sra. Doracilde Terezinha Cossa, por volta das 22 horas, se dirigiram até o Hospital Divina Providência, situado nesta cidade de Palmitos, a fim de buscar socorro médico.

“Ao chegar no nosocômio, a vítima foi atendida pelo médico plantonista Danilo Rheinheimer que, tendo verificado que Arlindo Cossa apresentava dor abdominal, vômitos, diarreia, febre e pressão alta, ministrou-lhe medicamentos e recomendou a sua internação, a fim de que ficasse em observação e atestou gastroenterite com diagnóstico provisório.

“Na manhã do dia 4 de dezembro de 1991, terminado o seu plantão, o médico Danilo Rheinheimer deixou a vítima aos cuidados do denunciado.

“Tendo assumido o tratamento da vítima, o denunciado prescreveu-lhe medicamentos, tomando por base o diagnóstico provisório e sintomas apresentados e ainda com base em exames laboratoriais realizados.

“No entanto, o quadro geral da vítima passou a se agravar, apresentando abdômen distendido e sinais de desidratação, e seu estado impressionava as pessoas que o visitavam, que certificaram que Arlindo Cossa estava ‘com manchas roxas por todo o corpo’,

‘com muito frio’, ‘com a barriga enorme e muito estufada’, ‘que não podia urinar’ e ‘que estava com os lábios muito secos’.

“Assustados com a situação da vítima, que não apresentava qualquer melhora, pois, ao contrário, piorava rapidamente, seus familiares questionavam o denunciado sobre o seu estado e sugeriram que fosse encaminhado para o Hospital de Chapecó, em busca de melhores recursos.

“Apesar disto e diante do quadro de involução do estado clínico da vítima, que exigia a consideração de outro diagnóstico através da realização de novos exames, sobretudo o radiológico, o denunciado, por negligência, insistiu no tratamento inicial.

“Em face de tal situação, no dia 5 de dezembro de 1991, por volta das 14h30min, quando a vítima não mais conseguia sequer falar, revoltados com o descaso do denunciado, a família resolveu removê-lo para o hospital de Chapecó.

“No entanto, por conta da diligência do denunciado, que deixou de realizar os exames e tratamento que se evidenciavam necessários, Arlindo Cossa veio a falecer a caminho do hospital de Chapecó, na altura da localidade de Linha Pratas, no município de São Carlos, tendo como causa mortis trombose mesentérica (documento de fls. 11)” (fls. 2/4).

Foi admitida assistente de acusação e, concluída a instrução criminal, o réu restou absolvido da imputação que lhe foi atribuída, com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

Inconformado, apelou o representante ministerial, secundado pela

assistente da acusação, com fulcro no art. 593, I, do CPP, pretendendo a condenação do réu nos termos da denúncia, eis que teria agido com evidente negligência, dando causa ao óbito da vítima.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pela Dra. Walkyria Ruicir Danielski, manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

1. A sentença absolutória merece ser mantida, pois os elementos contidos nos autos não permitem a segura conclusão de que, com seu comportamento, o médico José Luiz Frantz, ora apelado, contribuiu culposamente para a morte da vítima.

Relembrando os fatos, tem-se que por volta das 22 horas do dia 3/12/91, a vítima Arlindo Cossa, sua esposa Doracilde e seu filho Gilson, dirigiram-se até o Hospital Divina Providência, na cidade e comarca de Palmitos, a fim de buscar socorro médico para o primeiro que sentia dores na barriga, sendo atendida pelo médico de plantão Danilo Rheinheimer que, em face de vômitos e dor abdominal (fls. 16), solicitou hemograma e recomendou a internação, a fim de que ficasse em observação, ministrando-lhe medicamentos.

No dia seguinte pela manhã, terminado o seu plantão, referido médico, com base nos sintomas apresentados e no hemograma solicitado, atestou gastroenterite como diagnóstico provisório, sendo a vítima, a seu pedido, deixada aos cuidados do denunciado, que prescreveu medicamentos, solicitando novo hemograma.

Segundo a responsável pelo setor de enfermagem do nosocômio, Therezia Zélia Theisen (Irmã Rogéria), “na manhã do dia 4, como de costume, a depoente foi visitar os doentes; que, passou no quarto do Sr. Arlindo Cossa e este lhe disse ‘que estava um pouco melhor’; que, a depoente não percebeu nada de estranho no Sr. Arlindo, que estava com aparência de um doente que estava sendo tratado; que, na tarde do dia 4, a depoente retornou ao quarto e Arlindo não falou nada de que não estivesse se sentindo bem, ou que estivesse pior” (fls. 28).

Continua, afirmando que “na manhã do dia 5, ao entrar no quarto, Arlindo lhe disse que estava melhor; que na tarde do dia 5, o médico foi ao quarto de Arlindo antes da depoente e prescreveu os medicamentos; que, assim que o médico, Dr. Frantz, receitou os medicamentos, a depoente foi até o quarto e percebeu que o paciente estava piorando; que a depoente perguntou quando havia começado a se sentir mal e ele respondeu que um pouco antes do meio-dia; que, ao meio-dia do dia 5, Arlindo comeu gelatina e pediu água gelada; que, Arlindo dizia que sentia-se estufado” (fls. 28).

Em face de tal situação, no mesmo dia, por volta das 14 horas, quando os familiares da vítima chegaram para visitá-lo, resolveram removê-lo para o hospital de Chapecó, vindo a falecer no caminho, tendo como causa mortis trombose mesentérica (fls. 17), confirmada inclusive com a exumação do cadáver.

Durante o período em que a vítima esteve internada e aos cuidados do apelado (manhã do dia 4/12/91 até 14 horas do dia 5/12/91), várias pesso-

as a visitaram — na maioria familiares — e, posteriormente, fizeram observações que devem ser consideradas, não obstante o entendimento de que “para o exame da conduta culposa dos profissionais da medicina, torna-se de substancial importância a análise dos elementos de natureza técnica, contidos no inquérito policial, não bastando o juízo crítico sobre a questão, informado de pesada carga emocional” (TACrimSP, HC n. 108.986, rel. Dias Filho, j. em 1º/10/81).

Doracilde Terezinha Cossa, esposa da vítima, 6 (seis) dias depois dos fatos, declarou à Dra. Promotora de Justiça Substituta, em exercício na Comarca, que na tarde do dia 4 permaneceu com seu esposo até as 15h30min, sendo “que foi para casa muito preocupada pois seu esposo encontrava-se com uma cor muito feia” (fls. 10), acrescentando, ao depois, já na Delegacia de Polícia (em 19/12/91) que “estava branco e manchado e com os lábios muito secos” (fls. 19), retornando ao hospital somente no dia 5, um pouco antes das 14 horas, quando “percebeu que ele estava mal, todo manchado de preto, muito frio e com a barriga ‘muito estufada’” (fls. 10).

Observe-se que a par da descrição perfeita dos sintomas de septicemia ocasionada pela bacteremia, os fatos coadunam-se com o relatório de enfermagem de fls. 16, bem como com a descrição dos fatos feita pela Irmã Rogéria de que os sinais determinantes da enfermidade só apareceram na manhã do dia 5/12/91.

Além disso, os outros familiares que, segundo o ilustre Promotor de Justiça ora apelante, estiveram visitando a vítima e atestaram que “estava

‘com manchas roxas por todo o corpo’, ‘com muito frio’, ‘com a barriga enorme e muito estufada’, ‘que não podia urinar’ e ‘que estava com os lábios muito secos’” (fls. 3), o fizeram na manhã do dia fatídico, não se podendo concluir que a vítima piorava visivelmente.

2. Nos crimes materiais, o art. 13 do Código Penal Brasileiro determina que todo o evento que concorreu para a produção do resultado lesivo é causa; adotando, assim, a chamada teoria da equivalência dos antecedentes, pela qual tudo o que contribui para o resultado é causa.

Julio Fabbrini Mirabete ensina sobre a teoria abraçada no Código Penal que “não se distingue entre causa (aquilo que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos, seja positivamente a título de instrumento ou meio, seja negativamente, afastando os obstáculos). As forças concorrentes equivalem-se e sem uma delas o fato não teria ocorrido (conditio sine qua non). Todos os fatos que concorrem para a eclosão do evento devem ser considerados causa destes. Basta que a ação tenha sido condição para o resultado, mesmo que tenham concorrido para o evento outros fatos, a ação é causa, e o agente é causador dele” (Manual de Direito Penal, 15ª ed., SP, Atlas, vol. 1, 1999, pág. 111).

E complementa:

“Para que se possa reconhecer se a condição é causa do resultado, utiliza-se o processo hipotético de eliminação, segundo o qual causa é todo antecedente que não pode ser suprimido in mente sem afetar o resultado” (idem).

É forçoso acompanhar a conclusão do ilustre tratadista no sentido de que “não se elimina a relação de causalidade pela existência de uma concausa (preexistente, concomitante ou superveniente)” (ibidem).

O saudoso mestre Nelson Hungria bem ponderou:

“A equivalência dos antecedentes causais é um irrefutável dado de lógica, e nada impede que seja reconhecido na esfera jurídico-penal, desde que se não confundam a causalidade objetiva e a causalidade subjetiva (culpabilidade), a *imputatio facti* e a *imputatio juris*. Se o reconhecimento do nexa causal entre a ação ou omissão e o resultado coincidissem com o juízo de culpabilidade, a teoria da equivalência seria, no terreno do direito penal, evidentemente imprestável, pois, autorizaria, para efeito da *imputatio juris* ou da punibilidade, uma regressão infinita às condições antecedentes. No caso do homicídio, por exemplo, não escaparia à sanção penal nem mesmo o fabricante da arma com que foi o crime praticado.

“A teoria em questão é a preferível dentre todas as formuladas sobre a causalidade física, pois serve a uma solução simples e prática do problema. A pergunta — quando a ação ou omissão é causa do resultado?, ela responde de modo preciso e categórico: a ação ou omissão é sempre causa quando, suprimida in mente (‘processo de eliminação hipotética’, na frase de Thyrén), o resultado in concreto não teria ocorrido. Mas a causalidade física não é, nem podia ser o único pressuposto da punibilidade; acha-se esta, igualmente, subordinada à culpabilidade do agente. Após a averiguação de um evento penalmente típico na sua

objetividade, tem-se de apurar, não somente se foi causado por alguém, mas, também, se o agente procedeu dolosa ou culposamente. O requisito da culpabilidade é, sob o prisma jurídico-penal, um corretivo à excessiva amplitude do conceito de causa (no sentido puramente lógico). Assim, no exemplo acima figurado, o fabricante da arma ofensiva não é penalmente chamado a contas pelo resultado ‘morte’, pois este não lhe pode ser psiquicamente imputado a título de dolo ou culpa” (Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo II, RJ, Forense, 1958).

O não menos renomado Magalhães Noronha também ensinou, quanto ao limite da teoria em apreço, que “claro é que a teoria da equivalência dos antecedentes se situa exclusivamente no terreno do elemento físico ou material do delito, e por isso mesmo, por si só, não pode satisfazer à punibilidade. É mister a consideração da causalidade subjetiva; é necessária a presença da culpa (em sentido amplo)” (Direito Penal, 24^a ed., SP, Saraiva, vol. 1, pág. 118).

Não é por outro motivo também que os escritos doutrinários são unânimes ao apontar o “processo de eliminação hipotética”, de Thyrén, como operação destinada a verificar se um determinado fato é, ou não, causa de um crime.

Esse método consiste em um processo mental no qual imaginariamente suprime-se o fato e, após, verifica-se, em face desta exclusão, a ocorrência, ou não, do resultado lesivo. Inexistindo o evento e persistindo o resultado, não há nexa causal; mas se a exclusão do evento implicar na incoerência do resultado, então há o vínculo

ligando-os, devendo o evento suprimido ser considerado causa do resultado.

3. Considerando-se que o evento danoso pode ser derivado tanto de uma ação positiva como de um comportamento negativo, temos a omissão causal, ou seja, uma manifestação externa, que, apesar de não se materializar por meio de um ato físico — ao contrário, é a ausência desse ato —, é percebido pelo intelecto como realidade, ou, como ensina Anibal Bruno, citado por Magalhães Noronha, “esse comportamento que consiste em um não fazer, não revela espontaneamente seu conteúdo. Este é o não cumprimento da ação que teremos de caracterizar não como uma ação qualquer, mas como a ação determinada, que, nas circunstâncias, era de esperar do agente’ (...) conseqüentemente, a omissão é, de um lado, não fazer, de outro, colisão entre esse comportamento e uma norma. Apresenta, assim, caráter normativo, que, entretanto, não exclui, mas antes exige um estado físico da pessoa, que é a conduta omissiva, o elemento naturalista” (Do Crime Culposo, 3ª ed., SP, Sariva, 1974, pág. 50).

Entretanto, em relação ao direito, nem toda omissão é causa, só podendo assim ser considerada aquela que não impediu o resultado, o qual não teria ocorrido se se tivesse atuado; além disso, a omissão só é causa quando há o dever de impedir o resultado, advindo de uma norma legal, como o de proteção e assistência entre os cônjuges, de submissão particular do agente a esse dever, oriundo de contrato, função ou profissão, ou de comportamento seu que lhe imponha

impedir o evento, tal como o do agente provocador quanto ao resultado lesivo.

Ressalte-se, nesse ponto, que a responsabilidade, tanto no crime culposo, como no doloso, há de ser averiguada, não só diante do aspecto material da causalidade, acima analisado, mas também no seu aspecto psicológico, representado pela previsibilidade, desde que estamos muito longe do tempo das ordálias e dos juízos de Deus em que imperava a responsabilidade objetiva. Ainda segundo Magalhães Noronha, “é somente fundado na possibilidade de se prever o que não foi previsto, que se pode imputar a alguém não ter tido conduta que evitaria o resultado danoso.

“Previsibilidade é a possibilidade de se prever um fato. Diz-se haver previsibilidade quando o indivíduo, nas circunstâncias em que se encontrava, podia ter-se representado como possível a conseqüência de sua ação (...).

“Falamos em previsão e previsibilidade e, realmente, elas se distinguem. A previsão contém a previsibilidade. O previsto é sempre previsível. Previsão é o desenvolvimento natural e quase um grau mais intenso da previsibilidade. O imprevisível, o previsível e o previsto são graus de prever: momentos do mesmo processo psicológico, que do caso fortuito vai à culpa e da culpa ao dolo. A previsão de um evento é uma coisa e sua previsibilidade outra. Há previsão quando se representa ao indivíduo a realização do resultado de sua ação; há previsibilidade quando se podia prever e não se previu; quando se devia ter e não se teve previsão” (ob. cit., pág. 70).

Durante muito tempo entendeu-se que a previsibilidade deveria

ser aferida pelo critério objetivo, tendo em vista o homem médio, para o qual a previsão pode ser exigida, segundo atenção e cuidados comuns à generalidade das pessoas; Nelson Hungria perfilhava tal entendimento afirmando que existe previsibilidade quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrou, podia, segundo a experiência geral, ter-se representado, como possíveis, as conseqüências do seu ato. Previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum. Por outras palavras: é previsível o fato, sob o prisma penal, quando a previsão do seu advento, no caso concreto, podia ser exigida do homem normal, do *homo medius*, do tipo comum de sensibilidade ético-social (Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo II, pág. 188).

Mesmo assim, existiam os que, como Viveiros de Castro, defendiam o critério subjetivo para aferição da previsibilidade, para o qual, o juiz deveria atentar para as condições pessoais do agente, sob pena equiparar os desiguais (Jurisprudência Criminal, págs. 142/143).

Por fim, há os que, atualmente, como Julio Fabbrini Mirabete, afirmam que nenhum dos dois critérios é perfeito. “Em primeiro lugar, por se fundar a previsibilidade objetiva em uma abstração (homem razoável, homem médio, homem padrão, homem modelo etc.) que não se consegue caracterizar suficientemente. Em segundo porque fica excluída a tipicidade do fato praticado por alguém que, por suas qualificações, tem maiores possibilidades de prever o resultado que o homem médio comum (um piloto de corridas ou um motorista profissional, em se tratando da previsão com relação a problemas

de trânsito, um eletricista no que diz respeito aos perigos de máquinas movidas a energia elétrica, o químico quanto às substâncias tóxicas etc.). Adotando-se a teoria exposta, não há fato típico se praticado pela pessoa mais qualificada, embora por suas condições pudesse prever o resultado e operar com maiores cuidados do que os exigidos do homem comum. Por esta razão, estamos com Zaffaroni quando afirma que a previsibilidade deve ser estabelecida conforme a capacidade de previsão de cada indivíduo, sem que para isso tenha que se recorrer a nenhum ‘termo médio’ ou ‘critério de normalidade’ (Zaffaroni, Eugênio Raúl, ob. cit., pág. 369). Assim, pode haver ou não tipicidade conforme a capacidade de prever do sujeito ativo. A previsibilidade subjetiva é, para nós, elemento psicológico (subjetivo) do tipo culposo” (ob. cit., pág. 149).

Nesse passo, averiguada a capacidade de prever do sujeito, tem-se o crime culposo quando, “deixando de empregar a atenção ou diligência de que era capaz em face das circunstâncias, não previu o caráter delituoso de sua ação ou o resultado desta, ou, tendo-o previsto, supôs levemente que não se realizaria; bem como quando quis o resultado, militando, entretanto, em inescusável erro de fato” (Magaalhães Noronha, ob. cit., pág. 88); extraíndo-se, daí, os elementos do fato culposo: a) a conduta voluntária; b) o resultado não querido, por imprevisível ou impossível de verificar-se; e, c) o evento antijurídico desejado derivado de erro inescusável.

Não se perca de vista que, tratando-se de crime comissivo por omissão, consoante a doutrina de Heleno Fragoso, a lei penal “equipara o não

impedimento à causação, considerando como causa a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido" (Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral, 11ª ed., pág. 245).

Completa o Min. Francisco de Assis Toledo, citando inclusive precedente do STF (RTJ 116/177), que "frise-se, por último, que o omitente, para que se transforme em autor de um crime comissivo por omissão, deve ter tido a possibilidade de agir para impedir o resultado. Não basta, pois, o dever de agir. É preciso que, além do dever, tivesse a possibilidade física de agir, ainda que com risco para sua pessoa.

"Faltando essa possibilidade, em qualquer das hipóteses examinadas (ausência do local do perigo, desmaio, imobilização, ferimento grave etc.), a omissão deixa de ser penalmente relevante, à luz do texto do art. 13 anteriormente citado" (Princípios Básicos de Direito Penal, 4ª ed., SP, Saraiva, 1991, págs. 117/118).

No Supremo Tribunal Federal, sobre a hipótese de crime comissivo por omissão (art. 13, § 2º, e alíneas do CP), já se assentou, bem a propósito, em caso assemelhado:

"O CP, já modificado pela Lei n. 7.290/84, no § 2º e alíneas do art. 13, estabelece: 'A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para impedir o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado'.

"Da leitura do artigo acima referido observa-se que não há vedação

de os crimes comissíveis por omissão, em casos especiais, contemplarem forma culposa, o que vem de encontro com a doutrina.

"H. H. Jescheck, ao comentar os delitos de omissão imprópria na modalidade culposa, assevera, verbis: 'Los delitos de omisión impropia no regulados en la ley pueden cometerse por imprudencia siempre que el correspondiente tipo de comisión considere suficiente la culpa' (in Tratado de Derecho Penal — Parte General, vol. II/868, Bosch, Barcelona, 1981).

"Tal posição é acompanhada pela doutrina brasileira. Desta forma, tem-se que a imputação contida na denúncia e aceita pela sentença está correta, eis que, em tese, qualquer delito culposamente comporta a ocorrência da modalidade omissiva imprópria.

"No entanto, é de se ponderar que, nos crimes comissivos por omissão, mais fortemente na modalidade culposa, o 'especial dever jurídico de atuar' é característica do tipo, resultando a sua não observância por parte da denúncia em atipicidade da denúncia e, conseqüentemente, nulidade da sentença que a acolhe (cf. Heleno Frago, in Lições de Direito Penal, Ed. José Bushatsky, 1978, pág. 262 e ss.).

"O especial dever jurídico de atuar nos delitos de omissão imprópria se dá em razão do dever de garante ou dever objetivo de cuidado.

'Para los delitos de omisión impropia debe anadirse la especialidad de que en los hechos imprudentes, en parte, coincide el deber de garante y el deber objetivo de cuidado (cf. supra, parágrafo 55, I), aunque deben diferenciarse conceptualmente para que

pueda medir, correctamente el alcance que los corresponde.

‘Ejemplos: el constructor tiene, ara na fuente depeligro ai abrir una zanja de obras, el deber de adoptar las usuales precauciones de cierre, pero aquí termina también su deber de cuidado. Por otra parte, el garante tampoco puede hacer menos de lo que le impone su deber de cuidado. Quien, por ejemplo, abre um ferrocarril de montaña para esquiadores, en caso de una helada extrema debe cerrar a tiempo las zonas de partida (BGH NJW 1973, 379).

‘Finalmente, la imprudência también puede referir-se aquí a la posición de garante.

‘Ejemplo: la maestra que ve desde el aula, como juegan peligrosamente a trepar unos niños, uno de los cuales sufriría un accidente mortal, actúa imprudentemente si no comprueba si se trata de niños de su propia escuela a los que debería prohibir el juego’ (Tratado de Derecho Penal — Parte General, vol. 2g/869, Bosch, H. H. Jescheck).

“É de se observar que o art. 13 do diploma repressivo é que fixa estes parâmetros, ou seja, só há responsabilidade penal quando o agente deveria (atuando) evitar o resultado, pois encontrava-se como garante da situação ou tinha em relação à situação fática um dever objetivo de cuidado.

“Assevera Heleno Claudio Frago, verbis: ‘em face da definição da nossa lei, podemos dizer que ela equipara o não impedimento à causação, considerando como causa a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, ou seja, quando, através de um juízo hipotético, for possível afirmar que a

ação esperada, possível e devida com segurança teria impedido o resultado” (in Lições de Direito Penal, José Buschatsky Editor, 1978, págs. 226 a 227).

4. No caso específico do profissional da medicina, na qual obrigação é de meio e não de resultado, “quando se propõe um tratamento, o precípua objetivo é de se comportar dentro de uma condição ética, de diligência, cuidados, atenções, utilizando os recursos em sua disponibilidade, procurando, enfim, todos os meios a atingir a cura. Se seus meios e a sua atividade não atingirem o resultado de cura, não descumpriu um contrato. Seria inadmissível outra concepção. A jurisprudência de todas as legislações assim o compreende. A sua inadimplência se projetaria se faltassem as condições éticas e contratuais assinaladas, isto é, cuidado, atenção e diligência” (Wanderley Lacerda Penasco, A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos, RJ, Forense, 1979, pág. 88).

Mas para a adequada análise da responsabilidade profissional, sustenta o Professor da cátedra de clínica cirúrgica da Faculdade de Medicina da USP, Irany Novah Moraes, o erro “deve ser considerado por múltiplos prismas: o do paciente e de sua família; o do médico e da classe médica, bem como o da imprensa e da comunidade. Entretanto, para responsabilizar o seu autor, o que vale é o prisma da Justiça” (Erro Médico, 4ª ed., SP, Lejus, 1998, pág. 310).

Acrescenta, adiante o ilustre Professor que “sendo a verdade das ocorrências de certa forma interpretativa e dependendo muito do ponto de vista pelo qual ela é encarada, o julgamento de um fato implica responsabili-

dade muito grande. Em se tratando de assunto de natureza humana, envolvendo o médico que trabalha com o objetivo maior de fazer o bem para seu semelhante, resultados não satisfatórios por parte do paciente exigem averiguação cautelosa, para que não se cometa injustiça maior.

“Nunca se pode fugir de uma realidade explícita, porém ela não é tão fácil assim de determinar. Ora, para fatos como os descritos devemos lembrar William James quando diz que a verdade tem três aspectos: o seu, o do outro e o real. No caso, pode-se parafraseá-lo, adaptando-o, e dizendo: ‘no campo do erro médico, a verdade tem três aspectos: o do paciente, o do médico e como realmente é. O juiz tem que encontrar o ponto justo da questão” (pág. 315).

Além disso, há considerar que a relação médico-paciente engloba três fases: diagnóstico, escolha do tratamento e execução deste, sendo que nas duas primeiras pode surgir apenas um dano para a saúde do paciente ou até para sua vida; para a ocorrência de um crime doloso deve haver um resultado danoso (crime de dano), ou, até mesmo, um perigo de dano (crime de perigo), mas para a configuração de um crime culposo é sempre necessário um resultado danoso, donde se conclui que não pode haver crime culposo do médico, no exercício de sua profissão, a não ser na fase de tratamento.

Nesse passo, “para estabelecer os limites entre o erro profissional não punível e a culpa médica é necessário verificar se o diagnóstico e a terapia adotados pelo médico foram tais que determinasse necessariamente o resultado danoso e se isso é

confirmado pela ciência médica, tendo em conta que nessa não há métodos obrigatórios. Ainda não surgiu um Newton ou um Einstein que inventasse uma medicina matemática, exata, indiscutível.

“Para avaliar a culpa do médico, é necessário também ter em conta as circunstâncias em que o profissional se exercitou e isso só é plenamente cabível com exame de cada fato concreto e pela pesquisa de seus pormenores.

“Não se pode exigir de um médico que clinica na selva o mesmo teor de acerto daquele que exerce a profissão nas grandes capitais (...) O Procurador-Geral da França, M. Dupin, assim opinou: ‘Em matéria de responsabilidade profissional não se trata de avaliar a capacidade mais ou menos ampla, o talento mais ou menos brilhante do médico, mas de garantir-se contra a imprudência, a negligência, a ligeireza ou a ignorância crassa daquilo que se deve necessariamente saber e praticar na própria profissão. Os tribunais têm de apreciar o fato e nessa avaliação não se devem perder de vista estes princípios: para que um homem possa ser declarado responsável por um ato profissional é necessário que sua ação seja culposa, isto é, que fosse possível com maior cuidado evitar o mal e que o fato imputado seja de tal natureza a ponto de ser completamente inescusável o tê-lo praticado. Em tal matéria não se cuida de saber: se o tratamento foi oportuno ou não; se podia ter efeito salutar ou nocivo; se um outro teria sido preferível; se o que foi feito era indispensável ou não. Essas são questões científicas para serem debatidas entre médicos e não para serem submetidas ao exame dos tribunais. A partir do mundo em que os

fatos imputados ao médico configuram a negligência, a ligeireza ou a ignorância de coisa que ele deve saber, surge a responsabilidade de Direito comum e desponta a competência da justiça” (Edmundo Oliveira, *Deontologia, Erro Médico e Direito Penal*, RJ, Forense, 1998, pág. 66).

Agora, voltando aos fatos, salta aos olhos que toda a literatura médica pesquisada, juntada aos autos e transcrita, quando fala em erro médico, cita a hipótese do abdômen agudo para ilustrar, chegando a se afirmar que “é comum ainda, em pronto-socorro, tomar decisões em casos do abdome agudo apenas pela sua palpação. Ela permite dar a diretriz para o caso: se é cirúrgico ou não. Estabelecendo que o caso seja cirúrgico, mesmo que seja apoiado apenas na experiência e com poucos dados de exames complementares, o médico deve fazer os diagnósticos de probabilidade, estabelecendo hierarquia entre eles (...).

“O abdome agudo significa quadro clínico que, como o próprio nome indica, aparece subitamente. A história clínica e, às vezes, os exames de raio X simples do abdome são suficientes para diagnosticar precisamente o caso. Entretanto, sempre cabe uma ordenação, até mesmo para descartar os casos, ao fazer o diagnóstico diferencial entre eles.

“O que deve ficar claro é que se trata de erro crasso a operação indicando-a como laparotomia exploradora. Isto significa abrir o abdome sem diagnóstico para ver de que se trata. Está errado. O médico deve fazer o diagnóstico que, pelos fatores de risco, indique ser o mais provável. Pode errar e encontrar outra doença, que o

leve a corrigir o diagnóstico. O que não pode é abrir o abdome sem sequer imaginar o que vai encontrar.

“Muitos óbitos ou grandes recessões intestinais podem ocorrer devido ao retardamento da operação. A dificuldade diagnóstica às vezes mascara o quadro e faz que a precaução atrase a cirurgia e então não há mais tempo para salvar o órgão. Mais uma vez a competência, junto com a experiência, é equilibrada pelo bom senso. Os mefeícios do atraso são sempre maiores do que o risco da operação precoce, que talvez pudesse ser dispensada.

“Não é fácil compreender como o erro de diagnóstico não venha prejudicar o doente mais que o erro de conduta possa ser fatal.

“O erro de diagnóstico faz parte do progresso e do cabedal próprio do médico e não traz maiores consequências para o doente; entretanto, o erro de conduta pode levá-lo à morte. Muitas vezes, um caso de abdome agudo diagnosticado como apendicite aguda não o é, mas sim, uma salpingite. Em ambos, a conduta é cirúrgica. No caso de o médico fazer um diagnóstico e, ao abrir o abdome, comprovar seu erro, operar corretamente, evidencia esse ponto. Errou o diagnóstico e acertou a conduta” (Irany Novah Moraes, *ob. cit.*, pág. 227).

Este evidente não é o caso dos autos. O erro de diagnóstico foi determinante do erro de conduta que levou o paciente à morte, mas não se pode presumir a culpa do médico na modalidade de negligência, apontada na denúncia, porque “deixou de realizar os exames e tratamento que se evidenciavam necessários” (fls. 3), se os sinto-

mas determinantes da enfermidade só apareceram quando já não havia muito o que se fazer. A vítima apresentava sintomas típicos da gastroenterite diagnosticada pelo plantonista, especialmente diarreia, tanto que no relatório de enfermagem do dia 4/12/91 (seguinte à internação) consta: "paciente Arlindo sente-se ruim com diarreia. Náuseas está com Soro + Buscopan + Plasil" (fls. 16). Este documento não foi impugnado e pela literatura médica um dos sintomas da trombose mesentérica é a obstrução intestinal; logo, em princípio, somente com outros exames ou sintomas poderia ser diagnosticada, o que só veio a se confirmar no dia seguinte (5/12/91), quando mais nada se pôde fazer.

Aliás, a doutrina médica trazida aos autos pelo ilustre apelante além de deixar patente que a enfermidade é difícil de ser diagnosticada, eis que quase sempre pode ser mascarada pelos sintomas, pois há "outras causas muito mais comuns" de abdômen agudo, elucida que "em contraste, a trombose mesentérica tem um péssimo prognóstico. Esses pacientes são operados tardiamente, na fase de necrose intestinal, e a mortalidade está acima de 85%, chegando a 100% em algumas séries" (fls. 136).

5. Aliada a isso tem-se a perfeita análise dos aspectos técnicos diante da prova coletada efetuada pelo ilustre Magistrado sentenciante Dr. Ozir Miguel Londero, adotada como razões de decidir neste particular:

"In casu, analisando-se a prova coligida durante a instrução, tem-se que ela não é consistente para formar a convicção de que o réu tenha sido negligente em sua conduta médica por

ocasião do atendimento que prestou à vítima.

"A propósito, veja-se os quesitos complementares respondidos pelo médico expert (fls. 56):

"Diante dos sintomas que a vítima apresentava, quando dirigiu-se ao hospital, foi correto o diagnóstico provisorio? Sim.

"A medicação ministrada foi correta? Sim.

"A evolução do quadro clínico da vítima, enquanto hospitalizada, estava dentro dos parâmetros médicos, para diagnóstico inicial? Sim.

"Algum sintoma novo, surgido no curso do tratamento, indicava a possibilidade de erro no prognóstico? Não.

"Algum elemento novo, eventualmente detectado através de exames laboratoriais, indicava a possibilidade de erro no diagnóstico inicial? Não.

"A distensão abdominal é compatível com o diagnóstico inicial? Sim.

"A impossibilidade de deitar para o lado direito era compatível com o diagnóstico? Sim. Processo tromboembólico em evolução.

"Considerando o quadro clínico inicial da vítima, o surgimento de distensão abdominal é característica de que? Obstrução intestinal.

"Considerando o quadro clínico inicial da vítima, o surgimento de manchas roxas pelo corpo e indicativo de que? Septicemia — Choque.

"O fato da vítima não ter podido urinar durante as 39 horas em que permaneceu internado é circunstância normal no quadro clínico e diagnóstico dado? Em caso negativo, a impossibilidade de urinar era indicativo de que

enfermidade? Insuficiência renal por choque séptico.

‘Considerando ter a vítima informado alguns visitantes, no sentido de que ‘nenhum médico colocou a mão em sua barriga’, pergunta-se se o exame através das mãos é procedimento médico indicado nestes casos? Pode ser suprido por outras formas de avaliação médica? Quais? Sim. Exames realizados.

‘O exame através das mãos poderia ter detectado a enfermidade que levou a óbito? Poderia levar a suposições diagnósticas.

‘O comparativo entre o resultado dos dois exames laboratoriais demonstram evolução do quadro clínico da vítima, no sentido de confirmar o diagnóstico? Em caso negativo, quais as novas possibilidades? Não. Exame radiológico para abdômen agudo.

‘A atitude médica, no curso do tratamento, considerando a involução do quadro clínico da vítima foi correta? Em caso negativo, quais as medidas que deveriam ter sido tomadas? Sim. Mesmo assim, encaminhar para um serviço radiológico para ser tomada uma decisão.

‘No curso da evolução da doença, era exigível do médico a consideração de outro diagnóstico que não o inicialmente dado? Abdômen agudo. Nestas condições o mesmo revela-se uma caixinha de surpresas.

‘O quadro clínico apresentado pela vítima indicava a possibilidade de estar padecendo da enfermidade que o levou à morte? Inicial, não. No final, sim.

‘A trombose mesentérica, quando tratada a tempo, apresenta possibi-

lidade de cura? Em caso positivo, quais as alternativas médicas? Sim. Essencialmente cirúrgico.

‘Em que consiste a bacterêmia? É consequência de que? Um quadro infeccioso que se dissemina através do sangue’.

‘Como visto, o médico legista, no procedimento de exumação do cadáver da vítima, em resposta ao segundo quesito, concluiu que a causa da morte da vítima foi por trombose mesentérica, em artéria calibrosa, com necrose ampla de alça de intestino delgado.

‘Nos ensinamentos de Ricardo César Rocha Moreira Elias Abrão, da Obra ‘Aparelho Digestivo — Clínica e Cirurgia’, organizada por Júlio Cezar Vili Coelho, 2ª edição, 1996, vol. 1º, trazida aos autos pelo ilustre Doutor Promotor de Justiça às fls. 133/141, colhe-se que:

‘A artéria mesentérica superior irriga todo o intestino delgado e parte do intestino grosso, do ceco à flexura esplênica do cólon. Essa artéria é o eixo da circulação mesentérica, incluindo também a artéria mesentérica inferior, que irriga o cólon distal, e as veias mesentéricas, que drenam o sangue dos intestinos para a veia aorta. O tranco celíaco, que irriga o estômago e as vísceras do abdômen superior (fígado, pâncreas e baço), contribui com alguns ramos arteriais para a circulação mesentérica’.

‘E prossegue:

‘A mais importante resposta fisiológica num indivíduo hígido mesentérico é a vasoconstrição. Uma redução transitória do fluxo sangüíneo mesentérico, de causa local (oclusão da artéria mesentérica superior) ou de causa

sistêmica (queda do débito cardíaco por choque ou insuficiência cardíaca), desencadeia uma constrição intensa dos vasos mesentéricos. Essa resposta, mediada pelo eixo renina-angiotensina, pode prolongar-se por muitas horas depois que cessou o estímulo desencadeante. A vasoconstrição mesentérica tem importantes implicações na fisiopatologia e no tratamento da isquemia aguda dos intestinos’.

“E adverte:

‘A insuficiência vascular intestinal aguda é uma catástrofe abdominal, que resulta na morte da maioria das suas vítimas, mesmo em nossos dias. A isquemia mesentérica aguda, desde que suficientemente intensa e prolongada, termina em necrose ou infarto intestinal.

‘O mecanismo básico da isquemia intestinal é uma queda abrupta do fluxo sanguíneo mesentérico — por oclusão aguda, ou por vasoconstrição dos vasos mesentéricos.

‘A oclusão aguda das artérias mesentéricas pode ser causada por trombose ou embolia... (fls. 133/134)’.

“No caso em apreciação, interessa saber sobre a trombose mesentérica, já que foi esta a causa da morte da vítima, consoante a conclusão do Médico Legista.

“Antes, porém, é oportuno registrar, conforme ensina o tratadista citado que, ‘independentemente da causa, o resultado final da isquemia mesentérica aguda é a necrose hemorrágica do intestino’, e, que ‘o quadro clínico das várias causas de isquemia mesentérica aguda podem manifestar-se de maneiras diferentes (fls. 134)’.

“Na trombose arterial, ‘o quadro clínico tem início insidioso, com dor abdominal vaga, inapetência, náuseas e vômitos. Pode haver passagem de fezes com sangue oculto ou visível. O quadro clínico em geral simula o de uma oclusão intestinal aguda. Ao exame físico, o abdômen apresenta-se distendido, com ruídos hidroaéreos hiativos ou ausentes. O paciente é geralmente idoso, com manifestações clínicas de arteriosclerose (coronariana, cerebral ou dos membros inferiores). Alguns pacientes têm uma história clínica sugestiva de isquemia intestinal crônica (dor abdominal) pós- prandial, perda de peso (fls. 134)’.

‘Praticamente todos os pacientes com trombose mesentérica devem ser operados. A laparotomia em geral confirma os piores receios do cirurgião: todo o intestino parece estar necrosado. Mesmo nessas circunstâncias, deve-se tentar uma revascularização mesentérica (...)’.

“Mas segundo o tratadista citado, ‘a trombose mesentérica tem uma péssimo prognóstico’. ‘Esses pacientes são operados tardiamente, na fase de necrose intestinal, e a mortalidade está acima de 85%, chegando a 100% em algumas séries (fls. 138)’.

“Retomando a apreciação da perícia levada a efeito na vítima e analisando-a com os ensinamentos médicos acima transcritos, não se pode concluir que o réu tenha agido com negligência.

“É que a resposta aos quesitos suplementares deixam ver que era correto tanto o diagnóstico inicial como a medicação ministrada à vítima; a evolução do quadro clínico da vítima, enquanto hospitalizada estava dentro

dos parâmetros médicos, para o diagnóstico inicial; que não surgiu sintoma novo, no curso do tratamento, que pudesse indicar a possibilidade de erro no diagnóstico, tampouco os exames laboratoriais evidenciaram algum elemento novo que indicasse possibilidade de erro no diagnóstico inicial.

“Não se olvida que o exame radiológico é de relevante valor para o diagnóstico da trombose mesentérica, causa do óbito da vítima, porém o acusado não podia dispor deste recurso, já que o hospital não mantinha o aparelho de raio X em funcionamento (fls. 63).

“Na obra antes referida (fls. 135) colhe-se ainda que, ‘os exames de laboratório, que são realizados rotineiramente em pacientes com abdômen agudo, mostram algumas alterações. O hemograma revela precocemente uma leucocitose acentuada (15.000 a 25.000/mm³) com desvio para formas imaturas’ (fls. 135).

“Mas, consoante os exames laboratoriais de Leucograma mostram que o sangue da vítima, no dia 4/12/91, apresentava 5.500 leucócitos por mm³ (fls. 14), o que, por certo, induziu o acusado em não suspeitar do quadro clínico da vítima.

“Outra provável causa que levou o acusado a não suspeitar do real quadro clínico da vítima deveu-se ao fato de ela, apesar de ser internada, com dor abdominal, elevação de temperatura e pressão arterial elevada, isto no dia 3/12/91 (ainda sob os cuidados do primeiro médico), no dia 4/12/91 (nesta data sob a responsabilidade do acusado), consoante o relatório de enfermagem de fls. 16, a vítima estava com diarreia, situação que au-

toriza o acusado em manter o diagnóstico inicial de gastroenterite, já que entre os sintomas da doença incluem-se a dor e a distensão abdominal.

“Portanto, da análise da prova pericial e dos hemogramas, não é possível formar a convicção de que o acusado, ao não lograr identificar o quadro clínico da vítima, tenha obrado com culpa na modalidade de negligência, pois, como é sabido, a trombose mesentérica se manifesta com quadro clínico pérfido, traiçoeiro, facilmente confundido com o quadro da gastroenterite, quando não com a oclusão intestinal aguda.

“Os depoimentos de Danilo Reinheimer, médico que prestou o primeiro atendimento à vítima, e da enfermeira Loreni Terezinha Nilo, também revelam que o quadro clínico da vítima sugeria que ela estivesse acometida de gastroenterite (infecção intestinal), senão vejamos:

“Danilo Reinheimer (fls. 81), médico que prestou o primeiro atendimento à vítima, refere em seu depoimento que:

‘Que no seu entender, pelas condições apresentadas pelo paciente teve como primeira impressão de que o mesmo apresentava uma gastroenterite aguda, isto é, uma infecção intestinal e provisoriamente teve essa impressão ministrando, então, medicamento para esse quadro clínico que se apresentava (...). Que por volta das 3 horas da manhã do dia seguinte foi ver o paciente e este apresentava sensível melhora. Que voltou a ver o paciente por volta das sete horas da manhã, o mesmo se queixava um pouco de dor abdominal. Que em razão desse fato não deu alta ao paciente. (...) Que no dia do falecimento da vítima

o depoente estava no hospital em São Carlos quando teve notícias e tomou como surpresa o falecimento, visto que não esperava essa involução do quadro clínico. (...) Que quando deixou o paciente aos cuidados do acusado, deixou medicação prescrita conforme consta da ficha dos autos. Que sugeriu a realização de um hemograma a fim de caracterizar ou não a infecção e aí alterar ou não a prescrição do medicamento. (...) Que o acusado manteve a medicação já indicada e acrescentou alguma coisa mais, conforme consta às fls. 15 do processo. (...) Que acredita que somente o quadro clínico levaria a uma distensão e dificilmente essa ocorresse pelos medicamentos. (...) Que trombose mesentérica significa a obstrução de uma artéria mesentérica, ou um de seus ramos e é um diagnóstico difícil de constatar. Que é a mesma coisa que um infarto, só que mesentérico o que leva ao não funcionamento do sistema digestivo atingido com completa obstrução dos intestinos o que fatalmente levava o paciente ao óbito. Que conhece o Dr. Frantz há muitos anos e sabe que a família Cossa sempre tratou-se com o mesmo e que como tal o acusado é tido como bom médico e que nunca percebeu nenhuma negligência junto aos seus pacientes’.

“Loreni Terezinha Nilo (fls. 99/100), enfermeira do hospital onde estava a vítima, refere que:

‘Que lembra-se ter chegado ao hospital para assumir seu trabalho, isto numa manhã, quando encontrou a vítima Arlindo internada sendo que o médico que tratava da mesma era o acusado, o qual ministrava a ela medicamentos destinados a tratar infecção intestinal; que a vítima não apresentava outros sintomas senão o de infecção intestinal, segundo a depoente...’.

“De outro vértice, embora parte da prova oral (depoimentos da esposa, filhos, irmãos e amigos da vítima) inclina-se no sentido de que na atitude do réu teria existido culpa, dela não se pode utilizar como fonte de parâmetro. É que, de acordo com a Teoria Finalista adotada pelo Código Penal, através da reforma de 1984, a culpa fundamenta-se na aferição do cuidado objetivo exigível pelas circunstâncias em que o fato aconteceu, o que indica a tipicidade da conduta do agente. A seguir, deve-se chegar à culpabilidade, pela análise da previsibilidade subjetiva, isto é, se o sujeito, de acordo com a sua capacidade pessoal, agiu ou não de forma a evitar o resultado.

“(…)”

“Assim, deveria ter a autora demonstrado que o comportamento adotado pelo agente era aquém daquele praticado por qualquer terapeuta em situação semelhante. Não se produziu prova neste sentido.

“Este é o entendimento firmado pela egrégia Corte Barriga Verde, pois senão vejamos:

‘Apelação criminal — Homicídio culposo — Imperícia e negligência atribuídas a médicos — Prova técnica inconclusiva — Prova testemunhal insuficiente para o reconhecimento da culpa penal, que exige demonstração inequívoca — Sentença absolutória mantida. Para o exame da conduta culposa de profissionais da medicina, torna-se de substancial importância a análise dos elementos de natureza técnica contidos no processo, não bastando o juízo crítico de leigos sobre a questão, informado de pesada carga emocional e relacionado mais diretamente a aspectos secundários do comportamento profissional dos médicos

(RT 574/357). A acusação por homicídio culposo, grave por si só, é mais grave ainda quando dirigida a um médico. Daí a razão jurídica e lógica de exigir a prova cabal, plena, segura, certa da existência da culpa na causalidade do evento, no sentido material e psicológico' (RT 589/355)" (Ap. Crim. n. 30.130, rel. Des. Souza Varella, in DJSC n. 9.195, de 15/3/95, pág. 38).

"Ainda:

'Acusação de homicídio culposo por erro médico. Não comprovada suficientemente a existência de nexos de causalidade entre o procedimento adotado pelo médico, e o óbito da vítima, inviável a condenação. Absolvição mantida. Recurso ministerial desprovido (Ap. Crim. n. 97.004213-2, rel. Des. Genésio Nolli, in DJSC de 16/7/1997).

"Portanto, diante do conjunto probatório, não ficou comprovado que o acusado obrou com negligência no atendimento da vítima, sendo oportuno citar que:

'A acusação por homicídio culposo, grave por si só, é mais grave ainda quando dirigida a um médico. Daí a razão jurídica e lógica de se exigir a prova cabal, plena, segura e certa da existência da culpa na causalidade do evento, no sentido material e psicológico' (RT 598/355)" (fls. 183/197).

6. Concluindo, não se pode presumir a culpa do apelado pela infelicidade ocorrida, apenas em razão da orientação equivocada dada ao caso; ademais, a culpa presumida não é admissível em nosso Direito Penal, nem a responsabilidade objetiva, esta que é própria do Direito Civil; há que se estabelecer o vínculo psíquico efetivo entre o agente e o resultado, inexistente no caso dos autos.

Para agasalhar essas conclusões, há precedente no Superior Tri-

bunal de Justiça, citando aquele paradigma relatado pelo Min. Raphael Mayer (RTJ 111/619):

"Crime comissivo por omissão — Descaracterização — Falta de demonstração da providência omitida que poderia ter impedido o resultado — Impossibilidade de se presumir a culpa, estabelecendo-se a responsabilidade penal em razão do cargo exercido pelo réu — Falta de justa causa para a ação penal — Trancamento determinado — Inteligência do art. 13, § 2º, do CP — Declaração de voto.

"Ementa oficial: Processo penal. Falta de justa causa para a ação penal. Crimes comissivos por omissão. No Direito Penal não se admite a culpa presumida. Não despontando, in casu, como seria de rigor, eis que as imputações concernem a crimes comissivos por omissão, a providência omitida pelo paciente que poderia ter impedido o resultado, impõe-se o reconhecimento da falta de justa causa para a ação penal. Recurso provido" (Revista dos Tribunais, vol. 665/349 — rel. Min. Costa Leite).

Finalmente, no Supremo Tribunal Federal:

"Habeas corpus. Qualificação de fato incontroverso. Crime culposo. Nexos causal. Justa causa.

"1. Não se trata de reexame de prova, quando incontroverso o fato se afere o seu correto enquadramento legal.

"2. Inexiste justa causa para a condenação por homicídio culposo se não se estabelece um nexos causal entre a conduta e o evento lesivo, sendo inadmissível, no direito penal, a culpa presumida ou a responsabilidade objetiva.

"3. Habeas corpus concedido" (Revista Trimestral de Jurisprudência,

vol. 111/619, já citado, também publicado na Revista dos Tribunais, vol. 554/440).

É o caso dos autos.

7. 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 douda

Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Walkyria R. Danielski.

Florianópolis, 17 de agosto de 1999.

Alberto Costa,

Presidente com voto;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 99.009551-7, DE CAÇADOR

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Furto simples — Prova — Negativa de autoria — Depoimento firme e seguro da vítima, corroborado pelas testemunhas presenciais apontando a agente como autora do delito — Registro de ocorrência — Res furtiva não apreendida — Materialidade comprovada — Prova suficiente para o decreto condenatório — Absolvição inviável — Condenação mantida.

Em crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima tem validade probatória e autoriza a prolação da sentença condenatória, especialmente quando, como no caso, corroborada por testemunhas presenciais apontando a agente como autora do delito.

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 embasar a certeza quanto à sua existência, assim como da autoria da subtração.

Furto simples — Privilégio do § 2º art. 155 do CP — Falta de termo de avaliação da res furtiva — Adoção do salário mínimo vigente à época dos fatos como valor da coisa subtraída — Réu primário — Desnecessidade de o réu ter bons antecedentes — Reconhecimento da benesse legal.

Em sede de furto simples, para que se possa conceder o privilégio, basta que o réu ostente a condição de primário e o valor da res furtiva seja equivalente ao salário mínimo vigente à época do ilícito;

a lei não prevê, e por isso não se pode exigir, também presente o réu bons antecedentes.

Extinção da punibilidade — Prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa — Declaração de ofício (CPP, art. 61).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 99.009551-7, da comarca de Caçador (1ª Vara Criminal da Infância e Juventude e Registro Público), em que é apelante Lucimar Alves Ribeiro, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial para reconhecer o privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP, adequando-se a reprimenda para 9 (nove) meses de reclusão e multa, em regime aberto, e, de ofício, declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Caçador, Lucimar Alves Ribeiro foi denunciada como incurso nas sanções do art. 155, caput, do Código Penal, porque:

“No dia 15 de dezembro de 1995, por volta das 17h30min, a denunciada adentrou na Loja Treviso, situada na Av. Barão do Rio Branco, nesta cidade, de onde subtraiu do interior de um balcão uma bolsa contendo uma pulseira e um colar ambos em ouro, um óculos de sol, cédula de identidade, título de eleitor, cartão, cartão do CPF, R\$ 20,00, em moeda corrente nacional, um batom, notas fiscais e recibos de pagamentos, tudo pertencente à vítima Terezinha Retkwa Madalozzo que trabalhava naquele estabelecimento” (fls. 2).

Inviabilizada a proposta de suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei n. 9.099/95), em face dos antecedentes da ré (fls. 37 e 39), prossegiu o processo no seu curso normal.

Concluída a instrução criminal, a ré restou condenada à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semi-aberto, por infração ao art. 155, caput, do Código Penal, sendo-lhe negado o sursis em face das circunstâncias judiciais do art. 59 serem desfavoráveis à ré, e concedido o direito de recorrer em liberdade.

Irresignada, a ré apelou, buscando sua absolvição aos argumentos de inexistência de provas que seja ela a autora da conduta imputada, assim como inoccorrência da materialidade, porquanto não apreendidos em seu poder os bens subtraídos, ou, alternativamente, a diminuição da pena imposta, com o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP.

Após as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Luiz Fernando Sirydakís, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

1. A pretensão absolutória não merece prosperar, porquanto do elenco probatório contido no caderno processual vislumbra-se, com segurança, que a apelante praticou o delito pelo qual restou condenada.

Lucimar, na tarde do dia 15 de dezembro de 1995, adentrou na Loja Treviso, subtraindo do interior do balcão uma bolsa pertencente à vítima Terezinha Retkwa Madalozzo, funcionária da loja, contendo uma pulseira e um colar ambos de ouro, um óculos de sol, documentos pessoais (CI e CPF) e o valor de R\$ 20,00 (vinte reais).

A apelante, nas duas oportunidades em que foi ouvida (fls. 12 e 28v.), negou veementemente ter praticado a conduta narrada na inicial, alegando que se encontrava em sua residência e sequer conhecia a loja onde ocorreu o furto.

No entanto, em sentido completamente oposto, Terezinha Retkwa Madalozzo, vítima do furto, afirmou: "(...) que no dia dos fatos a loja estava cheia e a declarante deixou sua bolsa atrás do balcão; que em determinado momento foi consultar o computador na parte dos fundos e quando retornou notou a subtração da bolsa; que os clientes que estavam na loja disseram para a declarante que fora uma mulher quem furtara a bolsa; que as testemunhas descreveram a dita mulher e ainda disseram que conheciam a fama de ladra" (fls. 51).

Para consubstanciar estas afirmações, destacam-se as declarações de Vera Lúcia Pires Goes prestadas na fase policial, contando que: "(...) Ana Lúcia viu a indiciada ir atrás do balcão da loja e comentou que a mesma era ladra (Lucimar); que em seguida, a indiciada saiu detrás do balcão e veio onde estavam, na loja, onde pediu o preço de um par de sapatos a Maria Luiza, a qual mandou-a pedir para a funcionária; que Maria Luiza viu a bolsa da vítima dentro da sacola e avisou a dona da loja, onde Lucimar evadiu-se do local" (fls. 17).

Por sua vez, Maria Luiza Pires Carlet, na fase judicial (fls. 50), ratificando as declarações prestadas na fase investigatória (fls. 15), deixou claro que: "(...) a depoente estava comprando na Loja Treviso; que a ré também estava na loja, perguntou informação para a depoente e percebeu que a vítima dirigia-se para os fundos da loja; que então a ré foi atrás do balcão e debaixo dele retirou uma bolsa de couro xadrez; que em seguida a ré deixou a loja; que a depoente avisou à vítima, que então percebeu o furto".

Como se não bastasse, há também as palavras de Raquel Alves Pires, na fase policial, acrescentando que: "(...) viu Lucimar atrás do balcão colocando alguma coisa dentro de uma sacola; que foi Maria Luiza quem viu a bolsa dentro da sacola que Lucimar portava; que Maria Luiza falou à dona da loja, que Lucimar havia furtado alguma coisa, quando Lucimar saiu correndo de dentro da loja" (fls. 16).

Ora, a negativa de autoria da apelante, por si só, não foi suficiente para elidir sua responsabilidade pelo crime perpetrado, mormente quando as palavras da vítima, firmes e seguras dando conta da prática delituitosa por parte da apelante, estão confirmadas com as declarações das testemunhas que se encontravam naquele estabelecimento, as quais assistiram "de camarote" a subtração da bolsa daquela que estava debaixo do balcão, e, ainda, especialmente pelo reconhecimento procedido às fls. 14, pela testemunha Ana Lúcia Eger, apontando a apelante como sendo a pessoa que estava na loja quando da ocorrência da subtração, desconstituindo a afirmação de que não estivera na loja, demonstrando,

assim, a certeza da autoria a ela imputada.

Acerca da validade das palavras da vítima, nos crimes contra o patrimônio, confira-se:

“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” (RT 736/629).

E mais:

“Furto — Negativa de autoria — Conjunto probatório, contudo, capaz de fornecer a certeza necessária que a condenação exige — Ausência do réu do local do delito quando de sua ocorrência não demonstrada e em choque com os elementos coligidos. Álibi divorciado das demais provas. Condenação mantida” (Ap. Crim. n. 26.125, de Itajaí, rel. Des. José Roberge, j em 10/9/1990).

2. Da mesma forma, mostra-se totalmente desprovida de fundamento a alegação de ausência de prova da materialidade delitiva, pois encontra-se consubstanciada no Boletim de Ocorrência de fls. 23, que traz o relato da subtração dos bens da vítima, assim como por aquelas declarações da vítima em ambas as fases procedimentais (fls. 9 e 51), corroboradas pelas testemunhas Maria Luiza Pires Carlet (fls. 17 e 50), Vera Lúcia Pires Goes (fls. 10 e 17) e Raquel Alves Pires (fls. 16), as quais confirmam a existência da bolsa que foi subtraída pela apelante.

O Código de Processo Penal determina que quando impossível o exame de corpo-delito direto pode ser suprido pelo indireto, além disso, se a materialidade do delito de furto dependesse sempre da apreensão dos obje-

tos furtados, toda subtração bem-sucedida com o desaparecimento do produto restaria impune.

A propósito já decidiu este egrégio Tribunal:

“A apreensão da res furtiva não é indispensável à configuração do delito de furto, desde que a prova testemunhal seja suficientemente convincente para embasar um juízo de certeza quanto à existência do bem subtraído e de sua autoria” (Ap. Crim. n. 31.044, de Gaspar, deste relator, j. em 18/3/1994).

Ainda:

“Furto — Ausência de prova material da infração — Prova indireta. A apreensão da res furtiva não é indispensável à configuração do delito de furto, desde que a prova testemunhal seja suficientemente convincente para embasar um juízo de certeza quanto à existência do bem subtraído e da autoria (JC 59/308).

Pois bem, a circunstância de a res furtiva não ter sido encontrada na posse da apelante não descaracterizou a figura delitiva pela qual restou condenada, mostrando-se irrelevante a exigência de apreensão, esta que é dispensável à configuração do delito (a ser assim bastaria dar fim na coisa para o agente ficar impune), desde que a prova testemunhal seja suficientemente convincente para embasar o juízo de certeza quanto à existência do bem subtraído e de sua autoria, o que ocorreu no caso em apreço.

Ademais, a consumação do crime de furto ocorre “não pela detenção da coisa, mas pela sua subtração, ou desde que o agente se apossou da coisa pertencente à outra pessoa, daí resultando: que o furto é um delito instantâneo, e não um delito contínuo, consistindo em um fato, a subtração, e

não na posse" (Valentim Alves da Silva, "Repertório de Jurisprudência do Código Penal", SP, Max Limonad, vol. 2, verbete 2.104, pág. 834).

3. Por fim, quanto à pretensão ao reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do artigo 155 do CP, inicialmente cabe ressaltar que, para o reconhecimento da figura benéfica, devem estar presentes, simultaneamente, apenas dois requisitos: a primariedade e o pequeno valor da coisa furtada.

Conforme preleciona Julio Fabbrini Mirabete:

"Deve-se reconhecer que, em concepção moderna, presentes os requisitos exigidos na lei, tem direito o sentenciado à concessão do benefício. Não se trata de mera faculdade do juiz a redução ou substituição da pena. Não é possível, assim negar-se o benefício acrescentando condição não estabelecida na lei, como má personalidade, maus antecedentes, dolo intenso" (Código Penal Interpretado, SP, Atlas, 1999, pág. 913).

No caso dos autos, não obstante a reprovabilidade da conduta da apelante, possíveis antecedentes criminais (fls. 39), personalidade voltada para a prática de crimes contra o patrimônio, motivos e conseqüências desfavoráveis tomados pela sentença como não recomendáveis à concessão do privilégio (fls. 66), tem-se que tudo isso deverá influir tão-somente na dosimetria da pena, ou seja, na adoção de um ou mais critérios previstos na forma, nunca do indeferimento, puro e simples, de benefício a que tem direito a apelante.

Ora, o texto de lei não exige "bons antecedentes", mas sim que seja primário (é aquele que não é reincidente) e de pequeno valor a coisa sub-

traída; neste caso, embora não exista o Termo de Avaliação, considera-se, como valor da coisa subtraída, o salário mínimo vigente à época dos fatos, merecendo o privilégio.

Sobre o valor, já se decidiu:

"Adota-se como parâmetro, para estabelecer o furto mínimo, o salário mínimo vigente à época dos fatos" (JUTACrim 76/340).

Da jurisprudência pátria, dando amparo à aplicabilidade do benefício requerido, tem-se:

"Furto simples — Autoria e materialidade comprovadas — Recurso pugnando absolvição ou, alternativamente, o privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP — Desprovimento — Condenação mantida.

"Em sede de furto simples, para que se possa conceder o privilégio, não basta que o réu ostente a condição técnica de primário, pois o valor da res furtiva deve ser, no máximo, equivalente ao salário mínimo vigente à época do ilícito" (Ap. Crim. n. 29.579, de Imbitiba, deste relator, j. em 24/5/93).

Ainda:

"Crime contra o patrimônio — Furto — Autoria e materialidade comprovadas — Absolvição — Impossibilidade — Desclassificação para modalidade tentada — Delito consumado — Aplicação do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP — Recurso provido parcialmente para esse fim" (Ap. Crim. n. 98.014825-1, de Itajaí, rel. José Roberge, j. em 1º/12/1998).

E mais:

"Se o réu é primário, embora não seja de personalidade bem formada, e é de pequeno valor a coisa furtada, é de ser reconhecida a espécie privilegiada"

(Ap. Crim. n. 25.578, de Mafra, rel. José Roberge, j. em 10/5/1990).

Do acórdão:

“O réu é primário, porque não tem condenação anterior com trânsito em julgado, e o estatuto penal, para reconhecimento do privilégio, só exige essas duas circunstâncias: criminoso primário e pequeno valor da res furtiva. Outras circunstâncias, inclusive maus antecedentes ou personalidade mal formada, não impedem o privilégio” (RT 193/633).

Ou:

“Consoante a regra do artigo 155, § 2º, do Código Penal, em delito de furto, o apenamento privilegiado subordina-se precisa e exclusivamente aos requisitos da primariedade do agente e ao pequeno valor da coisa furtada, de modo que negar-lhe o privilégio, à conta de maus antecedentes que ostenta, equivalerá a inserir na lei penal, o dano do réu, condição por ela não prevista, o que é não admissível. Nos termos do art. 59 do Código Penal, ao lado das demais circunstâncias judiciais, os maus antecedentes do condenado revelam apenas para fins da dosimetria da pena, vale dizer, na adoção de um ou mais critérios previstos na norma, nunca no indeferimento, puro e simples, de benefício que tem direito o acusado. Precedentes da corte” (RDJ 5/168).

Como se vê, o fato de a apelante ter outros processos em andamento não impede a concessão do privilégio, sob pena de afronta ao princípio constitucional da reserva legal: a lei exige apenas primariedade e pequeno valor da coisa.

Reconhece-se, então, o direito ao privilégio e, em consequência, reajusta-se a pena que, ao cabo da 2ª fase da dosimetria, restou concretizada em

1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão mais a multa, em regime aberto; agora, ante a incidência da causa especial prevista no § 2º do art. 155 do Código Penal, diminui-se a pena em 1/2 (um meio), resultando em 9 (nove) meses de reclusão mais a multa, em regime aberto. Não se cogita de substituição por restritivas, nem de suspensão, porquanto está extinta a punibilidade em face da nova pena.

É que, entre a data do recebimento da denúncia (27/3/96) e a publicação da sentença (11/8/98), decorreu lapso temporal superior a 2 (dois) anos e, pela pena aplicada, o prazo prescricional ficou delimitado em 2 (dois) anos (art. 109, VI, do CP), razão pela qual, de ofício (art. 61 do CPP), declara-se extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa (art. 110, §§ 1º e 2º, do CP).

4. Ante o exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial para reconhecer o privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP, adequando-se a reprimenda para 9 (nove) meses de reclusão e multa, em regime aberto, e, de ofício, declarar extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer subscrito pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 10 de agosto de 1999.

Alberto Costa,

Presidente;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

RECURSOS DE AGRAVO

RECURSO DE AGRAVO N. 99.012562-9, DA CAPITAL

Relator: Des. Genésio Noll

Recurso de agravo — Tráfico de entorpecentes — Substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos — Impossibilidade — Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

A substituição preconizada no art. 44 do CP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.714/98, não é compatível com a prática de crimes considerados hediondos. Ainda mais porque o art. 12 do CP veda a aplicação do dispositivo que for de encontro ao previsto diversamente em lei especial, no caso a Lei n. 8.072/90.

Ainda que considerada a possibilidade de substituição, in casu, por expressa aplicação do disposto no inciso III do art. 44 do CP, a péssima personalidade do recorrente, a existência de antecedentes, culpabilidade intensa e as conseqüências graves do delito demonstram não ser a pena substitutiva suficiente para a reparação e prevenção de tal prática criminosa.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 99.012562-9, da comarca da Capital, em que é recorrente João Batista dos Santos, e recorrida a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas legais.

Cuida-se de recurso de agravo interposto por João Batista dos Santos, condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, pelo cometimento do delito de tráfico de entorpecentes (art. 12, Lei n. 6.368/76).

Insurge-se o agravante contra a decisão do MM. Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da comarca da Capital, que indeferiu a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Entende o agravante fazer jus à substituição prevista no art. 44 do CP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.714/98, porquanto condenado à pena inferior a quatro anos, por delito cometido sem violência ou grave ameaça.

Rebatido o recurso e mantida a decisão, nesta Superior Instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo seu improvimento.

É o relatório.

Em primeiro lugar cumpre assinalar que, embora relevantes os entendimentos contrários, entendo ser inaplicáveis ao delito de tráfico de entorpecentes (equiparado à hediondo) as alterações inseridas no art. 44 do CP.

Ao meu entender, a necessidade de repressão aos delitos de tal gravidade está em posição diametralmente oposta aos princípios despenalizadores da chamada lei das penas alternativas.

É imperativa e salutar a necessidade de tratamento rigoroso e firme do Judiciário em relação aos delitos considerados graves, dentre eles o tráfico de entorpecentes, por muitos considerado o mal do século ou flagelo da humanidade. Aplicar-lhes a nova reda-

ção do art. 44 do CP seria pôr uma pá de cal sobre uma das grandes conquistas de nosso ordenamento jurídico penal, a Lei dos Crimes Hediondos que impôs regras específicas e bastante severas para a repressão dos delitos nela apontados, tal a sua gravidade e poder lesivo.

Outrossim, apesar de a Lei n. 9.714/98 não ter feito qualquer referência à sua aplicação à Lei dos Crimes Hediondos, mormente ao crime de tráfico de entorpecentes, encontra óbice no disposto no art. 12 do Código Penal:

"Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso".

E, na presente hipótese, a lei especial dispôs de modo diverso, vedando aos crimes hediondos e os a eles equiparados a progressão de regime e fixando o cumprimento integral da pena em regime fechado, além de outras restrições.

Sobre a matéria:

"Apesar de a pena mínima cominada para esses ilícitos ser de três anos, parece-nos absolutamente inviável a aplicação dos benefícios da nova lei aos traficantes. Com efeito, existe lei especial tratando do tema, qual seja, a Lei n. 8.072/90 que, em seu artigo 2º, § 1º, estabelece o cumprimento integral da pena em regime fechado para os crimes hediondos, tráfico de entorpecentes e terrorismo. As novas regras são genéricas e, portanto, não podem se sobrepor à lei especial que é expressa a respeito do assunto. Como substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, se existe lei disposta o cumprimento integral em regime fechado? Ademais,

chega a ser extremamente estranho que o Juiz imponha uma pena substitutiva ao traficante e, caso este descumpra a pena imposta, seja revogado o benefício e tenha ele de cumprir a pena privativa de liberdade no sistema integralmente fechado” (Victor Eduardo Rios Gonçalves — Promotor de Justiça/SP e Professor de Direito Penal e Processo Penal — in Boletim IBCrim n. 75, abril 1999, encarte especial, págs. 5/6).

“2. A exposição de Motivos do então Projeto de Lei (n. 689, de 18/12/96) justifica a ampliação das penas alternativas com o argumento de que ‘a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social. Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social’. Evidencia-se por este texto que a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos tem aplicação somente para os crimes de menor gravidade, nos quais a pena de prisão não é necessária para sua prevenção.

“Por outro lado, a Constituição Federal considera o tráfico de entorpecentes um delito assemelhado aos crimes hediondos, pela sua reconhecida perniciosidade à sociedade, e estabelece a mesma restrição de direitos e garantias (CF, art. 5º, inc. XLIII): inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Nesse esteio, a Lei n. 8.072, de 25/7/90, reafirmou as vedações constitucionais, ampliando-as, inclusive, para proibir a concessão de indulto ou de qualquer modalidade de liberdade provisória (art. 2º, incs. I e II), e, além disso, determinou o cumprimento da pena

privativa de liberdade imposta integralmente no regime prisional fechado (art. 2º, § 1º).

“Este tratamento mais rigoroso, que a norma constitucional e a legislação especial determinam ao transgressor da norma penal, é de todo incompatível com a aplicação da pena alternativa, reservada apenas aos crimes de menor gravidade conforme salientado supra. De fato, não é possível conciliar a fixação da pena restritiva de direitos, por exemplo, ao condenado que foi mantido preso durante todo o processo em face da proibição constitucional de concessão de fiança.

“É intuitivo, também, pela redação do art. 44, inc. I, do CP, que a quantidade da pena aplicada não é requisito preponderante na substituição, uma vez que, se o delito for praticado com violência ou grave ameaça, o condenado não fará jus à sanção alternativa. Apesar de a violência ou grave ameaça não integrarem o tipo do tráfico e ser este crime contra a saúde pública, não se pode olvidar a existência de organizações criminosas voltadas para sua prática, responsáveis por mais uma das violentas formas de criminalidade que flagelam a sociedade.

“Desta incompatibilidade aparente das normas conclui-se que a pena alternativa é somente aplicável à pequena e à média criminalidade, e não aos crimes de grande gravidade como o tráfico de drogas, aos quais deve ser reservada a pena de prisão (cf. Jorge Figueiredo Dias, ‘Direito Penal Português — As Consequências Jurídicas do Crime’, Lisboa, Aequitas Editorial Notícias, 1993, pág. 328). E sobre este aspecto é oportuno ressaltar que a manifesta periculosidade do trá-

fico de entorpecentes não decorre da quantidade da pena prevista no tipo penal, e que pode servir como argumento para a fixação da pena alternativa (desde que não aplicada pena superior a quatro anos), mas da própria Constituição Federal (art. 5º, inc. XLIII), que entendeu necessário restringir direitos e garantias para assegurar a proteção de outros bens jurídicos considerados essenciais ao desenvolvimento pacífico da sociedade democrática (cf. José Miguel Sardinha, 'O Terrorismo e a Restrição dos Direitos Fundamentais em Processo Penal', Coimbra, Coimbra Editora, 1989, pág. 23)" (Jorge Assaf Maluly — Promotor de Justiça/SP — Boletim do IBCrim n. 77, abril 1999, págs. 5/6).

Ainda, do Dr. Alex Sandro Teixeira da Cruz, Promotor de Justiça/SC e Professor do Centro de Estudos Jurídicos Sul Catarinense, publicado no Boletim do Cejusc n. 1, março/abril de 1999, verbis:

"Quando da edição da Lei n. 8.072/90, com o arrolamento de determinados delitos como hediondos (art. 1º) e equiparados (art. 2º, caput), não apenas pretendeu o legislador ordinário adequar-se ao vetor inserto no art. 5º, inc. XLIII, da Constituição da República/88, mas, indo além, visou dar resposta, de forma enérgica e extremada, à escalada da violência associada àquelas práticas que elegeram como as mais perniciosas à sociedade, acrescentando, em tal categoria, com a Lei n. 8.930/94, o homicídio qualificado e o praticado em atividade típica de extermínio, e, mais, recentemente, com a Lei n. 9.695/98, a falsificação, a corrupção e a adulteração de medicamentos.

"Portanto, malgrado a fixação, através do art. 1º, § 7º, da Lei n. 9.455/97, do sistema executório progressivo da pena para o crime de tortura, a tendência do legislador tem sido incrementar a repressão aos delitos hediondos e equiparados, não sendo crível quisesse produzir abrandamento, ainda mais o fazendo de forma tácita, indireta e sub-reptícia, contrariando até mesmo a técnica utilizada na Lei de Tortura, na qual a progressividade foi estabelecida expressamente.

"Mas a não-aplicabilidade da substituição aludida não se restringe ao campo interpretativo teleológico. Também sob a ótica sistemática a conclusão é, imperativamente, similar.

"Com o advento da Lei n. 8.072/90, criou-se categoria especial de delitos, especialidade esta que se situa sobretudo na vedação de certas regalias processuais (fiança e liberdade provisória), na proibição de aplicabilidade de certos institutos gerais de direito material (anistia, graça e indulto) e, por fim, também na restrição a certos benefícios de cunho executivo (não-progressividade e cumprimento, no mínimo, de 2/3 da pena para a obtenção do livramento condicional).

"Ora, é princípio comezinho, no campo hermenêutico, que a lei geral poderá atuar apenas subsidiariamente à norma especial, preenchendo as lacunas eventualmente deixadas por esta. Quando for observado paradoxismo entre ambas, vale a máxima *lex specialis derogat legi generali*.

"Assim, tendo o narcotráfico, em face de sua inserção na Lei n. 8.072/90, sido galgado à categoria de crime de especial reprovação, não fica

sujeito às normas gerais do Código Penal naquilo em que estas conflitarem com a LCH. Ou alguém, por exemplo, mesmo diante da previsão irrestrita do instituto do indulto no CP, diria que a vedação da lei especial não prevalece sobre o permissivo geral do Codex?

“A situação da substituição do art. 44, inc. I, é a mesma. Vale para todos os crimes dolosos, praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, com pena aplicada não excedente a 4 (quatro) anos (cumpridos os demais requisitos dos incs. II e III), exceto para o narcotráfico, cujas restrições especiais devem prevalecer sobre o permissivo geral”.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

“Tráfico de entorpecentes. Aplicação da Lei n. 9.714/98. A questão é se, no crime de tráfico de entorpecentes, aplica-se a Lei n. 9.714/98, que instituiu as penas alternativas substitutivas das privativas de liberdade, quando o prazo de apenamento for inferior ou igual a quatro anos, preenchidas as condições. Prosseguindo no julgamento, a Turma decidiu que, no caso, as alterações genéricas previstas nessa Lei devem ser aplicadas no ordenamento jurídico-penal, ressalvadas as disposições legais em sentido contrário, estabelecidas em legislação penal especial (art. 12 do CP). Portanto o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 continuaria em vigor, vez que a aplicação do Código Penal é subsidiária e suas regras incidem na lei especial onde não houver vedação” (RHC 8.406—RJ, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 30/6/1999).

Não fossem os fundamentos acima, outro aspecto, de caráter subje-

tivo, impede, in casu, a aplicação das novas disposições do art. 44 do CP.

Dispõe o art. 44, inciso III, do Código Penal:

“Art. 44 — As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

(...);

“III — a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

Bem se houve o Magistrado quando negou o benefício, sustentando seu entendimento no fato de o crime cometido ser considerado hediondo.

Outrossim, de ressaltar-se a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, feita pelo Magistrado, na qual ficou demonstrado ser o recorrente portador de péssima personalidade, constatando-se, ainda, que já foi processado e condenado à pena de 1 (um) ano de reclusão na comarca de Joaçaba, além da culpabilidade ter sido intensa e as conseqüências do delito graves, o que nos leva à certeza inarredável de que a substituição não é suficiente para a repressão do delito.

Julio Fabbrini Mirabete leciona:

“É ainda necessário para a substituição que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias, indiquem que a substituição é suficiente. Essas circunstâncias pessoais, que também devem ser observadas na fixação da pena-base, é que vão dar a medida da conveniência da substituição. Se forem elas favoráveis ao condenado, deve o juiz efetuar a substitui-

ção. Se, entretanto, demonstrarem incompatibilidade com a convivência social harmônica, deve ser denegada. Diante da abrangência da nova lei quanto à quantidade da pena privativa de liberdade a ser substituída, é dever do juiz uma rigorosa apreciação desses requisitos subjetivos no sentido de verificar se, realmente, a pena substituída é suficiente para a reparação e prevenção penais, assegurando a necessária defesa da sociedade" (in Código Penal Interpretado. 1ª ed., Atlas, 1999, pág. 290).

A propósito, o entendimento jurisprudencial desta Câmara:

"Penal e processual — Tráfico de entorpecentes — Prova — Depoimento de policiais — Validade — Delito configurado — Pena — Substituição por restritivas de direitos — Inviabilidade no caso — Pena pecuniária — Valor do dia-multa — Adequação — Sentença condenatória mantida — Recurso desprovido.

"Em regra, no tráfico de drogas é inviável a substituição da pena priva-

tiva de liberdade por restritivas de direitos, visto que a providência não se demonstra suficiente à prevenção e à repressão de delitos de tal gravidade.

"O benefício, salvo casos excepcionalíssimos, poderia incentivar a verdadeira onda de crimes dessa natureza, que a resposta penal visa prevenir e reprimir" (Apelação Criminal n. 99.004613-3, da Capital — relator Des. Amaral e Silva — julgada em 27/4/99).

Assim, diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Souza Varella, e lavrou o parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias de Caro.

Florianópolis, 31 de agosto de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente;
Genésio Nollí,
Relator.

RECURSO DE AGRAVO N. 99.017905-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Francisco Borges

Recurso de agravo. Tráfico ilícito de entorpecentes. Reprimenda inferior a quatro anos. Pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em regra, no tráfico de drogas é inviável a substituição de pena, não se enquadrando o traficante nas hipóteses excepcionalíssimas em que a medida seja suficiente à prevenção e repressão do crime hediondo praticado.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 99.017905-2, da comarca da Capital (Vara de Execuções Penais), em que é recorrente Ademir Otacílio Vieira, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:

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

Custas de lei.

Ademir Otacílio Vieira interpôs recurso de agravo fulcrado no art. 197 da Lei de Execuções Penais, contra a decisão que indeferiu pedido de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, ao argumento de que a Lei n. 9.714/98, que alterou os arts. 44, 45 e outros do Código Penal, não derogou a norma de caráter especial prevista na Lei n. 8.072/90, no tocante à aplicação aos crimes hediondos.

Sustenta que a legislação pertinente às penas alternativas (Lei n. 9.714/98) deve ser aplicada no caso vertente, apesar de ser o crime de tráfico de drogas tipificado na Lei n. 8.072/90 como crime hediondo, pois preenchidos todos os pressupostos objetivos e subjetivos.

Com as contra-razões e proferido o despacho de manutenção, subiram os autos a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Exsurge dos autos que o recorrente foi condenado à pena de três anos de reclusão, em regime se-

mi-aberto, pela prática do crime previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Pretende o recorrente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com fundamento na aplicação da Lei n. 9.714/98, que alterou o artigo 44 e ss. do Código Penal.

O caso sub examen consiste em definir sobre a possibilidade ou não de se aplicar a substituição da pena de reclusão por restritivas de direitos para os condenados pela prática de crimes hediondos, quando a reprimenda aplicada for igual ao inferior a quatro anos. É que com o advento da Lei n. 9.714/98, que dispõe sobre penas alternativas, surgiu grande divergência quanto à aplicação ou não do referido dispositivo aos crimes hediondos.

Alguns julgados têm admitido a substituição de pena nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes, mas não tem sido este o entendimento desta Câmara, até porque entendemos que as penas alternativas constituem resposta penal para os crimes de potencialidade lesiva pouco significativa, o que não é o caso do crime de tráfico de entorpecentes.

Com efeito, a nova redação do art. 44 e seus incisos do Código Penal, dispõe que:

“Art. 44 — 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;

“II — o réu não for reincidente em crime doloso;

“III — a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

A princípio, numa interpretação literal do dispositivo acima, tem-se como obrigatória a substituição em todos os casos em que a pena cominada não ultrapassasse quatro anos. Ocorre que, seguindo a moderna tendência de opção pelas alternativas à privação de liberdade, a Lei n. 9.714/98 reservou o encarceramento às hipóteses mais graves, o que atende aos princípios da boa política criminal.

Por outro lado, analisando-se as novas disposições com o sistema jurídico penal e a interpretação histórica dos motivos que levaram à introdução das penas alternativas, conclui-se que é necessário cautela quando se trata de tráfico ilícito de entorpecentes.

Nesse sentido, argumenta Victor Eduardo Rios Gonçalves:

“Apesar de a pena mínima cominada para esses ilícitos ser de três anos, parece-nos absolutamente inviável a aplicação dos benefícios da nova lei aos traficantes. Com efeito, existe lei especial tratando do tema, qual seja, a Lei n. 8.072/90 que, em seu art. 2º, § 1º, estabelece o cumprimento integral da pena em regime fechado para os crimes hediondos, tráfico de entorpecentes e terrorismo. As novas regras são genéricas e, portanto, não podem se sobrepor à lei especial que é expressa a respeito do assunto. Como substituir a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, se existe lei dispondo o cumprimento

integral em regime fechado? Ademais, chega a ser extremamente estranho que o juiz imponha uma pena substitutiva ao traficante e, caso este descumpra a pena imposta, seja revogado o benefício e tenha ele de cumprir a pena privativa de liberdade no sistema integralmente fechado.

“Este, entretanto, não é o único argumento. Com efeito, o art. 44, III, do CP (com a nova redação) somente permite a aplicação das penas substitutivas quando, dentre outros requisitos, a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que essa substituição seja suficiente. Ora, admitir a aplicação da pena substitutiva ao traficante significa ignorar que ele comete o delito apenas em busca de lucros financeiros, sem qualquer pudor em relação a toda gama de malefícios que traz à sociedade. O traficante, de grande ou de pequeno porte (já que os esforços se unem para que o tóxico chegue ao destinatário final), é um dos responsáveis diretos pela onda de crimes que avassala o País: chacinas cometidas quase que diariamente na luta por pontos de venda do entorpecente, a corrupção tomando proporções inimagináveis, jovens praticando toda sorte de crimes patrimoniais para obtenção de recursos visando à aquisição da droga, crianças atuando como intermediários do tóxico, etc. Além disso, não podemos esquecer os malefícios que a droga traz para a saúde e para a própria vida do usuário, seja ele viciado ou não.

“Por todos esses motivos, parece-nos que a substituição por pena restritiva de direitos não é medida suficiente para a repressão e prevenção do crime, de tal sorte que o traficante não se amolda no mencionado art. 44, III,

do CP" (O Âmbito de Incidência da Lei n. 9.714/98 (Penas Alternativas) — artigo publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, IBCCrim n. 75, fevereiro/1999, pág. V).

Ademais, a inadmissibilidade dos regimes aberto e semi-aberto, determinada pela Lei dos Crimes Hediondos, a Lei n. 8.072/90 exprime política criminal incompatível com a substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, mesmo com o advento da Lei n. 9.714/98.

Como se não bastasse, a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, expressamente prevista no Código Penal (derivada do comando constitucional), não se subordina ao cumprimento ou preenchimento de quaisquer outros requisitos que não sejam aqueles já enumerados, sendo certo que as normas fixadas neste diploma legal, como lei geral, são aplicáveis aos fatos incriminados em leis especiais, se estas não regularem a matéria dispondo de forma diversa (art. 12 do CP).

Ocorre que a Lei n. 9.714/98 contém regras de caráter geral enquanto a Lei n. 8.072/90 e a Lei n. 6.368/76 são de caráter especial, onde a Lei dos Crimes Hediondos fixa um regime de cumprimento de pena incompatível com a substituição de penas, devendo, assim, prevalecer sobre a regra geral do Código Penal, aplicando o princípio da especialidade, que prevê que Lex posterior generalis non derogat priori speciali.

Temos que, em casos peculiares, com base no art. 59 do CP, até é possível a substituição de pena, principalmente com fundamento no artigo 12 do Código Penal, pois as alterações

ocorreram na parte geral do Código e a Lei dos Crimes Hediondos é uma lei especial, fixando regime de cumprimento de penas incompatível com as substituições, mas não neste caso, não se enquadrando nas hipóteses excepcionalíssimas em que a medida seja suficiente à prevenção e repressão do crime hediondo praticado.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

"(...) Pena. Substituição por restritivas de direitos. Inviabilidade no caso. Pena pecuniária. Valor do dia-multa. Adequação. Sentença condenatória mantida. Recurso desprovido.

"Em regra, no tráfico de drogas é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, visto que a providência não se demonstra suficiente à prevenção e à repressão de delitos de tal gravidade.

"O benefício, salvo casos excepcionalíssimos, poderia incentivar a verdadeira onda de crimes dessa natureza, que a resposta penal visa prevenir e reprimir" (Ap. Crim. n. 99.004613-3, da Capital, rel. Des. Amaral e Silva, julgada em 27/4/99).

Não obstante as divergências no tocante à aplicação da Lei n. 9.714/98 ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, o recorrente não faz jus ao benefício previsto no art. 44 do Código Penal, pois, em que pese ser favorável a dosimetria da pena aplicada ao recorrente (a pena foi fixada no seu mínimo legal), as circunstâncias indicam que a substituição não exsurge suficiente à prevenção e repressão do crime, até porque o recorrente, por ser viciado em drogas, alegou que a droga apreendida era para fins de consumo

próprio, entretanto, dada à grande quantidade de droga (731,7 gramas de maconha) apreendida em seu poder, conclui-se que a droga não era somente destinada ao seu consumo, mas também ao comércio, fato este devidamente comprovado nos autos por um bilhete encontrado em sua casa, escrito por um presidiário, em que solicitava 50 gramas de maconha, o que denota que o recorrente apresenta alta nocividade social, merecendo sua conduta reprovabilidade da sociedade.

Cumpra salientar ainda que os motivos da atuação infracional foram ditados pelo desrespeito à lei, com a total falta de respeito aos princípios morais que norteiam a convivência em sociedade, com as conseqüências previstas da disseminação da droga, com grave risco à saúde pública, portanto, não pode ser merecedor do benefício legal invocado.

É que o tráfico ilícito de entorpecentes, flagelo dos tempos atuais, não está incluído entre os crimes de pequena lesividade, é um delito de maior gravidade, devendo ser empregada, na sua repressão, o rigor suficiente de uma punição.

De mais a mais, como bem salientou a procuradora do agravante “verifica-se que, embora sua condenação seja por crime de tráfico, a execução da pena imposta está obedecendo à regra progressiva” (fls. 23). O recorrente, preso em flagrante em 20/3/97 e sentenciado em 21/7/97 (condenado

ao cumprimento da pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime semi-aberto), em 8/5/98 teve progressão de regime para o aberto.

Vale ressaltar que o recorrente encontrava-se foragido da Casa do Albergado desde 24/9/98 (recapturado em 27/1/99), tendo o Juízo de Execuções Penais determinado a regressão do regime de cumprimento de pena para o semi-aberto, em 2 de junho deste ano.

Por todos esses motivos, a substituição da pena aplicada na sentença pela pena restritiva de direitos não é medida suficiente para a repressão e prevenção do crime em tela, de tal sorte que o traficante não se amolda ao mencionado art. 44, III, do CP.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso .

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Genésio Nólly, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella, lavrando parecer, pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 16 de novembro de 1999.

Amaral e Silva,
Presidente para o acórdão;
Francisco Borges,
Relator.

REVISÕES CRIMINAIS

REVISÃO CRIMINAL N. 97.007500-6, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Alberto Costa

Revisão criminal. Pena. Continuidade delitiva. Critério para a fixação do acréscimo dela decorrente. Prática de 3 (três) crimes de roubo pelo revisionando. Acréscimo fixado de metade. Exacerbação manifesta. Aumento que deve ser fixado em 1/5 (uma quinta) parte. Deferimento do pedido.

— Se o revisionando praticou 3 (três) crimes de roubo em continuidade delitiva, o acréscimo dela decorrente, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, deve ser fixado em 1/5 (uma quinta) parte, calculado este não sobre a pena-base, mas sobre o quantum já acrescido na primeira operação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 97.007500-6, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que é requerente Dário da Cruz:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, à unanimidade, julgar procedente o pedido para fixar em 1/5 (uma quinta) parte o acréscimo decorrente da continuidade delitiva e estabelecer a pena do crime de roubo definitivamente em 9 (nove) anos de

reclusão, mantidas as demais cominações da sentença revisanda.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Criciúma, 1ª Vara Criminal, Dário da Cruz restou condenado às penas de 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime fechado, e 45 (quarenta e cinco) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato, por infringir o disposto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, c/c o artigo 71, ambos do

Código Penal, e à pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, por infração ao artigo 213, caput, do Digesto Penal.

Inconformado, Dário da Cruz apelou objetivando a absolvição em relação ao delito de estupro, por não existir prova de tê-lo cometido, e a redução da pena do crime de roubo, por considerá-la exacerbada.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância e foram com vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra do Dr. Nuno de Campos, opinou pelo desprovemento do recurso.

A egrégia Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negou provimento ao recurso (acórdão de fls. 145/150, dos autos em apenso).

O venerando acórdão transitou em julgado, consoante certificado a fls. 151.

O revisionando pretende, agora, por intermédio da presente medida revisional, a redução da pena aplicada, referente à continuidade delitiva, do crime de roubo, alegando, para tanto, que o aumento foi exacerbado, pois praticou apenas três delitos e, in casu, o aumento deveria ter sido de 1/5 (uma quinta parte) e não de 1/2 (metade).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Pedro Sérgio Steil, opinou pelo deferimento do pedido, a fim de ser reduzida a pena aplicada, devendo ser considerado o aumento de 1/5 da pena-base para a continuidade delitiva.

Conforme referido no relatório, a decisão guerreada foi confirmada pela egrégia Segunda Câmara Crimi-

nal deste Tribunal, em sede de apelação criminal, não tendo o revisionando logrado êxito no seu pleito de redução da pena cominada ao crime de roubo.

Essa circunstância, consoante anotou o douto parecerista, doutor Pedro Sérgio Steil, com o costumeiro acerto, "a rigor, impediria o conhecimento do pedido em apreço, em face do majoritário entendimento de que é inviável acatar-se revisão que reedita argumentos já analisados em apelação (1). Entretanto, o pedido de redução da pena, na apelação, foi formulado de forma genérica, sem considerar especialmente o aumento decorrente da continuidade delitiva. E também de forma genérica, data venia, foi enfrentado pela Câmara, conforme se vê do acórdão, que inclusive transcreveu parecer deste órgão (fls. 145/150 dos autos apensados).

"Diante disso, e por ser a aplicação da pena matéria de indisponível ordem pública, entendemos que o pedido deve ser conhecido, sem que isso signifique o reexame da questão em segunda apelação.

"O ilustre Sentenciante, embora tenha efetivado a dosimetria da pena nos limites estabelecidos pela lei, tanto que a sentença está tecnicamente correta, aplicou a pena com rigor excessivo, ao fixar o aumento decorrente da continuidade delitiva no equivalente à metade da pena-base até então fixada.

"Como se sabe — prossegue o digno Parecerista —, a continuidade delitiva (2) tem momento certo de consideração e, segundo a melhor doutrina e entendimento assente nos Tribunais, segue critérios objetivos e deve ser fundamentada.

"No caso presente, de fato houve, a nosso ver, exacerbação na dosimetria praticada pelo Magistrado, uma vez que o réu praticou três crimes e teve sua pena acrescida da metade.

"Damásio E. de Jesus, sobre o critério a ser adotado na valoração do aumento previsto no citado dispositivo, reporta-se ao entendimento esposado pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo e que tem sido adotado por este egrégio Sodalício.

"Segundo aquela Corte de Justiça, em se tratando de delitos perpetrados em continuidade delitiva, deve o magistrado atentar para os seguintes princípios: '1º) até dois crimes: acréscimo de um sexto; 2º) até três delitos: um quinto; 3º) até quatro crimes: um quarto; 4º) até cinco delitos: um terço; 5º) até seis crimes: metade; 6º) até sete delitos: dois terços' (AE n. 452.827, BMJTACrimSP, 45:13)" (in Código Penal Anotado, Saraiva, 1994, pág. 198).

E arremata S. Excia., o douto Parecerista:

"Adotando-se, por fim, o citado critério, que bem equaciona a reprimenda imposta e tem sido adotado também por essa Corte (3), a revisão deve ser deferida, para o fim de reduzir a pena aplicada ao requerente, pela prática do crime de roubo, considerando-se o aumento de um quinto da pena-base para a continuidade delitiva" (fls. 17/19).

Assiste razão integral ao revisor e parcial ao ilustre representante do Parquet deste Segundo Grau de Jurisdição.

Na verdade, a espécie versada nos presentes autos não se assemelha a mera repetição do pedido, podendo ser conhecido.

Quanto ao mérito, manifesta é a procedência do pleito revisional, pois as colendas Câmaras Criminais deste egrégio Tribunal de há muito vêm acolhendo o ensinamento do mestre Damásio no tocante aos princípios que os magistrados devem atentar concernentemente à fixação do quantum referente aos acréscimos decorrentes da continuidade delitiva, à vista do número de crimes praticados pelo agente ativo.

In casu, o revisor praticou três crimes de roubo em continuidade delitiva. O acréscimo decorrente da continuidade, segundo a tabela acima aludida, deveria ter sido fixado não na 1/2 (metade), mas sim em 1/5 (uma quinta) parte de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses, que corresponde a 1 (um) ano e 6 (seis) meses, totalizando a pena definitiva em 9 (nove) anos de reclusão pela prática do crime de roubo.

A pena, portanto, em face da aplicação dos princípios antes referidos deve ser reajustada, impendendo ressaltar falecer razão ao nobre Parecerista apenas na questão atinente à fixação do aumento decorrente da continuidade delitiva, aplicável não sobre a pena-base, mas sobre o quantum já acrescido na primeira operação, conforme o entendimento majoritário da jurisprudência pátria.

Por esses motivos, julga-se procedente o pedido para, fixando em 1/5 (uma quinta) parte o acréscimo decorrente da continuidade delitiva, estabelecer a pena do crime de roubo definitivamente em 9 (nove) anos de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença revisanda.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs.

Des. Amaral e Silva, Álvaro Wandelli, Genésio Noll, Jorge Mussi, Paulo Gallotti e Souza Varella, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 25 de fevereiro de 1998.

José Roberge,
Presidente com voto;
Alberto Costa,
Relator.

REVISÃO CRIMINAL N. 97.008383-1, DE CHAPECÓ

Relator: Des. Álvaro Wandelli

Revisão criminal — Latrocínio — Pretendida desclassificação para roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes — Circunstâncias que permitem estabelecer uma relação direta entre o roubo e o evento morte — Impossibilidade — Co-autoria caracterizada — Participação de menor importância — Aplicação do art. 29, § 1º, do CP — Inadmissibilidade — Condenação mantida — Pedido desprovido.

O agente que concorda ou aceita em participar do crime de roubo, que acabou seguido de morte, dentro de uma só unidade complexa de fato, em pleno desdobramento causal da ação criminosa, responde pelo crime de latrocínio, ainda que não tenha atirado na vítima.

“Na co-autoria, os vários agentes realizam a conduta descrita pela figura típica, concorrendo, de qualquer modo, para a realização do delito. Quem se associa a comparsa, para a prática de assalto, sabendo que este está armado, assume o risco inerente ao resultado como co-autor, posto que a vontade é dirigida aos riscos inerentes, e a conduta é orientada na direção do resultado. Se este é letal, não pode ser considerado acontecimento puramente causal” (RT 683/306).

Pena criminal — Pena-base aplicada acima do mínimo legal — Circunstância judicial do art. 59 do CP confundida com o elemento do tipo — Pedido parcialmente provido para adequar a reprimenda.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n.

97.008383-1, da comarca de Chapecó (2ª

Vara), em que é requerente Claudemir Palhano:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por votação unânime, indeferir o pedido de desclassificação e deferir parcialmente o pedido para adequar a reprimenda para 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

Custas na forma da lei.

Trata-se de pedido de revisão criminal formulado em favor de Claudemir Palhano, vulgo "Tintchio", com assistência da assessoria jurídica da Penitenciária Agrícola de Chapecó, onde está recolhido cumprindo pena de 23 (vinte e três) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, que lhe foi imposta pelo Juiz de Direito da comarca de Chapecó, nos autos do Processo Crime n. 12.925/94, por infração ao art. 157, § 3º, do Código Penal, c/c artigos 49, 59 e 61, inc. I (reincidência), todos do Código Penal.

Colima a desclassificação do delicto de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine, do CP) para roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas (art. 157, § 2º, incs. I e II, do CP) combinado com o disposto no art. 29, § 2º, do Código Penal, argumentando que não desejava participar da morte da vítima, mas somente do roubo.

Requer, ainda, o reconhecimento de participação de menor importância prevista no art. 29, § 1º, do

CP, ou, alternativamente, a minoração da pena-base para o seu mínimo legal.

Apensados os autos de processo crime original, manifestou-se a doutra Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Valdir Vieira, pelo não conhecimento do pedido, em face da falta do trânsito em julgado da sentença, ou, alternativamente, pela desclassificação para roubo qualificado pelo concurso de pessoas e emprego de arma combinado com a última parte do § 2º do artigo 29 do Código Penal.

Determinou-se a baixa dos autos à origem para providenciar a remessa dos autos do processo crime pertinente ao revisionando (fls. 23) e, após apensados, nesta Superior Instância, a doutra Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Valdir Vieira, opinou pelo indeferimento do pedido.

É o relatório.

I — Desclassificação do crime de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine, do CP) para roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas (art. 157, § 2º, incisos I e II do CP).

Como é sabido, "para lograr êxito em sede revisional, o peticionário haverá de demonstrar, à evidência, a erronia do decisório que o desfavoreceu ou a falsidade das provas em que se fundou a condenação" (Revisão Criminal n. 2.624, de Taió, rel. Des. Jorge Mussi, j. em 19/6/94).

In casu, o pleito revisional encontra-se desacompanhado de quaisquer novas provas capazes de justificar a pretensão deduzida, limitando-se o pedido ao reexame do elenco probatório coligido nos autos.

Ora, a revisão criminal “não joga com os elementos discutidos na causa, tão-somente. Ao contrário, surge com outros que não foram apreciados, porque eram desconhecidos, para mostrar que o juízo obtido estava eivado de falhas e conduziu a um resultado formalmente exato, mas substancialmente errôneo” (Revisão Criminal, de João Martins de Oliveira, 1ª ed., ano 1967, Sugestões Literárias S/A).

Há na via revisional uma inversão do ônus da prova. Ao requerente é que cabe fazer a prova do desacerto da sentença que o condenou, já que “a dúvida, no juízo revisional, se resolve contra o requerente, pois, fundado em simples incerteza, não é lícito reformar a coisa julgada” (JC, 11-12/504).

Bem por isso ensina Julio Fabbrini Mirabete que “os elementos probatórios devem ter poder conclusivo e demonstrar cabalmente a inocência do condenado ou a circunstância que o favoreça, não bastando aquelas que apenas debilitam a prova dos autos ou causam dúvidas no espírito dos julgadores” (in Processo Penal, 1ª ed., Atlas, 1991, pág. 647, citando RT 331/115 e 350/122, JUTACrim/SP 19/28 e RTJ 101/90).

Busca o revisionando a desclassificação de latrocínio para roubo qualificado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes, ao argumento de que não participou dos atos que ocasionaram a morte da vítima, vez que naquele momento se encontrava no banco de trás do carro, com um pano encobrindo-lhe a cabeça, esclarecendo, ainda, que não tinha intenção de ceifar a vida da vítima, mas tão-somente roubar.

Para perfeita análise da questão suscitada, necessário um pequeno retrospecto do contexto probatório.

Segundo o caderno processual, no dia 22 de dezembro de 1992, o ora revisionando, previamente combinado com os co-réus Dirceu Müller, Beloni Romeiro e José Alves da Silva, dirigiu-se com o automóvel Dodge Polara, conduzido pelo primeiro, até a localidade de Linha Praia Bonita, com o propósito de assaltar o barqueiro Moacir Constante Putti. Antes de chegarem ao local, mais precisamente alguns metros antes, Dirceu estacionou o veículo, permanecendo em seu interior com o revisionando.

Prosseguindo a ação delitiva, Beloni Romeiro e José Alves da Silva, este armado com um revólver, seguiram o caminho a pé até o porto, onde encontraram Moacir Putti, ocasião em que não o assaltaram, porque havia outras pessoas por perto, aguardando momento para tanto.

Ato contínuo, com a demora dos dois comparsas, o co-réu Dirceu Müller deslocou-se com seu automóvel até aquele local, levando consigo, no banco traseiro, deitado e com pano na cabeça, o revisionando Claudemir, para não ser reconhecido, sendo este amigo da vítima, oportunidade em que Dirceu Müller foi a pé aonde estava Moacir, fazendo de conta que não conhecia José e Beloni, e logo retornou para o interior de seu veículo, onde permaneceu escondido com o revisionando.

Em seguida, aproveitando-se de que a vítima tinha apenas a companhia de seu filho Antônio, com auxílio de Beloni, José sacou do revólver que possuía e encostou-o no peito de Moacir, subtraindo-lhe um revólver e a so-

ma de CR\$ 950.000,00, sendo que este revólver passou às mãos de Beloni e serviu para render Antônio, o qual, por um descuido destes, correu em direção à casa de Atilio Rodrigues de Godois.

Diante dessa situação, José e Beloni passaram a persegui-lo, disparando tiros contra ele, ocasião em que saiu na porta Gilmar Rodrigues de Godois, para ver o que estava acontecendo, sendo atingido na região torácica, causando a sua morte.

José e Beloni correram, então, para onde se encontravam o revisor e Dirceu, os quais os estavam aguardando, evadindo-se todos daquele local.

O conjunto probatório extraído dos autos é bastante claro quanto à participação de Claudemir no assalto.

Vejamos:

O co-réu Dirceu Müller, nas duas oportunidades em que foi ouvido (fls. 57 e 87v.), esclareceu em detalhes a ação delitiva com a participação de Claudemir e os demais comparsas, colhendo-se do seu interrogatório o seguinte:

"No seminário, o tio de Beloni ficou, tendo naquele momento, embarcado no carro os três acusados: Claudemir Palhano, José Alves da Silva e Beloni Romeiro. Como estava junto com os dois acusados José Alves da Silva, cunhado do interrogando, acabou confiando nos demais acusados e seguindo até a Praia Bonita. No trajeto da viagem, nada foi comentado pelos acusados, em termos de assalto. Na serra, antes de chegar na balsa de travessia do rio, Beloni falou ao interrogando que iam até na balsa assaltar Moacir Putti, o interrogando acredita

que os demais acusados imaginavam que a vítima Moacir tivesse dinheiro, eis que a vítima era conhecida de Claudemir Palhano. No trajeto de ida ninguém foi deitado no banco traseiro do carro. O interrogando ficou de uns 300 a 500 metros do local onde a vítima foi assaltada. O interrogando ficou esperando os demais acusados, juntamente com o acusado Claudemir Palhano. Claudemir Palhano não foi com os demais acusados até onde estava a vítima, eis que era conhecido da mesma. Os três acusados estavam armados, quando saíram do carro. Claudemir permaneceu no carro, mas permaneceu armado. Como os dois acusados estavam demorando muito a retornar, o acusado falou para Claudemir Palhano para irem atrás dos mesmos pois estavam demorando demais. O interrogando e Claudemir foram então até o rancho, onde permaneciam as vítimas. Nesse trajeto o acusado Claudemir foi deitado no banco traseiro do carro. Quando o interrogando chegou na balsa, para não serem identificados pelas vítimas, solicitaram os serviços destas, no sentido de fazerem a travessia do rio. A vítima respondeu que não poderia fazer aquela travessia, eis que a balsa estava embargada. As vítimas falaram ao interrogando que tinha dois rapazes no local, se referindo aos dois acusados Beloni e José Alves, que desejavam retornar, isto é, subir a serra, mediante o que o interrogando, fazendo de conta que não os conhecia, concordou em dar uma carona àqueles dois rapazes. A carona foi recusada pelos dois acusados. Diante disso o interrogando retornou juntamente com Claudemir para o local onde ficaram esperando os acusados. O acusado sempre esteve deitado no banco traseiro do

carro, com a cabeça coberta. A vítima Moacir Putti ainda perguntou ao interrogando o que é que tinha a pessoa que estava deitada no banco traseiro de seu carro, tendo o interrogando respondido que o mesmo estava bêbado. O interrogando ficou cerca de 15 a 20 minutos parado no local antes combinado. Nesse momento o interrogando escutou dois tiros. Em seguida após os tiros, os dois acusados chegaram correndo. (...) o interrogando reclamou com os acusados por estes terem ido assaltar a vítima, e tomado somente o revólver da mesma. O interrogando entende que quando se planeja um assalto dessa forma 'para matar uma pessoa', deveria-se ter tirado mais coisas da mesma. O interrogando entende se fosse só para retirar um revólver da vítima não teria ido" (fls. 87v., 88 — autos em apenso) (grifei).

A vítima Antônio Putti declarou de modo expresso:

"No dia dos fatos, apareceram na barca do depoente dois elementos que pretendiam passar o rio, no entanto, como a informante estava com a barca presa, por determinação da marinha, não foi possível efetuar a travessia. Mais ou menos por uns trinta minutos aqueles dois elementos permaneceram no local juntamente com o informante e seu pai. Passando esses trinta minutos apareceu no local um automóvel 'doginho vermelho', no interior deste automóvel, existiam duas pessoas, um dos quais sentado no banco traseiro, estava com uma 'coberta' que parecia ser um pano vermelho. Aquele elemento estava totalmente coberto. O pai do informante perguntou para o motorista por que aquela pessoa estava coberta, tendo este respondido que era em razão de

estar embriagada, eis que havia consumido certa quantidade de cachaça durante a descida da serra. O motorista do automóvel estava mascarado em razão do que não foi possível identificá-lo. O motorista e aqueles dois elementos que pretendiam fazer a travessia da barca trocaram algumas palavras discutindo acerca de uma possível corrida até a cidade de Chapecó, no entanto por não se acertarem no preço o doginho voltou a cidade de Chapecó. Minutos após aqueles dois elementos, sacando de suas armas, efetuaram um assalto, obrigando o informante a entregar-lhe cerca de 950 cruzeiros reais e mais um revólver de propriedade do pai do informante. O assalto foi tudo muito rápido, 'não deram moleza'. Após o assalto aqueles dois elementos saíram correndo em direção onde partiu o automóvel doginho. Na verdade o assalto ocorreu a uns 500 metros da balsa, no rancho onde o informante guarda os materiais de travessia. No momento do assalto o informante e seu pai foram alvejados por três disparos no entanto não foram atingidos. O pai do informante foi agredido fisicamente por aqueles elementos, restando lesionado no pescoço. Após o assalto, o informante e seu pai procuraram refúgio na casa de um vizinho que mora próximo. Aqueles elementos desferiram mais um tiro em direção ao informante, o qual veio atingir a vítima Gilmar Rodrigues de Godois, que apareceu repentinamente na porta para ver o que estava acontecendo. Após atingir a vítima Gilmar aqueles elementos saíram correndo estrada afora, no sentido para onde tinha ido o doginho. O doginho vermelho foi visto escondido no meio de uma capoeira, próximo a um porto velho, ali existente,

todo o período que durou a investida contra as vítimas. O elemento que estava conduzindo o doginho estava mascarado, não tirando aquela máscara em nenhum momento. A máscara tampava todo o rosto do elemento que conduzia o automóvel doginho. A vítima Gilmar foi atingida dentro de sua casa, ao abrir a porta. O doginho ficou escondido a uma distância de mil metros do local onde ocorreram os fatos (...) No momento em que os dois elementos trocaram palavras com o motorista do doge, o motorista estava mascarado. Ao todo eram quatro pessoas, dois estavam no automóvel e dois estavam a pé" (fls. 109 e 109v.) (grifei).

Isso foi corroborado pelas palavras da vítima Moacir Constante Putti, quando inquirido perante a autoridade policial:

"...Que após uma meia hora, apareceu um veículo, 'doginho', vermelho, sendo que um dirigia o veículo e outro deitado no banco traseiro, com um pano tapando o rosto, sendo que o depoente perguntou o que tal rapaz tinha e o motorista respondeu que estava bêbado. Que o Sr. Atílio estava com o depoente no local. Que o motorista do veículo pediu ao depoente que queria ir para o Rio Grande, mas o depoente lhe disse que a barca estava desativada; que ficaram por lá, sendo que os dois rapazes pediram uma carona e este lhe respondeu que sem dinheiro não dariam carona e o veículo saiu do local e parou logo após a casa de Atílio; que o filho de Atílio, Gilmar, chegou ao local e foi para casa, juntamente com seu pai. Que assim que saíram (Atílio e o filho) o depoente ficou no local com seu filho Antoninho; Que um dos dois rapazes agarrou o depoente pelo pescoço e disse que era um assal-

to, derrubando o depoente no chão e tirou o revólver 38, com cabo, que não era legítimo, não recordando se era Rossi ou Taurus, pois é um revólver velho que o depoente tinha para sua segurança devido ao seu trabalho; Que também tirou do depoente o valor de noventa e cinco mil cruzeiros em dinheiro; Que o filho do depoente conseguiu soltar-se do outro rapaz e saiu correndo, sendo que os dois saíram correndo atrás do filho do depoente; Que o depoente viu que o mais alto e claro, o qual agarrou o depoente estava armado com um revólver e não viu se o outro também estava armado; Que o filho do depoente foi socorrer-se na casa de Atílio e o depoente ouviu cinco ou seis tiros, enquanto perseguiam seu filho; Que o depoente a seguir ouviu gritos e foi, devagar, pois sentia-se sufocado, por ter sido agarrado pelo pescoço até a casa de Atílio e quando chegou no local o filho de Atílio já estava morto, que o veículo e todos os rapazes desapareceram do local, logo após o ocorrido. Que o depoente diz que poderá reconhecer os três rapazes e somente não viu o rosto do quarto elemento que estava com o rosto tapado e deitado no interior do veículo" (fls. 12 e 12v. — autos em apenso) (grifei).

A testemunha Dinarte Rodrigues Pereira, que observou o automóvel do co-réu Dirceu Müller próximo à sua casa, contou:

"No dia dos fatos, o depoente chegava da roça em sua casa quando percebeu que quatro elementos, em um doginho vermelho, chegaram até próximo a casa do depoente, pararam o carro, dois daqueles elementos desceram e dois permaneceram no carro. Aqueles dois elementos que desceram

foram até o rancho onde estava a família Putti. Aqueles elementos permaneceram por cerca de 30 minutos quando então os dois elementos que estavam no carro fizeram a volta e foram atrás dos seus companheiros. Isto já era no escurecer. Minutos após, o doginho retornou com dois elementos no seu interior parando no mesmo local onde anteriormente estava, em seguida o depoente ouviu alguns tiros, uns três tiros e escutou gritos de um rapaz que gritava 'me acuda Atílio, me acuda Atílio'. O rapaz que estava correndo era Antoninho Putti. Os elementos corriam atrás de Antoninho. Em seguida, digo, após os tiros aqueles dois elementos chegaram correndo no carro que os aguardava. Momento em que pediram para que abrissem a porta. Aqueles elementos disseram 'abram a porta'. Diante do que pegaram o carro e 'se mandaram para a cidade'. O carro estava a uns 100 metros de distância da casa do depoente, em razão do que fica difícil reconhecer os elementos que estavam no seu interior. O veículo era um doginho vermelho. Não percebeu se os elementos que aguardavam no carro estavam ou não mascarados. O depoente correu até a casa da vítima, Gilmar, quando já estava morrendo nos braços de seu pai. O depoente ficou sabendo que aqueles elementos além de matarem a vítima haviam assaltado Moacir e Antoninho Putti, de quem roubaram um revólver, ficou sabendo que também tiraram dinheiro das vítimas" (fls. 110 — autos em apenso) (grifei).

Atílio Rodrigues de Godois, que estava na companhia de Moacir Constante Putti e Antônio Putti, no dia dos fatos, narrou:

"No dia dos fatos, o informante estava em companhia de Moacir e Antonio Putti, próximo ao rancho onde estes guardavam os materiais da barca. Naquele local apareceram dois elementos, andando a pé. Aqueles dois elementos solicitaram por uma travessia da balsa. No entanto, como a balsa estava presa, tornou-se impossível a travessia. Aqueles elementos permaneceram no local por mais um tempo, quando ali apareceu um veículo tendo no seu interior dois elementos. Um deles estava no banco traseiro, coberto, e outro estava conduzindo o automóvel doginho. O elemento que estava conduzindo o automóvel doginho trata-se de Dirceu Müller, que é reconhecido nesta audiência, pelo informante. Os elementos que estavam no doginho também procuraram pela travessia do rio, mas como a balsa estava presa, isto não era possível. Aqueles dois elementos que estavam no local chegaram a conversar com o elemento que conduzia o doginho, pedindo-lhe uma carona. O motorista do doginho impôs aos elementos o pagamento de três litros de gasolina. O motorista do doginho não estava mascarado, isto foi o que informante pôde perceber no momento. Em seguida, o doginho deixou o local e aqueles dois elementos ali permaneceram. Em seguida o informante foi até a sua casa, tendo escutado um tiro. Em seguida o informante percebeu que Antoninho Putti vinha correndo gritando por socorro, dizendo 'abra a porta, porque mataram o pai'. Quando o informante abriu a porta, Antoninho entrou, tendo os elementos desferido um tiro em direção a porta da casa do informante, disparo este que acabou atingindo Gilmar de Godois, filho do informante. Em razão deste tiro

a vítima faleceu. Em seguida aqueles dois elementos correram do local indo em direção ao doginho que os aguardava a uns 500 metros do local. O informante ficou sabendo que aqueles elementos ao assaltarem Moacir e Antônio Putti, lhes roubaram uma arma e certa quantidade em dinheiro” (fls. 110v. e 111 — autos em apenso) (grifei).

Induvidosa, portanto, a participação do revisionando no assalto, pois com as declarações coerentes e incisivas do co-réu Dirceu Müller (fls. 57 e 87v.), pelas informações das vítimas (fls. 109/109v., 12, 12v., 110v. e 111) e pelo depoimento de Atilio Rodrigues de Godois, verifica-se que o objetivo predeterminado do revisionando era de qualquer forma roubar, mesmo que para isso precisasse usar de violência contra alguém ou até mesmo o matar.

Ora, não há negar que o revisionando e seus asseclas planejaram um assalto e escolheram as vítimas, um barqueiro qualquer, no caso, Moacir, e o filho deste, Antônio, disparando tiros não importando a quem fosse atingir, acabando por ceifar a vida de uma pessoa que não tinha nada a ver com o assalto.

Bem verdade é que o revisionando não executou diretamente o latrocínio, porém combinou com os demais co-réus assaltar as vítimas, sendo que uma delas já conhecia (Moacir), tanto que foi até o local escondido com um pano sobre a cabeça, para não ser reconhecido, pois poderia entregá-lo facilmente. Enquanto isso, os dois co-réus José e Beloni foram no encalço de Antônio, o que redundou na morte de Gilmar Rodrigues de Godois. Em assim agindo, o revisionando, automa-

ticamente, assumiu o risco de qualquer desenlace, em virtude da indivisibilidade do delito, pouco importando que apenas dois dos assaltantes, os co-réus José da Silva e Beloni Romeiro, tenham desferido os disparos que levaram a vida da infelicitada vítima, pois “não é necessário saber qual dos co-autores do latrocínio desferiu o tiro, pois todos respondem pelo fato” (RT 531/328).

Acerca da responsabilidade penal daquele que age em concurso de agentes no crime tipificado pelo artigo 157 do Estatuto Penal, este Tribunal já se pronunciou que “quem se propõe a executar crime de roubo, em concurso de agentes, onde todos visam ao mesmo resultado, a final obtido, responde solidariamente pelos atos praticados” (Ap. Crim. n. 33.106, de Biguaçu, rel. Des. José Roberge, j. em 19 de dezembro de 1995).

E, também, aresto relatado pelo eminente Des. Wladimir d'Ivanenko:

“Se os agentes combinam, previamente, praticar um furto — estando um deles armado —, assumem ambos o risco de ser réus de roubo ou latrocínio. Para ser considerado co-autor de um delito não há necessidade da prática de atos típicos, bastando a mera participação” (Apelação Criminal n. 25.029, de Orleans, in DJ n. 7.862, de 2/10/89, pág. 8).

Aliás, essa conduta do revisionando evidencia que se não pretendia o resultado final, pelo menos assumiu o risco de produzi-lo.

Sobre a alegação de que não teve o apelante intenção de matar mas tão-somente roubar, é de se ressaltar que, “indiferente, outrossim, não tivesse o sujeito ativo a intenção de matar a

ofendida, em se tratando do delito do art. 157, § 3º, in fine, do Código Penal, de crime qualificado pelo resultado. Como diz Nelson Hungria, trata-se de condição de maior punibilidade, em razão da maior gravidade do resultado. Irrelevante, portanto, seja este voluntário ou involuntário. Para a responsabilização penal basta que o agente haja dado causa à agravação” (Comentário ao Código Penal — vol. VII).

E assim já se decidiu:

“A figura típica do latrocínio não exige que o evento morte esteja nos planos do agente. Basta que ele empregue a violência para roubar e que dela resulte a morte, para que se tenha como caracterizado o delito” (RT 462/353).

Ainda:

“Na co-autoria, os vários agentes realizam a conduta descrita pela figura típica, concorrendo, de qualquer modo, para a realização do delito. Quem se associa a comparsa, para a prática de assalto, sabendo que este está armado, assume o risco inerente ao resultado como co-autor, posto que a vontade é dirigida aos riscos inerentes, e a conduta é orientada na direção do resultado. Se este é letal, não pode ser considerado acontecimento puramente causal” (RT 683/ 306).

Nesse norte:

“Se os réus agiram em conjunto e se um deles atirou na vítima, a hipótese é de crime patrimonial (latrocínio), tentado ou consumado. Não se justifica, pois, a sujeição do feito ao Júri, mesmo que os demais réus não tenham efetuado qualquer disparo contra a mesma vítima” (TJRJ — CC — rel.

Des. Raphael Cirigliano Filho, Bol. ADV 6.796).

Na verdade, inadmissível a pretendida absolvição ao enfoque de inexistir prova segura da participação desse réu na morte da vítima, porque, dos elementos dos autos, já analisados nesta assentada de julgamento, exsurge abundantemente demonstrado ter sido o ora apelante um dos mentores do assalto e responsável pela consumação dos fatos descritos na denúncia, não sendo possível isentá-lo de responsabilidade pelas consequências verificadas, haja vista o disposto no artigo 29 do Código Penal.

Ademais, sabe-se que o latrocínio é um crime complexo, em que o fim é a ofensa patrimonial, seguida de homicídio.

Como crime complexo exige, para a sua tipicidade, a ocorrência de mais de uma ação criminosa e um nexo de causalidade entre elas.

O homicídio, no contexto do latrocínio, constitui o crime meio, e a lesão patrimonial o crime fim.

Nesse aspecto ensina Damásio E. de Jesus:

“O latrocínio é um crime complexo, integrado pelo roubo e homicídio, crimes denominados membros, que perdem sua individualidade em favor de um novo tipo autônomo e independente; assim não fosse, haveria de reger julgamento pelo crime de homicídio em concurso com roubo” (in Direito Penal, Saraiva, 1979, 2º vol., pág. 334).

Não há como se admitir a ausência de nexo causal entre a ação do revisionando e a morte da vítima.

As duas ações delituosas — o roubo e o homicídio — estão perfeita-

mente caracterizadas, existindo o nexo de causalidade a autorizar a capituloção como crime de latrocínio.

Assim, nota-se que a prova coligida é mais do que suficiente para autorizar a condenação por latrocínio, e não roubo.

A jurisprudência é remansosa no reconhecimento da prática do crime de latrocínio em casos como o relatado nestes autos:

“Crime contra o patrimônio. Latrocínio. Condenação. Recursos defensivos visando, um, a diminuição da reprimenda com a aplicação do disposto no artigo 29, § 2º, do Código Penal, e o outro a absolvição por insuficiência de provas quanto à participação do recorrente no crime, ou a desclassificação do latrocínio para roubo. Teses defensivas improcedentes. Co-autoria caracterizada. Desclassificação de latrocínio para roubo inadmissível. Delito de latrocínio devidamente configurado à vista do contexto probatório entranhado nos autos. Condenação mantida. Recursos desprovidos. De acordo com o disposto no artigo 29 do Código Penal, quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. Destarte, não pode ser levada à conta de menor participação no crime a conduta daquele que engendra toda a empreitada criminosa, arma as mãos dos asseclas que praticam a ocisão da vítima, ocorrida em sua presença, apossa-se dos pertences daquela, tenta vender um deles, e é preso na respectiva posse. ‘Se os agentes combinam, previamente, praticar um furto — estando um deles armado —, assumem ambos o risco de serem réus de

roubo ou latrocínio. Para ser considerado co-autor de um delito não há necessidade de atos típicos, bastando a mera participação’ (Apelação Criminal n. 25.029, de Orleans, rel. Des. Wladimir d’Ivanenko. DJE n. 7.862, de 2/10/89, pág. 8)” (Apelação Criminal n. 29.805, de Indaial, rel. Des. Alberto Costa, in DJ de 19/10/95, pág. 5).

Salienta-se, pelos documentos juntados aos autos, que o revisionando é dado à prática de delitos contra o patrimônio, tendo sido condenado por furto e roubo (fls. 128 — autos em apenso).

Assim, nota-se que a prova coligida é mais do que suficiente para autorizar a manutenção da condenação nas penas do crime de latrocínio.

II — Reconhecimento de participação de menor importância (art. 29, §1º, do CP)

Não há como se acolher a pretensão de redução da reprimenda sob o argumento de participação de menos importância, porque foi até o local, escondido no interior do veículo do co-réu Dirceu, sabia muito bem o que estava fazendo, já que planejou antecipadamente o roubo com os demais co-réus, cujo resultado subsequente (morte da vítima) situa-se em pleno desdobramento causal da ação criminosa, estando a ação delitiva dentro da previsão do revisionando.

A doutrina já assentou que o reconhecimento da mencionada causa de especial diminuição, prevista na parte geral do Código Penal (art. 29, §1º, do CP), só pode ser reconhecida quando a atividade do co-autor demonstra leve eficiência causal, ou seja, quando representou uma contribuição ínfima ou até mesmo dispensável para

o resultado final. Ou seja, a participação de menor importância ocorre apenas quando há “cumplicidade simples, ou secundária, perfeitamente dispensável e que, se não prestada, não impediria a realização do crime”, pois a “maior ou menor importância é um dado de caráter objetivo, unicamente. E dentro desse critério, não é dado ao Juiz confundir ‘participação eficiente, mas secundária, com participação de menor importância’” (José Henrique Pierangeli, O Concurso de Pessoas no Novo Código Penal, in Revista dos Tribunais, vol. 680/292).

Nesse sentido:

“Somente se pode cogitar do reconhecimento de ‘participação de menor importância’ para fins do art. 29, § 1º, do CP, em caso de cumplicidade simples ou secundária, perfeitamente dispensável e que, se não fosse prestada, não impediria a realização do crime” (Ap. Crim. n. 30.806, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado, in DJ n. 8.961, de 6/4/94, pág. 6).

Por esses motivos, a jurisprudência desta Corte já se pronunciou:

“No concurso delinqüencial não se faz mister que todos os partícipes consumem atos típicos de execução para ser alguém co-responsabilizado; basta que se constate haja colaborado para o evento, auxiliando (física ou moralmente), instigando, prestigiando ou endossando (em certas ocasiões com a simples presença voluntária) a atuação dos executores diretos” (Ap. Crim. n. 25.300 de São José, rel. Des. Nilton Macedo Machado, in DJ n. 8.616, de 5/11/92).

Ainda:

“Latrocínio — Concurso de agentes — Morte da vítima para sub-

tração de seus bens. Pretendida desclassificação para homicídio inadmissível — Co-autor que, dadas as circunstâncias, previa a possibilidade do evento morte — Dolo eventual caracterizado — Irrelevância de não ter sido o autor material da agressão — Participação de menor importância afastada — Apelações desprovidas — Condenações mantidas” (Apelação Criminal n. 28.198, de Balneário Camboriú, rel. Des. Rogério Lemos, j. em 8/5/92, in DJ n. 8.507, de 28/5/92, pág. 8).

Finalizando, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do eminente Ministro Assis Toledo, já decidiu:

“Penal. Latrocínio. Concurso de agentes. Co-autoria. Assalto a banco.

“Vários co-autores de roubo a mão armada a estabelecimento bancário, com morte causada por dois deles, sem a participação dos demais, durante a fuga, na tentativa de roubo de veículo, ante a resistência oposta pela vítima.

“Condenação de todos por latrocínio (art. 157, § 3º, do CP). Pretendida exclusão da qualificadora do § 3º em relação a co-autor que não participou da execução do homicídio.

“Limites da responsabilidade penal no concurso de agentes. Nos crimes qualificados pelo resultado, a agravação da pena restringe-se aos intervenientes (co-autor, instigados ou cúmplice) em relação aos quais a consequência mais grave era, ao menos, previsível (art. 19 do CP).

“Mas, no roubo a mão armada, respondem pelo resultado morte, situado em pleno desdobramento causal da ação criminosa, todos os que, mesmo não participando diretamente da exe-

cução do homicídio (excesso quantitativo), planejaram e executaram o tipo básico, assumindo conscientemente o risco do resultado mais grave durante a ação criminosa ou durante a fuga.

“Recurso especial não conhecido” (Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 36/276).

Pois bem, todas as provas coligidas nos autos direcionam-se no sentido de que o revisionando Claudemir teve participação ativa nos fatos, e isso desde o início do planejamento do assalto, tanto que estava presente no local do começo ao fim, no interior do veículo do co-réu Dirceu Müller, somente não tendo ido até o palco dos acontecimentos porque conhecia uma das vítimas (Moacir).

Assim, não há como admitir a participação de menor importância, mesmo porque sua presença também colaborou para a consumação do crime, sendo desnecessário, in casu, averiguar quem morreu, se a vítima visada ou terceiro, porque “como a violência no roubo pode ser dirigida a um terceiro, que não seja o possuidor da coisa, ou a ambos, sem que tenha que se pensar em mais um crime, também no § 3º do art. 157 do CP a violência com resultado morte pode atingir outra pessoa e não a vítima de lesão patrimonial, havendo um crime com dois sujeitos passivos” (RT 474/289).

III — Dosimetria da pena

Pretende o revisionando a minoração da pena-base para o seu mínimo legal, eis que o Magistrado, ao aplicá-la, considerou a vida pretérita do revisionando, apontando as circunstâncias judiciais relacionadas no art. 59 do CP, igualmente a todos os

co-autores, sem sequer atentar minuciosamente os fatos.

A reprimenda deve ser diminuída, porém, por outros motivos.

É que o Magistrado, quando fixou a pena-base em 23 (vinte e três) anos de reclusão e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, acima do mínimo legal, laborou em equívoco na apreciação de uma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, vejamos:

“Apresenta péssimos antecedentes em delitos patrimoniais e contra a vida (fls.128), com 22 anos de idade à época dos fatos, imputável e consciente da ilicitude de seus atos, exigia-se portanto, conduta diversa; personalidade criminosa, com elevada periculosidade e agressividade, conduta social revelando indisciplina, mal-ajustado à ordem social, eis que o crime praticado nos autos não é episódio acidental em sua vida; os motivos do crime foi mera cupidez; as circunstâncias que cercaram os delitos revelaram destreza em praticar ilícitos desta natureza; o comportamento da vítima, sem saber o que acontecia, não contribuiu para o evento, as conseqüências do crime foram gravíssimas pelo resultado morte ocorrido; a vítima, jovem de apenas 17 anos de idade, perdeu sua vida; culpabilidade ressumbra dos autos, maior de 18 anos, logo imputável.

“Examinadas as circunstâncias do artigo 59, acima citadas, excluídas nesta fase de aplicação de pena, os antecedentes, má conduta social e má personalidade, confundem-se com reincidência, assim aplico ao acusado a pena-base de acordo com a gravidade de sua conduta, acima do mínimo legal, e com base no art. 157, § 3º, última

parte, c/c art. 59 do CP, e com a redação dada pelo art. 6º da Lei n. 8.072/90, ou seja, em 22 (vinte e dois) anos de reclusão e o pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, cada dia-multa no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos" (fls. 206/207).

Constata-se que, entre as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, o Magistrado afirmou o fato de ter "resultado morte", como conseqüência grave do crime de latrocínio, o que é vedado, pois, como bem leciona Damásio E. de Jesus, "o resultado do crime não pode ser considerado conseqüência aduzindo como exemplo: 'não pode ser considerada a morte da vítima no delito de homicídio' (TJRS, ACrim 687.001.842, RJTJRS, 122:126 e 131; ACrim 686.048.828, RJTJRS, 120: 173)" (in Código Penal Anotado, 2ª ed., Saraiva, pág. 143).

Assim, tal circunstância não pode ser considerada como desfavorável para influir na pena-base.

Esta todavia deve ainda manter-se acima do mínimo legal, pois, como entendeu o Magistrado os motivos do crime, "mera cupidez"; as circunstâncias "que cercaram os delitos revelaram destreza em praticar ilícitos desta natureza"; acrescentando, ainda, a culpabilidade que "ressombra dos autos, maior de 18 anos, logo imputável".

Nesse sentido já decidiu a jurisprudência:

"Nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo. É lícito ao magistrado sentenciante, desde que o faça em ato decisório adequadamente motivado, proceder a uma especial exacerbação da pena-base"

(HC n. 71697-1, rel. Min. Celso de Mello, in CLIPPING DO DJ, 16/8/96, Informativo STF, n. 40).

Com relação aos antecedentes, má conduta social e má personalidade, o ilustre Sentenciante ressaltou que se confundem com a reincidência, motivo pelo qual não os considerou para elevar a pena-base.

Por isso, observado o conjunto de circunstâncias judiciais relacionadas no art. 59 do Código Penal, tidas como desfavoráveis (os motivos, as circunstâncias, a culpabilidade), verifica-se a impossibilidade de fixação no mínimo legal como pretendido, mas podendo ela ser reduzida em 6 (seis) meses, pela exclusão das conseqüências do crime, por fazer parte de elemento do tipo, com que a pena-base resta em 21 (vinte e um) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Presente a agravante da reincidência, mantém-se o acréscimo de 1 (um) ano aplicado na sentença. Inexistindo atenuantes e causa de especial aumento ou diminuição de pena, torna-se definitiva em 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado.

A pena de multa deve ser corrigida, em iguais parâmetros, fixando-se a pena-base em 10 (dez) dias-multa, por força do art. 11 do Código Penal e, não incidentes agravantes ou atenuantes e ausentes causas de especial aumento ou diminuição, torna-se definitiva em 10 (dez) dias-multa.

Por essas razões, decidem as Câmaras Criminais Reunidas indeferir o pedido de desclassificação e deferir parcialmente o pedido para adequar a reprimenda para 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regi-

me fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alberto Costa, Amaral e Silva, Genésio Nolli, Jorge Mussi, Paulo Gallotti e Souza Varella, e lavrou parecer,

pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 29 de outubro de 1998.

José Roberge,
Presidente;
Álvaro Wandelli,
Relator.

INQUÉRITO

INQUÉRITO N. 99.009143-0, DE GASPAR

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Denúncia oferecida contra Prefeito Municipal e ex-Secretário de Administração e Finanças. Exordial, baseada em inquérito civil público, formalmente perfeita, descrevendo fato típico, enquadrado no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67. Recebimento.

Pedido de afastamento do Prefeito do cargo. Medida necessária diante do risco de prejuízo na produção de provas, bem como para resguardar o patrimônio do Município. Afastamento determinado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Inquérito n. 99.009143-0, da comarca de Gaspar, em que são indiciados Bernardo Leonardo Spengler e Lauro Schneider:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, receber a denúncia e determinar o afastamento de Bernardo Leonardo Spengler do cargo, até o final da instrução.

Custas legais.

O douto Procurador-Geral de Justiça ofereceu denúncia contra Bernardo Leonardo Spengler e Lauro Schneider, Prefeito Municipal de Gaspar e ex-Secretário de Administração, respectivamente, dando-os como incurso nas sanções do artigo 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67.

A exordial, que está baseada no Inquérito Civil Público n. 2/99, relata

que os denunciados, no exercício de seus respectivos cargos, “adredemente mancomunados para desviarem em proveito próprio numerário público daquele Município, nos dias 20 e 22 de janeiro de 1999, foram à Tesouraria Municipal, onde fizeram emitir, pela ordem, os cheques ns. 710, no valor de R\$ 26.735,00 (vinte e seis mil, setecentos e trinta e cinco reais), e 735, no valor R\$ 13.510,00 (treze mil, quinhentos e dez reais), nominais à Prefeitura Municipal de Gaspar, endossando-os e sacando-os na ‘boca do caixa’, apropriando-se daquelas somas”.

Prossegue a denúncia, dizendo que, “para dar ar de legitimidade ao desvio de dinheiro público que perpetraram”, assinaram vales nos respectivos valores, sendo que somente em março deste ano, valendo-se de processo licitatório para a pavimentação de duas ruas, no qual venceu a empresa Alci Teixeira ME, tentaram regularizar a situação. A Prefeitura, no referido contrato, arcaria apenas com parte do custo das obras, sendo o restante pago pelas correspondentes Associações de Moradores. Contudo, os denunciados convenceram o “titular daquela empresa de que a nota fiscal que inicialmente emitira, que refletia o valor recebido dos cofres públicos, teria que ser substituída por outra que espelhasse o total do valor recebido — da Prefeitura e das mencionadas Associações”.

Findou o Ministério Público por requerer fosse determinado o afastamento do denunciado Bernardo Leonardo Spengler do cargo de Prefeito Municipal.

Notificados, ambos apresentaram resposta, tendo Lauro alegado

que não cometeu os delitos que lhe foram imputados, “conforme restará cabalmente comprovado no transcorrer da instrução processual”, pelo que requereu a rejeição da denúncia. Bernardo, por sua vez, afirmou que, paralelamente ao presente feito, foi aforada Ação Civil Pública, na qual, ao receber a inicial, o Juiz deferiu pedido de afastamento do cargo, sendo, contudo, reconduzido por força de decisão proferida em agravo de instrumento que interpôs. Tal julgado, segundo ele, já é suficiente para levar à conclusão de sua inocência. Aduz ainda que, naquela ação, juntou prova pericial concluindo pela falsidade dos documentos que a embasavam, motivo pelo qual aforou ação declarativa incidental de falsidade documental, visando submetê-los à perícia judicial. Além disso, requereu ao Juízo que fosse oficiado o Sr. Delegado de Polícia de Gaspar, para que instaurasse Inquérito Policial, com o fim de apurar a responsabilidade pelas falsificações em apreço. Assim, a denúncia, ao seu ver, está fundada em documentos falsos, devendo, por isso, ser “julgada improcedente, sendo, após, definitivamente arquivada”. Alega mais que não praticou ilícito algum e tão logo teve conhecimento de que Lauro Schneider teria recebido, indevidamente, valores do erário público exonerou-o do cargo de Secretário de Finanças.

Em obediência ao disposto no artigo 5º da Lei n. 8.038/90, a douta Procuradoria-Geral de Justiça teve nova vista dos autos, onde entendeu que a perícia mencionada e juntada pela defesa de Bernardo está em desacordo com o constante do artigo 159 do Código de Processo Penal, e que a recondução ao cargo não implica em

conclusão de inocência. Requereu, então, o recebimento da denúncia, porque formalmente perfeita.

É o relatório.

A denúncia deve ser recebida sempre que preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, e não enquadrada em quaisquer das situações previstas no seu artigo 43.

No presente caso, a vestibular acusatória descreve minuciosamente o fato delituoso imputado aos indicados, com base em inquérito civil público instruído com cópias de documentos e depoimentos testemunhais que trazem indícios suficientes da prática dos crimes.

As cópias dos cheques referidos na inicial estão acostadas às fls. 12, 13 e 15.

Alci Teixeira, representante legal de Alci Teixeira ME, afirmou, perante o Ministério Público, que recebeu apenas a quantia de R\$ 35.605,74 (trinta e cinco mil, seiscentos e cinco reais e setenta e quatro centavos) da Prefeitura, sendo que o restante do preço lhe foi pago diretamente pelas Associações de Moradores dos Bairros Gaspar Grande e Gasparinho. Porém, foi induzido a emitir nota fiscal no valor de R\$ 79.134,90 (setenta e nove mil, cento e trinta e quatro reais e noventa centavos — custo total da obra) ao Município (fls. 16/20).

Marcos Francisco da Silva, tesoureiro da Administração Pública Municipal de Gaspar, afirmou que os dois primeiros cheques referidos na denúncia “foram emitidos por solicitação do Secretário de Finanças do Município, Sr. Lauro Schneider, pelo que os preencheu e assinou juntamente com o

Prefeito Municipal de Gaspar, Bernardo Leonardo Spengler; que Lauro Schneider, questionado pelo depoente sobre a irregularidade da emissão dos cheques, afirmou que era para ‘pagamento de despesas’ e futuramente seria feita uma prestação de contas”. E, em face disso, para segurança sua, foram emitidos vales nos respectivos valores (fls. 21/23).

O Vice-Prefeito Andreone Santos Cordeiro, que assumiu o cargo durante as férias e licença do denunciado Bernardo, perguntado sobre o empenho 001014/0002, referente ao pagamento decorrente da licitação mencionada na denúncia, respondeu que, solicitado para assiná-lo, não o fez, “pois o valor não coincidia com o valor efetivamente pago a Alci Teixeira ME” (fls. 27/28).

Assim, como se vê, os fatos narrados na denúncia têm base forte no Inquérito Civil Público n. 2/99, no qual há indícios suficientes a autorizar a deflagração da ação penal.

Tais fatos, se verdadeiros, constituem ofensa ao art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, acarretando enorme prejuízo ao erário municipal.

Ademais, em suas defesas, os réus nada trouxeram a ponto de afastar os fortes indícios que até então lhes desfavorecem.

A alegação de falsidade dos documentos acostados aos autos, pela defesa de Bernardo, há que ser formulada no decorrer da instrução, em que poderá requerer a confecção de nova perícia, sob o crivo do contraditório, nos termos do artigo 159 do Código de Processo Penal, pois aquela pelo mesmo realizada, por perito contratado, não tem o condão de ceifar o anda-

mento do feito. E melhor sorte não lhe socorre ao entender que a recondução ao cargo, determinada por esta Corte, pelo Agravo de Instrumento que interpôs, implica em sua inocência, posto que aquela decisão foi tomada sem qualquer manifestação acerca do mérito, mas tão-somente sobre seus requisitos formais na esfera civil.

Por isso resulta inviável a pretensão de não-recebimento da denúncia, pois não se pode afastar acusação a pretexto de não estar provado aquilo que o Ministério Público se propôs a provar na instrução, descrevendo a exordial acusatória fatos que configuram crime, como no caso deve ser recebida, ainda mais quando formalmente perfeita e a pretensão punitiva está latente.

Dessa forma, recebe-se a denúncia.

Quanto ao pedido de afastamento de Bernardo Leonardo Spengler do cargo, este é igualmente deferido, nos termos do artigo 2º, II, do Decreto-Lei n. 201/67.

A medida faz-se necessária porque conveniente para uma melhor produção de provas junto à Prefeitura, pois, caso contrário, os funcionários a ser ouvidos poderão se sentir constrangidos, em face da subordinação. Além disso, não se pode correr o risco de haver manipulação dos documentos de contabilidade.

Sobre o tema, esta Corte tem entendido que "Recebida a denúncia contra Prefeito Municipal, acusado da prática de crime de responsabilidade previsto em quaisquer dos incisos do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67, deve haver manifestação sobre seu afastamento do exercício do cargo durante a

instrução criminal, justificando-se a providência acauteladora e moralizadora destinada a prevenir influência negativa na gerência do município, no andamento regular da atividade municipal" (Inquérito n. 481, de Balneário Camboriú, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 12/12/95).

Não obstante, tem-se notícia de que esta não é a única acusação que paira contra o denunciado Bernardo, contra o qual já existem outra denúncia e outro inquérito, por fatos semelhantes, sempre envolvendo o desvio de verbas públicas.

Assim, diante disso, e também para resguardar o patrimônio do Município de Gaspar, deve o Sr. Bernardo ficar afastado do cargo de Prefeito até o final da instrução do presente processo.

Por todo o exposto, recebe-se a denúncia, delegando-se ao Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito do Foro da comarca de Gaspar a prática dos atos estabelecidos nos arts. 7º, 8º e 9º, todos da Lei n. 8.038/90, e afasta-se o Sr. Bernardo Leonardo Spengler do cargo de Prefeito Municipal até o final da instrução, expedindo-se o respectivo mandado, comunicando-se ao Vice-Prefeito e à Câmara Municipal de Vereadores, para as devidas providências.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, e atuou, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Galvani Alberton.

Florianópolis, 5 de outubro de 1999.

Alberto Costa,
Presidente com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

**JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL
E ADMINISTRATIVA**

MANDADOS DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.001393-6, DA CAPITAL

Relator: Des. Amaral e Silva

Administrativo e constitucional — Mandado de segurança coletivo — Ato normativo de efeito concreto — Pressupostos de admissibilidade do writ — Perícias judiciais — Atos privativos de profissionais de nível universitário — Crea — Associação de Engenheiros — Creci — Ato do Corregedor-Geral — Competência do Tribunal de Justiça — Ordem concedida para suspender provimento que faculta aos corretores a realização de perícias judiciais.

Havendo probabilidade de lesão a direito de determinada coletividade, próprio e adequado o recurso ao mandado de segurança preventivo de natureza coletiva.

Possui efeito concreto, ato normativo que excluindo prerrogativa legal de uma classe, os engenheiros, faculta a outra, os corretores de imóveis, a realização de perícias judiciais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 99.001393-6, da comarca da Capital, em que é impetrante Ibape/SC — Instituto Catarinense de Engenharia de Avaliações e Perícias, sendo impetrado o Exmo. Sr. Des. Corregedor-Geral da Justiça:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, afastadas as preliminares, conceder a ordem, suspendendo a eficácia do Provimento n. 1/99 da Corregedoria- Geral de Justiça.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de mandado de segurança contra ato do digno Corregedor-Geral da Justiça em que o Instituto Catarinense de Engenharia de Avaliações e Perícias alega, em resumo, que o Provimento n. 1/99 ao possibilitar aos corretores de imóveis a realização de perícias judiciais, por efeito material, feriu direito líquido e certo de peritos engenheiros, categoria cujos interesses defende.

Argumenta que o provimento contraria as Leis ns. 6.530, de 12 de maio de 1978, que regulamenta o exercício da profissão de corretor de imóveis e 5.194, de 24 de dezembro de 1966, que disciplina o exercício da profissão de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo, porquanto a primeira nada autoriza da realização de perícias ou avaliações judiciais e a segunda, no artigo 7º, c, reserva aos profissionais da engenharia, arquitetura e agronomia a realização de avaliações, vistorias, perícias, pareceres etc., o que evidencia a ilegalidade do ato.

Sustenta mais que os artigos 13 e 15, ambos da Lei dos Engenheiros, fulminam de nulidade os atos privativos praticados por pessoas não habilitadas, ressaltando que os corretores de imóveis, por não possuírem obrigatoriamente curso superior, não poderiam realizar perícias sem afronta ao disposto no § 1º do artigo 145 do Código de Processo.

Argumenta, finalmente, que não se confundindo avaliações judiciais com simples estimativa do valor de mercado, não poderiam os corretores,

legitimamente, realizar perícias judiciais, pois inabilitados a tal atividade, privativa de seus associados.

O ilustre Corregedor-Geral alega, também em resumo, em preliminar, duplo litisconsórcio passivo necessário, respectivamente com o Conselho Regional de Corretores de Imóveis e com o Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura; impossibilidade do conhecimento do writ, porquanto o ato, nada determinando, apenas possibilitando a realização de perícias, não tem efeito concreto; que, ademais, em cada caso, há possibilidade de impugnar as nomeações por meio do recurso de agravo; que se tratando de simples avaliações e arbitramentos nas hipóteses de venda, permuta e locação, a matéria nada tem com a engenharia, o que torna o Instituto parte ilegítima ad causam, inclusive porque a defesa dos referidos profissionais é privativa do Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura; no mérito, que os corretores de imóveis estão habilitados a perícias e avaliações, pois o serviço de engenharia não pode abarcar a estimativa oriunda do mercado imobiliário, inclusive do fundo de comércio; que o § 1º do artigo 145 do CPC só pode ser interpretado como de caráter facultativo; que o provimento baseou-se em precedente da Corte, Mandado de Segurança n. 7.801, de Itajaí, de que fui relator.

Indeferida a liminar, os litisconsortes responderam, alegando, também em suma, o Conselho de Corretores de Imóveis, que o Ibape é parte ilegítima, por ser a representação da classe privativa do Crea; que o provimento, não tendo efeito concreto, não poderia ser atacado via mandado de segurança; no mérito, que tanto enge-

nehios como corretores estão habilitados à realização de perícias na forma do § 2º do artigo 145 do CPC.

O Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, também em síntese, sustenta que não ostentando os corretores de imóveis titulação de nível superior e não tendo autorização legal para realizar perícias, principalmente as privativas de engenheiros, arquitetos e agrônomos, o provimento padece de manifesta ilegalidade, ferindo direito líquido e certo da respectiva classe.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da segurança. Entende que sendo o provimento de índole normativa, sem efeito concreto, o writ não se apresenta adequado.

II — Voto

1 — Questão prévia diz respeito à competência da Justiça Estadual, visto que integra a lide como litisconsorte superveniente ativo o Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura — Crea e como litisconsorte passivo, o Conselho Regional de Corretores de Imóveis.

Sem discutir a natureza dos Conselhos Profissionais, se autarquias ou pessoas jurídicas de direito privado, tenho que a competência, no caso, é, mesmo, desta Corte, pois, em se tratando de mandado de segurança, não é natureza das partes nem da matéria que fixam a competência, mas o nível, a categoria da autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público a que pertence.

O Superior Tribunal de Justiça reiteradamente decide:

“Processual civil — Conflito negativo de competência — Mandado de segurança.

“Irrelevante, para fixação de competência, a matéria a ser discutida em mandado de segurança, posto que é em razão da autoridade da qual emanou o ato, dito lesivo, que se determina qual o Juízo a que deve ser submetida a causa.

“Competência da Justiça Federal.

“Por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o suscitado, Juízo Federal da 2ª Vara/RJ” (CC n. 6.284/SP — rel. Min. Félix Fischer — j. 23/4/97 — DJU 19/5/97).

“Constitucional e processual civil. Conflito de competência. Mandado de segurança. Ato de Presidente do TRT.

“I — A competência para conhecer e julgar a ação de mandado de segurança não decorre da natureza ou conteúdo do ato impugnado, mas é firmada tendo em conta a função ou cargo ocupado pela autoridade coatora.

“II — A competência para julgar mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente de TRT é da própria corte regional.

“III — Conflito conhecido, para declarar competente o egrégio TRT da 13ª Região da Paraíba, suscitado. Decisão unânime.

“Por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o TRT da 13ª Região, suscitado” (CC n. 18.528/PB — rel. Min. Demócrito Reinaldo — j. 26/2/97 — DJU 24/3/97).

“Constitucional. Processual civil. Conflito negativo de competência.

Mandado de segurança. Autoridade coatora. Juiz de Direito.

“Competência da Justiça Comum do Estado.

“1. A competência para processar e julgar ação de mandado de segurança, em tese, define-se pela graduação da autoridade, e não em função da matéria impugnada.

“2. In casu, o mandado de segurança é dirigido contra ato de Juiz de Direito. O fato de a matéria versada nos autos ser de interesse da CEF não é suficiente para deslocar a competência para o Tribunal Regional Federal (art. 108, I, c, da CF).

“3. Conflito conhecido e dirimido em favor do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo.

“Por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, suscitado” (CC n. 18.925/SP — rel. Min. Adhemar Maciel — j. 10/9/97 — DJU 6/10/97).

“Constitucional. Mandado de segurança. Competência. Critérios de fixação. Ato de Juiz Presidente de TRT.

“Em sede de mandado de segurança, a competência para o processo e julgamento é definida segundo a hierarquia funcional da autoridade coatora, não adquirindo relevância a matéria deduzida na peça de impetração.

“Compete ao Tribunal Regional do Trabalho conhecer de mandado de segurança impetrado contra ato administrativo emanado de seu Juiz Presidente, ex vi do art. 21, VI, da Loman c/c o art. 109, VII, da Constituição da República.

“Conflito conhecido para declarar competente o suscitado.

“Por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o suscitado, Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região” (CC n. 19.464/PB — rel. Min. Vicente Leal — j. 12/8/98 — DJU 14/9/98).

2 — Decidido que a competência é desta Corte, analiso a ilegitimidade ad causam do impetrante, sustentada pelo digno Corregedor-Geral.

O Instituto Catarinense de Engenharia de Avaliações e Perícias, constituído há mais de um ano, é associação que tem como objetivo “defender os interesses dos profissionais da classe dos engenheiros, arquitetos, agrônomos, geólogos, geógrafos e meteorologistas, dedicados às avaliações e perícias de engenharia do Estado de Santa Catarina”.

Uadi Lamego Bulos explica:

“A associação de classe para fins legais é livre (art. 5º, XVII), e o seu ato constitutivo deverá ficar no Registro Civil de pessoas jurídicas, anexo ao Registro de Títulos e Documentos.

“Foi-lhe facultada a impetração do mandamus coletivo, desde que legalmente constituída há pelo menos um ano, em defesa do interesse de seus membros ou associados.

“Na qualidade de representantes de seus associados, poderão propor em nome deles mandado de segurança singular, em representação processual, defendendo, em nome de terceiros, direito alheio (art. 5º, XXI).

“Para uma associação impetrar mandado de segurança coletivo deverá estar legalmente constituída há mais de um ano. Esta exigência evita a

ocorrência de reuniões ocasionais e transitórias, mercê das quais se pretende defender direitos particulares e secundários de uma parcela da agremiação. O mandado coletivo, colocado ao dispor das entidades arroladas no inc. LXX, não se presta a esta função, uma vez que objetiva proteger o interesse de toda a corporação, jamais parte dela.

“Em suma, nas hipóteses do art. 5º, XXI, da Carta Magna, há uma modalidade de representação, “para facilitar a defesa daqueles que se julguem menos aptos, ou encontram dificuldades, por quaisquer motivos, para o ingresso “normal” em Juízo, em defesa de seus interesses (rectius, de seus invocados direitos), propiciando-lhes o apoio e as facilidades decorrentes do auxílio de sua entidade associativa, geralmente em litisconsórcio com outros filiados que se encontrem em idêntica ou similar situação” (in Mandado de Segurança Coletivo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, pág. 53).

Tendo por objetivo defender os interesses dos profissionais da classe dos peritos engenheiros, arquitetos e agrônomos, é evidente que o Iba-pe/SC, representando seus membros, tem legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo visando garantir o exercício de atividade que entende privativa dos respectivos associados.

Integra a jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal:

“Mandado de segurança coletivo. Concurso interno: provimento de cargos comissionados do quadro da Câmara dos Deputados. 1. Legitimidade ativa do Sindicato para ajuizar o mandamus em nome de alguns in-

tegrantes da categoria funcional impedidos de participarem do processo seletivo” (Mandado de Segurança n. 21.070/DF — rel. Min. Célio Borja — j. 8/11/90, RTJ 134/666).

“Mandado de segurança coletivo. Legitimação. Substituição processual. O inciso LXX do artigo 5º da Constituição Federal encerra o instituto da substituição processual, distanciando-se da hipótese do inciso XXI, no que surge no âmbito da representação. As entidades e pessoas jurídicas nele mencionadas atuam, em nome próprio, na defesa de interesses que se irradiam, encontrando-se no patrimônio de pessoas diversas. Descabe a exigência de demonstração do credenciamento.

“Mandado de segurança coletivo. Entidade de classe. Especificidade. Na disciplina constitucional do mandado de segurança coletivo, inconfundível com a relativa à ação direta de inconstitucionalidade, não se tem, quanto à legitimação ativa, a exigência de tratar-se de entidade de classe que congregue categoria única. Constada a abrangência, a ponto de alcançar os titulares do direito substancial em questão, mister é concluir pela configuração de hipótese ensejadora da substituição processual que distingue a espécie de mandado de segurança que é o coletivo” (Recurso em Mandado de Segurança n. 21.514/DF — rel. Min. Marco Aurélio — j. 27/4/93, RTJ 150/104).

No mesmo sentido:

“Constitucional. Processual civil. Mandado de segurança coletivo. Substituição processual. Autorização expressa. Objeto a ser protegido pela segurança coletiva. CF, art. 5º, LXX, b.

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

"II — Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inciso XXI do art. 5º da Constituição, que contempla hipótese de representação.

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

"IV — RE conhecido e provido" (RE n. 193.382/SP — rel. Min. Carlos Velloso — j. 28/6/96 — DJU 20/9/96).

No Superior Tribunal de Justiça, idêntico é o entendimento:

"Mandado de segurança coletivo. Entidade representativa de classe. Legitimidade ativa. Art. 5º, LXX, CF.

"São dotadas de legitimidade ativa as organizações sindicais, entidades de classe ou associações para a segurança coletiva em defesa de direitos e interesses de seus associados, independentemente de autorização, com base no inciso LXX do art. 5º da Lei Magna. Somente na hipótese do inciso XXI, que encerra espécie de representação é que é ela exigível" (ROMS n. 3.298/PR — rel. Min. José Arnaldo da Fonseca — j. 26/11/96 — DJU 24/2/97).

Do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Os direitos resguardáveis pelo mandado de segurança coletivo transferidos à titularidade de sindicatos, entidades de classe ou associações não serão exclusivamente os de toda a classe ou categoria, porque essa contenção do instituto sequer se concilia com a letra da cláusula constitucional, que alude aos interesses dos integrantes dessas organizações, não aos interesses que envolvam todos esses membros ou, mesmo, da 'classe' como pessoa distinta, absorvendo claramente os interesses de parte dessa comunidade, desde que com abrangência suficiente para assumir a condição de coletivos ('acidentalmente coletivos')" (MS n. 10.503-0 — rel. Des. Yussef Cahali — j. 18/4/90, RT 657/74).

Não fosse a legitimidade ad causam do lbape, já exposta, pugnando segurança com idênticos fundamentos, integrou a lide como litisconsorte ativo superveniente o Conselho Regional de Engenharia.

A simples circunstância espancaria qualquer possível dúvida a respeito da legitimidade.

Sérgio Ferraz, analisando a interessante matéria do litisconsórcio e da assistência, pontifica:

"Tão clara preceituação pareceria ter o condão de prevenir quaisquer dúvidas: no mandado de segurança deveria sempre ser admitida a intervenção litisconsorcial em qualquer de suas modalidades. É dizer: ativo, passivo ou misto; originário ou ulterior; requerido pela parte ou determinado ex officio pelo juiz; necessário ou facultativo.

“No que toca ao litisconsórcio ativo, sempre necessariamente facultativo (eis que não se pode obrigar quem quer que seja a litigar), é pacífico na jurisprudência que pode ser ele originário (quando deduzido por todos os autores na mesma ocasião) ou superveniente. É na configuração do litisconsórcio ulterior ou superveniente que surgem as divergências. Autores há que só o admitem se formalizado antes da expedição do ofício requisitório de informações à autoridade coatora (é o caso de Buzaid, ob. cit., vol. I/179). Em verdade, porém, aqui não se chega a pôr uma polêmica, eis que, avassaladoramente, doutrina e jurisprudência decidiram por um enfoque mais liberal da matéria, aceitando a superveniência, desde que manifestada ainda dentro do prazo de prestação das informações (Hely, ob. cit., pág. 42; TFR, AgRg 77.538, rel. Min. Jorge Lafayette, RF 262/165)” (in Mandado de Segurança — Individual e Coletivo — Aspectos Polêmicos, São Paulo, Malheiros, 1992, pág. 63).

No caso o próprio digno impedido foi quem suscitou a necessidade da intervenção, pleiteando-a de maneira expressa.

3 — Sustenta a ilustre autoridade apontada como coatora que não tendo o provimento efeito concreto, descabe o writ.

Data venia, não se trata de ato genérico, mas de provimento de caráter material, capaz de atingir, não só direitos subjetivos individuais, mas, fundamentalmente, interesses coletivos de toda a categoria profissional representada pelo Crea.

Da ementa do respeitável provimento:

“Possibilita ao corretor de imóveis, devidamente inscrito no respectivo órgão de classe, realizar arbitramento ou avaliação de imóvel em se tratando de venda, permuta e locação, mesmo quando o bem for objeto de ações renovatórias ou desapropriatórias”.

A digna autoridade explicitou:

“Assim, a avaliação de imóvel não é atribuição privativa de engenheiro”.

Mais adiante, na parte dispositiva:

“Não é exclusiva de profissional inscrito no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (Crea) a realização de arbitramento ou avaliação de imóvel em se tratando de venda, permuta, locação, mesmo quando a coisa for objeto de ações renovatórias ou desapropriatórias, podendo as designações dos Exmos. Srs. Drs. Juizes de Direito ou Substitutos recair sobre corretor de imóveis regularmente inscrito no respectivo órgão de classe” (grifos nossos).

Embora tenha o provimento se utilizado da expressão podendo, que não se apresenta imperativa, ao excluir privilégio legal invocado no writ como exclusivo dos associados da impetrante, resultou claramente do ato efeito concreto, que não atingiu situações particulares de determinados profissionais, mas ameaçou direitos coletivos de toda a classe representada pelo litisconsorte.

Modernamente o que caracteriza o efeito concreto, não é a efetiva lesão a um direito subjetivo individual. Basta a probabilidade ou a ofensa a direitos coletivos, principalmente em hipóteses, como a presente, em que a

alegada ilegalidade, concretamente, ameaça direitos de toda uma classe profissional.

Exigir-se em cada caso de nomeação de peritos que o Crea ou a Associação ingressassem com recurso na qualidade de terceiros prejudicados seria, data venia, desfigurar o novo instituto do mandado de segurança coletivo, garantido no item LXX do artigo 5º da Carta Política.

O direito ameaçado de violação não foi o individual. Foi o coletivo.

O provimento não exclui a prerrogativa de um determinado engenheiro, de um arquiteto ou de um certo agrônomo. O que fez o respeitável ato foi ameaçar concretamente de excluir da categoria representada pelos impetrantes (Ibape/SC e Crea) prerrogativa que a classe dos engenheiros alega ser-lhe exclusiva.

Ilidindo a exclusividade, o provimento ameaçou de maneira concreta, real, tangível, definida, direitos coletivos, autorizando, claramente, o recurso ao mandado de segurança coletivo.

Em interessante acórdão, publicado na RT 657, o culto Des. Yussef Cahali, pontifica:

“Resumindo essas conclusões: o mandado de segurança coletivo tem por objeto dois tipos de interesses: os rotulados de essencialmente coletivos, com as características antes enunciadas (de regra indivisíveis, com interessados determinados ou determináveis, ligados por vínculo jurídico), e os designados como acidentalmente coletivos. Não visa essa garantia, que Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, em percuciente estudo, lembrando autores italianos que versaram a matéria, denominou ‘ações de classe’ (vol. “Tu-

tela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos”, em RePro 33-7/25), à proteção de interesses difusos ou de interesses subjetivamente individuais apenas homogêneos.

“José Carlos Barbosa Moreira, a respeito dos interesses acidentalmente coletivos, escreveu: ‘O fenômeno adquire, entretanto, dimensão social em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do ‘impacto de massa’. Motivos de ordem prática, ademais, tornam inviável, inconveniente ou, quando menos, essencialmente compensadora, pouco significativa nos resultados, a utilização em separado dos instrumentos comuns de proteção jurídica, no tocante a cada uma das ‘parcelas’, consideradas como tais’ (ob. cit., pág. 196). Essas, a meu ver, as características do chamado interesse acidentalmente coletivo, merecendo a mesma proteção, em sede de mandado de segurança dessa natureza, dos interesses essencialmente coletivos.

“A alegação de que tal entendimento torna inócuo o dispositivo constitucional que prevê esse mandado de segurança coletivo diante da regra enunciada no inc. XXI do mesmo art. 5º da CF (in verbis: ‘As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente’) não procede. É que esta última é regra voltada, genericamente, às ações judiciais, reclamando, além disso, uma autorização específica, enquanto a do mandado de segurança coletivo é uma regra especial, que dispensa esse pressuposto. Sem a disposição especial prevaleceria a regra geral condicionada a uma

exigência incogitável do mandado de segurança coletivo.

“Além disso, ressalvada a grandeza dessa garantia constitucional, apenas essa conclusão intermediária justifica a locução antes referida, adotada somente na alínea b, e não na alínea a, do inc. LXX do art. 5º da Carta Constitucional.

“Nem se mantém, diante dessas considerações, em que pese às d. razões aduzidas pelo eminente Relator sorteado, com apoio no parecer da d. Procuradoria, a exigência de expressa autorização dos associados ou da necessária indicação nominal dos beneficiários diretos da impetração na hipótese do mandado de segurança coletivo. A primeira delas colocaria essa ação de classe na mesma situação das intentadas por associações legitimadas a agir na forma do inc. XXI do art. 5º da CF; o mandado de segurança coletivo não teria mais razão de ser. E a segunda ignora a dimensão social dos interesses coletivos tutelados por essa garantia constitucional”.

A ementa do v. acórdão foi a seguinte:

“Mandado de segurança coletivo — Impetração contra lei em tese — Admissibilidade — Hipótese em que não se cuida de lesão de direito individual ou justo receio de sofrê-la, a pressupor a efetivação da lei em ato concreto da autoridade coatora, mas de defesa dos interesses dos associados — Inviabilidade de se aguardar a ocorrência de ato executório da norma inquinada de inconstitucionalidade, uma vez que, então, a segurança poderia ser impetrada individualmente por cada um dos titulares dos direitos atingidos — Norma, ademais, de evidentes

efeitos concretos — Inaplicabilidade da Súmula 266 do STF.

“Diante do surgimento do mandado de segurança coletivo, que objetiva a defesa dos interesses de membros ou associados das entidades impetrantes, há que se reavaliar nesse âmbito a jurisprudência, cristalizada na Súmula 266 do STF, no sentido de que não é atacável a lei em tese por mandado de segurança. Já não se cuida de lesão de direito individual, ou da ocorrência do justo receio de sofrê-la, que estaria a pressupor a efetivação da lei em ato concreto da autoridade coatora, mas, sim, da defesa pelo novo remédio constitucional por via da class action dos interesses dos associados, tornando o remédio mais flexível no âmbito da defesa das comunidades.

“Se se devesse aguardar a ocorrência de determinado ato executório de lei inquinada de inconstitucionalidade para a impetração, tal postulação teria, individualmente, cada um dos titulares dos direitos atingidos.

“Ademais, a lei em tese contra que não prevalece o mandado de segurança é a de efeitos latentes, a que só se dinamiza através de atos, incapaz de lesar direitos quando inconstitucional. Não a que, antes de vigorar, evidencia que irá certamente espezinhar direitos” (TJSP — MS n. 10.503-0 — rel. Des. Yussef Cahali — j. 18/4/90, RT 657/74).

Do Superior Tribunal de Justiça:

“Mandado de segurança.

“O mandado de segurança ampara direito líquido e certo, afetado ou posto em perigo por ilegalidade ou abuso de poder. Não é admissível contra a lei em tese. Todavia, idôneo se a lei gera situação específica e pessoal,

sendo, por si só, causa de probabilidade de ofensa a direito individual. Cumpre distinguir possibilidade (em tese) e probabilidade (em concreto) de violação de direito" (REsp. n. 1.482/RJ — rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro — j. 29/11/89 — DJU 18/12/89).

"Mandado de segurança. Ato administrativo. Efeitos. Resolução SF 12/89 do Secretário da Fazenda do Estado de São Paulo.

"Toda vez que o ato administrativo, por sua natureza, produzir efeitos concretos e imediatos, perde ele sua característica de ato normativo.

"Recurso provido" (ROMS n. 501/SP — rel. Min. José de Jesus Filho — j. 18/11/91 — DJU 3/2/92).

Do excelso Supremo Tribunal Federal:

"Mandado de segurança.

"Súmula 266.

"Não há como abonar uma interpretação abusivamente extensiva da Súmula 266, mediante a qual se poderia frustrar todo e qualquer mandado de segurança preventivo. Neste, a impetração não se volta contra a lei em tese, mas contra o procedimento que fundadamente se receia venha a autoridade a assumir, em razão de práticas ou pronunciamentos anteriores.

"Hipótese de não conhecimento do recurso extraordinário do Estado" (RE n. 102.537/SP — rel. Min. Francisco Rezek — j. 15/3/85 — DJU 12/4/85).

Em síntese:

A ameaça de excluir a prerrogativa dirigiu-se objetivamente a determinada coletividade (os engenheiros). Estes atacaram o ato coletivamente pelo Crea e respectiva associação de classe. O

writ, também coletivo, exsurge, a toda evidência, adequado.

4 — Quanto ao mérito, data venia, a razão está com o impetrante e o litisconsorte ativo.

É que a Lei n. 5.194, de 24 de dezembro de 1966, que disciplina o exercício das profissões de engenheiro, engenheiro arquiteto e engenheiro agrônomo, dispõe no artigo 7º:

"As atividades e atribuições profissionais do engenheiro, do arquiteto e do engenheiro agrônomo consistem em:

"(...)

"c) avaliações, vistorias, perícias" (grifei).

No artigo 15 fulmina de nulidade absoluta os atos privativos de engenheiros praticados por pessoas que não tenham a referida habilitação.

De outro lado, o Código de Processo Civil, artigo 145, § 1º, é taxativo:

"Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário devidamente inscritos no órgão de classe competente".

Ver RJTJESP 123/286.

A Lei que disciplina a profissão dos corretores de imóveis, além de não exigir titulação de nível superior, não autoriza a realização de perícias judiciais.

Assim, data maxima venia, o Provimento n. 1/99, que possibilitou aos corretores arbitramentos e perícias judiciais, dizendo que não se trata de atribuição privativa de engenheiro, consubstancia manifesta ilegalidade de efeito concreto, por isso que malferindo o artigo 7º, c, da Lei n. 5.194, de 24/12/66, facultou a terceiros, não ha-

bilitados legalmente, o exercício de atividade privativa dos associados da impetrante e de inscritos no Crea, litisconsorte ativo.

5 — Quanto ao acórdão no Mandado de Segurança n. 7.801, de Itajaí, de que fui relator, embora haja citação de Pedro Batista Martins, meramente lateral, no sentido da orientação adotada pelo respeitável provimento, data venia, a Corte decidiu apenas que o “experto regularmente nomeado e que conclui perícia tem direito líquido e certo aos respectivos honorários”.

Do voto:

“Ora, técnico em contabilidade, economista, pós-graduado em Ciências Contábeis e Administração de Empresas, além de ser professor de Ciências Contábeis e Estrutura de Balanços, não era o impetrante, a toda evidência, pessoa inabilitada e, realizando os trabalhos periciais, tinha, mesmo, direito líquido e certo aos honorários, revelando-se manifestamente ilegal a ordem de devolução”.

6 — Pelo exposto, afasto as preliminares, e, no mérito, concedo a ordem, suspendendo a eficácia do Provimento n. 1/99 da Corregedoria-Geral da Justiça.

III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Afastaram as preliminares e, no mérito, concederam a segurança.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Xavier Vieira, João José Schaefer, Eder Graf, Alcides Aguiar, Anselmo Cerello, Genésio Noll, Jorge Musisi, Francisco Borges e Sérgio Paladino. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 5 de agosto de 1999.

Wilson Guarany,
Presidente;
Amaral e Silva,
Relator.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 99.007185-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Amaral e Silva

Constitucional e administrativo — Mandado de segurança — Servidor público — Gratificação — Princípio da reserva legal — Ordem denegada.

Pode a administração anular os seus próprios atos quando viciados de ilegalidade, principalmente inconstitucionalidade.

Ilegalidade ou inconstitucionalidade, não gerando direitos, não impõem deveres, não podendo ser protegidas por meio de mandado de segurança.

Não há direito líquido e certo a gratificação concedida ao arreo do princípio da reserva legal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 99.007185-5, da comarca da Capital, em que é impetrante Arlei Pacheco da Rosa, sendo impetrado o Exmo. Sr. Governador do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, denegar a ordem.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de mandado de segurança contra ato normativo de efeito concreto do Governador, consubstanciado no Decreto n. 10/99, que anulou, dentre outros, o Decreto n. 3.530/98, que elevou a Gratificação Complementar de Remuneração Paritária devida aos Oficiais da Polícia Militar para 70,65%.

Alega o impetrante, em síntese, nulidade do Decreto n. 10/99 por manifesta ilegalidade e malferimento do direito líquido e certo à irredutibilidade de vencimentos, garantida constitucionalmente, pois, oficial da Polícia Militar, beneficiário da gratificação, esta não podia ser suprimida; que o Decreto n. 3.530/98, que elevou a gratificação, era legal e legítimo, tendo por base respectivamente os artigos 10 da Lei n. 9.847/95 e 6º da Lei Complementar n. 137/95; que não havia como

exigir disponibilidade de receita, visto que a circunstância só era necessária relativamente às praças na conformidade com o disposto no § 1º do artigo 7º da Lei Complementar n. 137/95.

A autoridade prestou informações dizendo, também em resumo, que o Decreto que elevou a gratificação padece de inconstitucionalidade por invadir matéria reservada à lei formal (art. 61, § 1º, II, a e c, da CF); que a Lei Complementar n. 137/95 não poderia autorizar majoração de vencimentos sem a disponibilidade de receita, pois a exigência é de nível constitucional, artigo 169; que a concessão da segurança esbarra na Súmula 339 do STF.

Denegada a liminar, oficiou a d. Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pela denegação da segurança.

II — Voto

1 — Não vislumbro violação de direito líquido e certo perpetrado pelo Dec. n. 10/99.

É que a administração, no regular exercício do direito de rever atos maculados de inconstitucionalidade, anulou o Dec. n. 3.530/98.

Fundamentou-se na falta de disponibilidade de receita, pois, com os vencimentos do funcionalismo em atraso, o então Chefe do Executivo, afrontando o artigo 169 da Carta Políti-

ca, concedeu aumento de remuneração aos Oficiais da Polícia Militar.

Entre a motivação, a digna autoridade relacionou:

“Considerando que o atraso do pagamento dos servidores atenta contra o art. 7º, incisos VII e X, e art. 39, § 2º, da Constituição Federal;

“Considerando que o atraso de folhas de pagamento representa atentado à dignidade do servidor e ameaça o funcionamento dos serviços essenciais;

“Considerando que o funcionamento precário dos serviços essenciais coloca em risco as atividades precípuas do Estado e os direitos sociais dos cidadãos;

“Considerando que os referidos atos administrativos promovem aumento de despesa;

“Considerando que o aumento de despesa dificulta à distância o adimplemento dos salários atrasados;

“Considerando que qualquer ato governamental que implique em incremento de remuneração do servidor, na situação atual, representa irresponsável agressão ao interesse público;

“Considerando que há desvio de poder nos atos que fogem de sua finalidade pública;

“Considerando a necessidade da Administração Pública se pautar pela legalidade e pelos princípios que dela derivam como o da finalidade e da razoabilidade, conforme disposto no art. 37, caput, da Constituição Federal;

“Considerando a necessidade de limitar as despesas totais com pessoal ativo e inativo da Administração Direta e Indireta, os gastos do Estado com pessoal ao percentual de 60% da

receita corrente líquida, conforme preconiza o art. 1º, inciso II, da Lei Complementar n. 82, de 27 de março de 1997;

“Considerando que as despesas totais com pessoal alcançaram no mês de dezembro de 1998 o percentual de 88,4% da receita corrente líquida;

“Considerando que o descumprimento do limite acima assinalado veda, até a regularização da situação, quaisquer revisões, reajustes, adequações de remuneração que impliquem aumento de despesa, consoante o art. 1º, § 3º, da Lei Complementar n. 82, de 27 de março de 1997;

“Considerando que o aumento remuneratório em um Estado que tem 3 (três) folhas atrasadas é incongruente e insensato;

“Considerando que a discricção administrativa é limitada pelo princípio da razoabilidade;

“Considerando que a motivação do ato administrativo é um de seus fundamentos de validade;

“Considerando que a motivação não se resume à mera enunciação de diplomas legais;

“Considerando que a inadequação às exigências normativas, como o dever da motivação e a inspiração no princípio da finalidade pública, comprometem a validade dos atos administrativos;

“Considerando a ausência de motivação dos decretos supracitados;

“Considerando que a realização do interesse público deve ser buscado através da fiel subsunção dos atos administrativos à lei;

“Considerando que compete ao Poder Legislativo, através de lei, apro-

var aumento de remuneração dos servidores públicos e dispor sobre o seu regime jurídico, conforme dispõe o art. 61, § 1º, inciso II, letras a e c, da Constituição Federal;

“Considerando que não há autorização específica para a despesa orçamentária prevista nos decretos sob comento, conforme exigência do art. 169, § 1º, inciso II, da Constituição da República”.

Como se vê, fundamentou-se a digna autoridade no artigo 169 da Carta Política, que tem a seguinte redação:

“Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

“§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alterações de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

“I — se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

“II — se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista” (grifei).

Ora, se era, inclusive, público e notório que não havia dotação orçamentária suficiente, é claro que o Governador, em término de mandato, não

poderia, como o fez, conceder o aumento de remuneração. Além disso, a vantagem foi concedida em período vedado pela Lei Eleitoral. Confira-se o artigo 73, inciso VIII, da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Acresce que a vantagem não chegou a ser implementada.

Ives Gandra Martins destaca os seguintes entendimentos:

“Toshio Mukai esclarece:

‘O parágrafo único do art. 169, pela primeira vez na nossa história, veio impor que ‘qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas: I — se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II — se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista’.

‘Tal disposição vem alterar profundamente a prática administrativa, até então vigente, das admissões e contratações de pessoal irresponsáveis que ocorria no País, merecendo especial atenção dos nossos atuais dirigentes administrativos.

‘A norma destina-se a evitar os abusos atuais, e as situações transitórias estão previstas nas disposições pertinentes’ (Administração Pública na Constituição de 1988, Saraiva, 1989, pág. 123).

‘(...)’.

“Celso Ribeiro Bastos reitera:

‘A despesa com pessoal ativo e inativo das pessoas de direito público com capacidade política não poderá exceder aos limites estabelecidos em lei complementar. As despesas com pessoal só poderão ser feitas se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atendê-las. E se também houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias. Desta última exigência ficam excluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista’ (Curso de direito constitucional, 11ª ed., Saraiva, 1989, pág. 357)” (in nota de rodapé da obra “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 6, t. II, São Paulo, Saraiva, 1991, págs. 397/398).

Apreciando pedido de liminar em ação direta de inconstitucionalidade de Mato Grosso (ADIn. n. 5.201/600), em que foi relator o Ministro Paulo Brossard, assim se manifestou o Excelso Pretório:

“Embora a Lei Complementar Estadual n. 2/90, a que se refere os considerando do inquinado Decreto, estabeleça que o Poder Executivo fica autorizado a proceder ‘reajuste ou reposição salarial’, em conformidade com o índice oficial, entendo que não é possível conceder qualquer aumento, seja ele denominado de reposição ou correção salarial, reajuste ou aumento real de vencimentos, já que o artigo 61, § 1º, inciso II, alínea a, da Constituição Federal estabelece que para tais concessões o instrumento legislativo adequado é a ‘lei’ ordinária. Ademais não poderia o Poder Legislativo abrir mão de tal competência, expressamente atribuída a ele na Constituição Federal, delegando-a ao Poder Executivo.

“Demonstra, ainda, o autor, atual Chefe do Poder Executivo daquele Estado, através de quadro comparativo juntado às fls. 45, que, com os aumentos concedidos pelo referido Decreto, as dotações orçamentárias de 1991 terão no corrente exercício financeiro um déficit na administração direta e indireta, da ordem de Cr\$ 48.644.852.000,00 (quarenta e oito bilhões, seiscentos e quarenta e quatro milhões, oitocentos e cinquenta e dois mil cruzeiros), sem incluir as repercussões orçamentárias dos Poderes Judiciário e Legislativo.

“Assim, mesmo que se admitisse a delegação de competência por parte do Poder Legislativo, o referido decreto afrontaria a Constituição Federal no artigo 167, inciso II, que veda a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários, e o artigo 169 que, ao dispor sobre despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estabelece no seu parágrafo único que a concessão de qualquer aumento de remuneração só poderá ser feita ‘se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes’.

“Levando em consideração, ainda, que as folhas de pagamento dos meses de abril e maio não foram pagas, creio que o argüido decreto vem agravando a situação financeira do Estado com sérias repercussões na Administração, razão pela qual entendo conveniente a suspensão de sua execução.

“Observo, finalmente, que em se tratando de Decreto o próprio autor

poderia revogá-lo ou até mesmo uma vez proposta a ação direta de inconstitucionalidade; deixar de cumpri-lo, mas nada obsta que o faça por meio e com respaldo no Poder Judiciário”.

Embora a ação tenha resultado prejudicada, em face do Decreto ter sido revogado com o surgimento de lei posterior, a plausibilidade do direito, reconhecida com a concessão da liminar, serve de substrato à certeza moral da inconstitucionalidade.

A ementa final foi a seguinte:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Revogação superveniente da lei objeto da ação. Prejudicialidade.

“1. Disposições do Decreto Estadual n. 2.989, de 3 de dezembro de 1990, do Estado de Mato Grosso, cujo diploma veio a ser expressamente revogado pela Lei Estadual n. 6.583, de 13 de dezembro de 1994, que ‘Realinha as tabelas vencimentais dos servidores públicos, civis e militares do Poder Executivo e dá outras providências’.

“2. Se a norma inquinada de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato deixa de integrar o ordenamento jurídico, porque revogada, torna-se insubsistente o interesse de agir, o que implica prejudicialidade por perda do objeto.

“Pedido julgado prejudicado, ficando cassada a liminar”.

A respeito da inconstitucionalidade e seus efeitos, vale transcrever do paradigma do Mandado de Segurança n. 98.002146-4, da Capital, relatado pelo eminente Desembargador João José Ramos Schaefer:

“O Supremo Tribunal Federal, a seu turno, assentou na Representação

n. 971 (RTJ 87/758) que o efeito da declaração de inconstitucionalidade é ‘extincto, tornando-se nulos os atos praticados sob seu manto’, o que repetiu no acórdão da Representação n. 933 (RTJ 76/436), de que ‘as normas serão tidas por inconstitucionais, com o que não se haverão constituído direitos de nenhuma espécie com base nelas. Se os atos administrativos houverem sido praticados, poderão ser desfeitos porque fundados em lei declarada inconstitucional’”.

O eminente Procurador de Justiça Dr. Luiz César Medeiros, com a profundidade e a propriedade que lhe são peculiares, analisou a matéria. Vale repetir:

“A origem legal da Gratificação Complementar de Remuneração Paritária encontra-se no art. 10 da Lei n. 9.847/95, nos seguintes termos:

‘Art. 10 — Fica instituída a Gratificação Complementar de Remuneração Paritária, a ser concedida exclusivamente a ocupantes de cargo de grupos pertencentes aos Quadros de Pessoal da Administração Direta, Autarquia e Fundações Públicas do Poder Executivo, que possuam paridade remuneratória com outros cargos e que pela remuneração em vigor apresentem diferenciação.

‘§ 1º — O chefe do Poder Executivo, com base na legislação específica e no princípio constitucional, encaminhará Projeto de Lei à Assembléia Legislativa, identificando a categoria beneficiada, valor, critérios e incidência da gratificação a ser concedida.

‘(...)’.

“Com a finalidade de dar cumprimento ao estabelecido no § 1º do aludido édito, foi promulgada a Lei

Complementar n. 137/95, que, no seu artigo 6º, genericamente, autorizou o Chefe do Poder Executivo a conceder a mencionada gratificação, nos seguintes termos:

‘Art. 6º. O Chefe do Poder Executivo fica autorizado a conceder, desde 1º de maio de 1995, a Gratificação Paritária instituída pelo art. 10 da Lei n. 9.847, de 15 de maio de 1995, exclusivamente aos ocupantes dos cargos integrantes do Grupo Segurança Pública — Polícia Militar, Subgrupo: Autoridade Policial Militar, e do Grupo Segurança Pública — Polícia Civil, Subgrupo: Autoridade Policial.

‘§ 1º — o ato concessório identificará os parâmetros utilizados e os valores a serem definidos para cumprimento do disposto no caput deste artigo.

‘(...)’.

“Com base na autorização emanada por essa norma, o Governador do Estado editou o Decreto n. 206/95, fixando o valor da Gratificação de Remuneração Paritária no percentual de 68,32% do soldo previsto para o cargo.

“Em 16 de dezembro de 1998, nos últimos dias do seu mandato, com três folhas de pagamento em atraso e mesmo diante da calamitosa situação financeira do Estado, o Chefe do Executivo, a exemplo de tantos outros atos que implicaram significativo aumento de despesas, fez publicar o Decreto n. 3.530, reajustando o valor da Gratificação Complementar Paritária para o percentual de 70,65%.

“Logo após assumir a elevada função, a alta autoridade impetrada editou vários Decretos com o escopo de invalidar os atos praticados por seu antecessor, por entendê-los como ile-

gais, inconstitucionais, afastados do princípio da moralidade pública, e com flagrante desvio de finalidade. Dentre esses, encontra-se o Decreto n. 010/99 que expressamente anula o questionado Decreto 3.530.

“A questão central em que se escora a tese do impetrante é que com a publicação do Decreto n. 3.530/98, passou ele a ter reconhecidamente o direito à percepção da Gratificação Paritária no novo percentual de 70,65%. A sua posterior anulação ou revogação não teria o condão de atingir o seu direito adquirido.

“Razão assistiria ao impetrante se a norma que autorizou a majoração estivesse realmente revestida da necessária legalidade e principalmente da imprescindível constitucionalidade.

“Uma análise perfunctória, desprendida de uma incursão mais profunda nos substratos jurídicos que regem a matéria, permite a conclusão de que o ato anulado, nas condições em que foi perpetrado, não está abrigado e muito menos inspirado nos princípios maiores que devem nortear as atividades do Administrador Público, em especial, os da moralidade e finalidade dos atos administrativos. Com vício de origem tão manifesto, representaria um contra-senso a sua legitimação pela própria Administração ou mesmo pelo Judiciário, somente porque aparentemente revestido de legalidade formal, já que emanado com supedâneo em norma autorizativa em vigor.

“Hely Lopes Meirelles, ao lecionar sobre a invalidação dos atos administrativos afirma que ‘A Administração Pública, como instituição destinada a realizar o Direito e propiciar o bem comum, não pode agir fora das normas

jurídicas e da moral administrativa, nem relegar os fins sociais a que sua ação se dirige. Se, por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes, a atividade do Poder Público desgarrar-se da lei, divorcia-se da moral ou desvia-se do bem comum, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral, ou ilegal' (Direito Administrativo Brasileiro, 18ª edição, Editora Malheiros, pág. 183).

"Além disso, o ato administrativo é válido 'quando foi expedido em absoluta complexidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Validade, por isto, é a adequação do ato às exigências normativas', conforme leciona Celso Antônio de Mello (in Elementos de Direito Administrativo, RT, 2ª edição, 1991, pág. 92).

"Mas, na verdade, além do insanável vício substancial, o extinto Decreto n. 3.530 nasceu morto por padecer de incontornável inconstitucionalidade, mais precisamente por afrontar acintosamente o disposto no art. 169 da Constituição da República.

"Com razão o impetrado quando afirma que o fato do art. 6º da Lei Complementar n. 137/95, diferentemente dos arts. 7º, § 1º, e 8º, § 1º, não ter imposto expressamente a prévia verificação de disponibilidade de receita, não autoriza a majoração de vencimentos dos funcionários sem a observância de tal pressuposto, justo porque a Lei Maior, no seu art. 169, determina peremptoriamente o cum-

primento desse indeclinável requisito. O argumento desenvolvido pelo impetrante acerca da desnecessidade de demonstração da disponibilidade da receita, reforça a tese de inconstitucionalidade aqui sustentada, pois a admitir-se a prática encetada pelo Mandatário Estadual, restaria aberto o caminho para que do arbitrio do Chefe do Poder Executivo, que poderia estabelecer o valor de vantagem funcional ou aumento de remuneração além dos limites fixados em leis orçamentárias".

Mais adiante:

"O Supremo Tribunal Federal, em reiteradas decisões, tem decidido que o ato praticado ao abrigo de lei inconstitucional é irrito, nulo de pleno direito (RTJ 19/127; 37/165; 55/744; 76/436; 87/758; 102/671 e 154/406).

"Na mesma linha, vale citar as lições de Ronaldo Poletti, verbis:

'Francisco Campos assinala: 'Um ato ou uma lei inconstitucional é ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido'. Aplica-se, portanto, o princípio *quod nullum est, nullum effectum producit*. Se a lei é contrária à Lei Maior, ela não é lei ou nunca assim existiu. É nula, não meramente anulável. Se restar provado que um ato legislativo é nulo para todos os fins legais é como se nunca tivesse existido. Não pode servir de fundamento para os negócios jurídicos, não cria direitos, não protege pessoas que tenham agido sob sua égide e não se deve considerar violador da lei aquele que se tenha recusado a obedecer ao ato

legislativo, agora considerado nulo. Muito citada pelos autores, uma decisão luminosa de Field: — 'Lei inconstitucional não confere direitos; não impõe o cumprimento de deveres; não induz proteção; não cria cargos; é, na acepção legal, tão desautorizada como se nunca houvera sido promulgada.' (não grifado no original)

"E por fim, arremata:

'Vale a assertiva de que 'lei inconstitucional' resume uma expressão contraditória em termos: ou é lei, portanto compatível com a Constituição, ou, se contrária à Lei Maior, não pode ser lei. Nesse caso, ela não se torna inválida, porque o judiciário assim a declarou, mas assim é declarada porque é radicalmente nula. É preciso apagar o passado e disso não deixar vestígios, restaurando-o sem máculas' (in Controle da Constitucionalidade das Leis, Rio de Janeiro, Forense, 1995, págs. 119/120).

"Pode-se, conseqüentemente, concluir que, em sendo inconstitucional o Decreto n. 3.530/98 inexistente norma prescrevendo o aumento do percentual da Gratificação Complementar Paritária e, bem assim, o aventado direito líquido e certo a amparar a pretensão do impetrante. Como vimos, o ato fulminado pelo Decreto n. 010/99 já estava morto. Não produziu e nem poderia produzir efeito algum. É o nada jurídico. A eiva de inconstitucionalidade o atingiu no berço. Não teve nenhuma eficácia.

"Vale repetir: não se pode, então, sequer cogitar de situação jurídica consolidada ou da garantia de interesse individual do impetrante, porque deve este ceder ao interesse social maior de recomposição da ordem jurídica,

pelo respeito, defesa e guarda que todos os cidadãos devem ter pela Constituição da República.

"O Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, ao expedir o ato atacado agiu no interesse de todos os catarinenses e na preservação e garantia da ordem jurídica. É a autoridade legítima que, não só pode, como deve, por direito, anular seus próprios atos, quando praticados com violação a preceito legal. Tal faculdade é reconhecida pela Súmula 473 do STF, que dispõe:

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

"De outro vértice, somente para argumentar, se mostra totalmente impertinente a invocação da Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal. O que se busca no presente mandamus não é diretamente o reconhecimento de isonomia entre os policiais civis e militares. O objeto da actio se constitui unicamente no ataque ao Decreto n. 010/99 que anulou as vantagens anteriormente concedidas pelo próprio Executivo. Não foi o Judiciário quem aumentou vencimentos a título de isonomia. Cabe-lhe simplesmente analisar se o ato impugnado se reveste ou não de legalidade".

2 — Em síntese:

O impetrante não ostenta direito líquido e certo à gratificação, porquanto surgiu de ato normativo maculado de inconstitucionalidade e de flagrante ilegalidade.

Houve vulneração do artigo 169 da Carta Política e do artigo 73, VIII, da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997.

Não gera direito gratificação concedida ao arrepio do princípio da reserva legal.

3 — Pelo exposto, denego a segurança.

III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Denegaram a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs.

Des. Xavier Vieira, Francisco Oliveira Filho, João José Schaefer, Eder Graf, Anselmo Cerello, Francisco Borges, Souza Varella e Sérgio Paladino. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz César Medeiros.

Florianópolis, 15 de setembro de 1999.

Wilson Guarany,
Presidente;
Amaral e Silva,
Relator.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 222.213-1 — SANTA CATARINA

Relator: Min. Octávio Gallotti

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Advogado: PGE-SC — Dr. Gian Marco Nercolini

Recorrido: Cyro Campos

Advogados: Drs. Jaci José Casagrande e outros

EMENTA: Servidor público.

Licença-prêmio parcialmente conversível em dinheiro, segundo a lei estadual.

Cumpridos os requisitos necessários à sua concessão, não pode a lei revogadora superveniente suprimir o direito já adquirido à indenização.

Recurso extraordinário de que não se conhece por haver o acórdão recorrido dado exata aplicação ao disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília, 22 de setembro de 1998.

*Moreira Alves,
Presidente;
Octávio Gallotti,
Relator.*

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO OCTÁVIO GALLOTTI: Ao Estado de Santa Catarina, ora recorrente, propôs o Dr. Cyro Campos, Procurador de Justiça, aposentado em 1992, ora recorrido, ação ordinária de indenização, para haver o equivalente, em dinheiro, a quatro meses de licença- prêmio cujo gozo, quando em atividade, apesar de regularmente requerido, foi-lhe, por necessidade do serviço, indeferido.

Julgada procedente a demanda, subiram os autos, em remessa de ofício, ao Tribunal de Justiça, que lhe negou provimento, por meio de acórdão assim ementado:

"Ministério Público — Licença-prêmio não gozada — Aposentadoria — Pagamento em pecúnia — Locupletamento indevido da administração.

"O gozo da licença-prêmio, direito potestativo do servidor que adimpliu seus requisitos, impõe a obrigação de indenizá-la, quando da aposentadoria deste, se não a pôde gozar por omissão da administração. Assim, vedado o locupletamento indevido do Estado, beneficiado com o trabalho daquele".

Para chegar a essas conclusões, considerou, em primeiro lugar, a Câmara julgadora:

"A tese sustentada pelo réu centra-se na ausência de direito à conversão em dinheiro dos meses de licença-prêmio não gozadas, porquanto a Lei Complementar n. 36/91 veio a revogar o procedimento permitido pelo Estatuto dos Servidores Cíveis de Santa Catarina (Lei n. 6.745/85).

"Nesse ponto, depreende-se dos autos que a Lei Complementar n.

36/91, embora vedando tal procedimento em seu artigo 2º, não tem o condão de violar direito adquirido, constituído regularmente ao tempo de vigência da lei anterior, a teor do art. 5º, XXXVI, da CF, e art. 6º, § 3º, da LICC, eis que os benefícios concedidos datam de 1986 e 1988.

"A lei, em regra, tem sua aplicabilidade reservada para regular as situações futuras, pois o efeito retroativo é excepcional no ordenamento jurídico nacional, só permitido em situações excepcionais ditadas pela supremacia do interesse público sem importar em afronta a direito adquirido" (fls. 68/9).

Afastada a incidência da Lei Complementar revogadora, concluiu, então, o Tribunal:

"Seja licença-prêmio, sejam férias não gozadas pelo servidor aposentado, a situação é a mesma: a de locupletamento indevido da administração que não concedeu ao servidor o direito expressamente previsto, e cujo exercício, competia-lhe fixar o período de duração" (fls. 73).

Embargos declaratórios argüídos de ultra petita a condenação, foram rejeitados às fls. 87/9.

Daí o presente recurso extraordinário, por contrariedade ao disposto no item XXXVI do art. 5º da Constituição.

O recorrente não recusa o direito adquirido à licença-prêmio, que admite ser incontestável. Opõe-se à sua conversão em indenização. Considera consistir, na inércia remunerado temporária, a essência do benefício, absorvido, assim, pelo bem maior da aposentadoria, que significa inércia remunerado definitiva.

Sustenta ser mera faculdade de requerimento a conversão, nos termos da norma que a instituiu (art. 189 da Lei n. 6.745/85), só se transformando em direito do servidor, quando haja obtido decisão favorável do administrador antes da aposentadoria, o que, na espécie, não chegou a suceder. E mais: sendo voluntária a aposentadoria, foi erigido, pelo próprio titular, o empecilho à fruição do benefício.

Admitido o apelo (fls. 132/3), opina, às fls. 156/7, por seu provimento, o ilustre Subprocurador-Geral Flavio Giron, forte nos seguintes argumentos:

“A irresignação merece prosperar.

“No apelo extremo interposto pelo recorrente não há insurgência contra a existência de direito adquirido relativo a licença-prêmio, mas sim contra o alegado direito adquirido à conversão em pecúnia dos períodos não gozados na atividade. Bem andou o recorrente ao afirmar que (fls. 95) a licença-prêmio ‘é um direito do servidor da atividade, em pleno exercício de suas prerrogativas; a transferência deste mesmo direito para a inatividade é um contra-senso, já que sua essência é exatamente a inércia remunerada, mas de servidor em exercício pleno de suas funções’.

“(…)

“A conversão em pecúnia da licença-prêmio, então é certo, não é possível; a utilização eventual, do tempo correspondente para a aposentadoria, todavia, parecia ser a ‘quebra’ mais aceitável, mesmo sendo a Administração Pública iludida, posto que a idéia do instituto encerra o repouso hi-

gênico, com fins práticos de melhoria das condições de trabalho.

“(…)

“Como já assinalado, a licença-prêmio — e isto sequer a jurisprudência pátria contradiz — somente poderá ser utilizada por servidor em atividade, porque sua inativação já é descanso remunerado (não podendo, portanto, coexistirem os dois institutos).

“Assim, poderá o servidor usufruí-la de acordo com a conveniência sua e do serviço público, em oportunidades inúmeras, durante toda a sua vida funcional. Não poderá, contudo, gozá-la após a aposentadoria, porque o direito maior da inativação definitiva sobrepõe-se ao da temporária (licença-prêmio). ‘Assim, direito adquirido há a utilização in natura da licença-prêmio, mas não à sua conversão em pecúnia, nem tampouco à sua posterior indenização’.

“Deste modo, não poderia o v. aresto recorrido considerar direito adquirido à indenização da licença-prêmio não gozada. Poderia, tão somente, reconhecer como direito adquirido o próprio benefício e sua utilização, ou seja, o descanso remunerado.

“Isto exposto, opina o Ministério Público Federal, por seu órgão, pelo conhecimento e provimento do recurso” (fls. 157/9).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OCTÁVIO GALLOTTI — (Relator): Eis o teor do parágrafo único do art. 78 e o do art. 189, ambos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado

de Santa Catarina, cuja aplicação, em tese, aos membros do Ministério Público, não é contestada nestes autos:

“Art. 78...

“Parágrafo único. É facultado (sic) ao funcionário a conversão em dinheiro de até 1/3 (um terço) da licença-prêmio, assim como gozá-las em parcelas mensais.

“Art. 189. Os períodos de licença-prêmio já conquistados poderão ser convertidos em dinheiro, nos termos do parágrafo único do art. 78, à razão de uma parcela por ano civil ou integralmente quando da aposentadoria”.

Sem esforço, apreende-se do texto que os vocábulos “facultado” e “poderão” (parágrafo do art. 78 e art. 189, respectivamente), a que se apegam o recorrente, ao servidor efetivamente se dirigem, não ao Administrador. Ao alvedrio deste, é que não pode ficar relegada a satisfação do direito em questão, indeferindo-se, como aqui, o gozo do benefício, e, simultaneamente, recusando-se a conversão ou subordinando-a (como acena a petição de interposição) a requisito não exigido pela lei: o de permanecer na atividade até a implementação de algum dos pressupostos de inatividade compulsória, ficando, entretantes, o servidor privado de gozar da voluntária.

Note-se que a “aposentadoria”, simplesmente, refere-se ao dispositivo, e não à aposentadoria compulsória como prefere ler o recorrente.

Veja-se, ainda, que o uso da licença-prêmio, em sua modalidade efetivada, é certamente incompatível com a situação do aposentado. Não, porém, o sucedâneo pecuniário, expressamente permitido pela lei.

Quanto ao tratamento dado à questão intertemporal controvertida, começo por registrar que, em celebrado acórdão prolatado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 82.881, entendeu, o Plenário do Supremo Tribunal, que a qualificação jurídica do tempo de serviço rege-se pela lei da época de sua realização, para os efeitos nela previstos, consubstanciando direito adquirido que a lei posterior não pode desrespeitar (RTJ 79/268, Relator para o acórdão o eminente Ministro Eloy da Rocha).

Foi tomada por seis votos a cinco essa decisão, mas logo seguida em uma série de outras, todas unânimes, do próprio Plenário (RE 82.883, RTJ 78/948 e RE 85.218, RTJ 79.338) e das duas Turmas (RE 81.234, RTJ 81/482; RE 80.872, RTJ 79/224; RE 85.760, RTJ 79/670).

Apreciando, especificamente, a conversão, em pecúnia, da licença-prêmio, já decidira a Primeira Turma, em acórdão também da lavra do Ministro Eloy da Rocha:

“Servidor público. Direito à licença-prêmio, nos termos da lei vigente na data em que foi completado o tempo exigido para o gozo do benefício, embora formulado o pedido quando já em vigor modificação estabelecida por lei nova. Aplicação do princípio do direito adquirido. Recurso extraordinário não conhecido” (RE n. 69.508, RTJ 74/390).

Com invejável objetividade elucidou, naquela assentada, o eminente Relator:

“O acórdão recorrido aplicou o princípio do direito adquirido, e não o contrariou, ao reconhecer à recorrida o direito à licença-prêmio, nos termos da

lei vigente na data em que ela completou o tempo exigido para o gozo do benefício, embora houvesse sido formulado o pedido quando já em vigor a lei nova.

“Não conheço do recurso”.

No mesmo sentido, confira-se o acórdão da Segunda Turma, no Recurso em Mandado de Segurança n. 17.510.

Coerente com a jurisprudência do Supremo Tribunal revelou-se, pois, o magistério do acórdão recorrido, sendo relator o ilustre Desembargador Eder Graf, ao resolver que, da proibição superveniente, pela Lei Complementar catarinense n. 36, de 1991, não poderia haver resultado empecilho à indenização relativa a períodos de licença-prêmio anteriormente consumados, sob a égide do direito então vigente.

O segundo fundamento do acórdão (locupletamento indevido) — simples argumento de reforço — não vem atacado na petição de extraordinário, exclusivamente apoiada no art. 5º, XXXVI, da Constituição, até mesmo porque trata esse adinículo de matéria tipicamente infraconstitucional. Assim, já teve, aliás, esta Turma, a oportunidade de classificá-la ao examinar, precisamente, questão relativa à indenização por licença-prêmio não gozada, no serviço público de Santa Catarina:

“Ementa: — Agravo regimental.

“O acórdão recorrido, para conceder a indenização em causa, se fundou no princípio — que se situa no

campo de direito infraconstitucional — da vedação do locupletamento indevido por parte da Administração, o que implica dizer que a alegada ofensa à Constituição é indireta ou reflexo, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário.

“Agravo a que se nega provimento” (AGRAG 208.777, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 29/5/98).

Ante o exposto, não conheço do recurso extraordinário.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Sr. Presidente, em matéria de direito adquirido, para afirmá-lo ou negá-lo, sobretudo para afirmá-lo, as discussões em Santa Catarina têm sido imaginosas, mas poucas tão imaginosas quanto este recurso.

A rigor, havendo uma licença-prêmio não gozada por decisão da Administração e conquistado o direito à licença, ao tempo em que conversível em pecúnia, parece-me claro o direito adquirido a essa conversão, que a aposentadoria voluntária posterior jamais poderia elidir.

Basta supor que, ao invés de aposentadoria voluntária, se tivesse a morte do funcionário.

O certo é que o uso de um direito não pode jamais implicar na perda de outro, já adquirido. Por isso, apesar do esforço habitual da ilustre Procuradora, não conheço do recurso.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 227.642-7 — SANTA CATARINA**Relator: Min. Octávio Gallotti****Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino de Criciúma****Advogados: Drs. Pedro Augusto Carcereri e outros****Recorrido: Sindicato dos Professores e Auxiliares de Administração Escolar de Tubarão****Advogados: Drs. Mirivaldo Aquino de Campos e outros**

EMENTA: Os princípios da unicidade e da autonomia sindical não obstam a definição, pela categoria respectiva, e o conseqüente desmembramento de área com a criação de novo sindicato, independentemente de aquiescência do anteriormente instituído, desde que não resulte, para algum deles, espaço inferior ao território de um Município (Constituição Federal, art. 8º, II).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da Ata de Julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso extraordinário.

Brasília, 14 dezembro de 1998.

Sydney Sanches,
Presidente;
Octávio Gallotti,
Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO OCTÁVIO GALLOTTI: Foi a questão assim relatada, perante a Primeira Câmara Civil Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, pelo ilustre Desembargador Eládio Torret Rocha:

“No Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Tubarão, Sindicato dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino de Criciúma aforou ação de nulidade de ato jurídico, cumulada com cominatória contra o Sindicato dos Professores e Auxiliares de Administração Escolar de Tubarão, colimando, em suma, obter a declaração de nulidade de pleno direito de todos os atos de criação, constituição, estatuto, registro e inscrição no Cartório do Registro Civil, Títulos, Documentos e Pessoas Jurídicas da comarca de Tubarão, do sindicato réu, além do fechamento de toda e qualquer sede, subsede ou dependência mantida por este.

“Após operada a tempestiva contestação, o autor apresentou impugnação à contestação, e procedida a instrução do feito, sobreveio a prestação jurisdicional monocrática, cujo relatório fica adotado, a qual julgou improcedente o pedido do autor, sujeitando o sindicato autor ao pagamento de

custas processuais e de estipêndio advocatício.

“Irresignado com o teor do decisório adverso, a tempo e modo apela o vencido, postulando, em síntese, a reforma da sentença, sob o argumento de que, em síntese, houve cerceamento de defesa, por não realizada a audiência de instrução e julgamento, entendendo o Magistrado a quo que a matéria suscitada na inicial era matéria de direito, aplicando a norma prevista no artigo 330, I, do Código de Processo Civil. No mérito, argumenta o apelante que houve entendimento diverso do preceito constitucional acerca do ‘princípio da unicidade sindical’, insculpido no artigo 8º da Constituição Federal de 1988, tendo o Magistrado a quo decidido pela improcedência de ação de nulidade de novo sindicato na cidade de Tubarão, apesar do sindicato de Criciúma ter sua base territorial estendida para aquele Município.

“Postula, pois, o apelante, o provimento do recurso, para o fim de julgar-se procedente a ação interposta, com inversão do ônus de sucumbência.

“O apelado, em resposta, limita-se a aplaudir o posicionamento da sentença, pleiteando, em suma, sua manutenção.

“O douto Promotor de Justiça posiciona-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

“O preparo deu-se regularmente.

“Opina a Procuradora-Geral de Justiça no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

“Submeto os autos ao exame do Exmo. Sr. Des. Revisor.

“É o sucinto relatório” (fls. 525/6).

Em seu voto, após afastar objeção fundada no art. 330, I, do Código de Processo Civil, e proclamar, com apoio em doutrina e jurisprudência, a ampla liberdade e autonomia de que passaram a gozar os sindicatos desde a promulgação da Constituição de 1988, enfrenta S. Exa., como segue, o cerne da controvérsia, de modo a confirmar a sentença de Primeiro Grau, que julgara improcedente a ação:

“Conforme se depreende dos autos, o sindicato apelado obteve seu registro no Cartório de Registro Civil, Títulos, Documentos e Pessoas Jurídicas da comarca de Tubarão em 20/12/89, não havendo dúvidas quanto à sua regular constituição.

“Como visto, apesar da liberdade sindical insculpida na Carta Magna, o texto legal trouxe em seu arcabouço, todavia, o princípio da unicidade sindical, previsto em seu artigo 8º, II, não permitindo a criação de mais de um sindicato, da mesma categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial.

“Tal princípio não significa, porém, que os trabalhadores ou empregadores não possam definir a base territorial do sindicato, respeitada a norma legal de que esta base territorial não pode ser inferior à área de um município. Não faz sentido, em verdade, esta intocabilidade de base territorial, sendo inadmissível a permanência de um sindicato com base territorial extremamente ampla se seus filiados, efetivos ou em potencial, por um princípio de conveniência, preferem aderir a um outro sindicato, mais próximo ao seu domicílio ou residência até por motivo de

comodidade e conveniência pessoal deles.

“É perfeitamente a hipótese dos autos.

“Ora, no caso em tela, o Sindicato dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino de Criciúma estendeu a sua base territorial, em 1976, para os municípios circunvizinhos, a saber: Orleans, Urussanga, Araranguá, Braço do Norte, Içara, Morro da Fumaça, Nova Veneza, Siderópolis, Lauro Müller, Turvo, São Ludgero, Imbituba, Tubarão e Laguna. Sendo assim, parece justo e razoável que os profissionais da categoria da cidade de Tubarão, passados mais de 13 (treze) anos, decidam constituir um novo sindicato naquele Município, tendo por base territorial esta mesma comuna.

“Não ocorreu, em suma, qualquer violação ao princípio da unicidade sindical consubstanciado na Carta Política Federal, visto que o apelado ostenta personalidade jurídica própria, devidamente registrada, engloba área não inferior a um município e obedeceu às normas legais de constituição e funcionamento.

“Em igual sentido tem decidido o colendo Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

‘Sindicato — Base territorial.

‘A Constituição vedou a criação de mais de uma organização sindical, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, mas, ao mesmo tempo, conferiu aos trabalhadores ou empregadores o direito de definir esta base territorial.

‘O impetrante não tem o poder de impedir o desdobramento de qual-

quer de suas categorias econômicas e profissionais distintas e específicas, porque os seus filiados não podem ser compelidos e nele permanecerem filiados e proibidos de formar novo sindicato mais representativo e que atende melhor os seus interesses.

‘Segurança denegada’ (RSTJ 31/2.441).

“Por todo o exposto, o recurso é de ser conhecido e improvido, mantendo-se a sentença do hoje Des. José Trindade dos Santos, pois que consoa com a melhor interpretação à disposição constitucional enfocada.

“É como voto” (fls. 535/7).

Daí o presente recurso extraordinário, manifestado pelo autor, depois apelante e ora recorrente, com base na letra a do permissivo.

Salienta ele, inicialmente, não se tratar no caso de “desmembramento de organização sindical” e sim de “criação e atuação de um sindicato numa base territorial já abrangida por outro” (fls. 543), para, em torno dessa circunstância, argumentar a partir da interpretação assim preconizada para o art. 8º, II, da Constituição, dado como contrariado na petição de recurso extraordinário:

“Ao formular o dispositivo supra, pretendeu o legislador constituinte conciliar conceitos aparentemente incompatíveis, concernente na pluralidade de base territorial e unicidade sindical, tornando possível a coexistência de sindicatos em locais onde inexistisse representação sindical.

“Desta forma, resta claro que em uma determinada base territorial só poderá existir um sindicato da mesma categoria. Em outros termos, os traba-

lhadores só poderão investir-se de personalidade sindical se não houver, na mesma base territorial, outro sindicato representativo da categoria (Arnaldo Sussekind, in LTR — Suplemento Trabalhista n. 21/90, pág. 115)" (fls. 544).

" ...

"Prevalecendo o entendimento defendido no acórdão recorrido, ocorrerá que o município de Tubarão/SC terá dois sindicatos representando a mesma categoria, eis que tanto o sindicato recorrente quanto o recorrido continuam a exercer normalmente as suas atividades naquela base territorial, situação que contraria o espírito da Constituição" (fls. 546).

" ...

"O desmembramento da base territorial somente seria admissível através de decisão tomada pela assembléia geral do sindicato, de acordo com o estatuto social do mesmo, ou, claro, por decisão judicial. No caso sub examine, observa-se que além de inexistir tal decisão, o sindicato recorrente, reunido em assembléia, manifestou seu repúdio à criação do sindicato recorrido, afastando por completo a existência de um desmembramento, seja territorial, seja de categoria" (fls. 547).

" ...

"No entanto, o relator não leva em consideração que o sindicato recorrente possui filial na cidade de Tubarão/SC, podendo atender com muito mais eficiência e experiência as necessidades de seus filiados. Há que se reconhecer também a força política e institucional do sindicato recorrente, não só em razão de seu tamanho (intermunicipal), mas também em virtude

de sua larga experiência na defesa dos interesses de seus filiados.

"Assim, a extinção do sindicato recorrido não traria nenhum prejuízo para os trabalhadores de Tubarão/SC, eis que poderão ser muito bem atendidos pelo sindicato recorrente nesta cidade.

"Por fim, o acórdão recorrido afastou por completo a necessidade de registro do sindicato recorrido junto ao Ministério do Trabalho e Previdência Social, afirmando que tal inscrição seria um procedimento meramente administrativo.

"Tal decisão contraria entendimento já pacificado no colendo Supremo Tribunal Federal:

'Art. 8º, I e II, da CF/88: o surgimento de entidades sindicais de qualquer grau — que se configura com o registro perante o Ministério do Trabalho e Previdência Social, e tanto competente, para efeito do disposto no art. 8º, I, da Lei Magna, em face do que estabelece a CLT, nesse ponto recepcionada pelo novo texto constitucional — pode ser obstado, quando ofensivo ao princípio da unicidade, na mesma base territorial, em obediência ao que reza o inciso II do mesmo art. 8º da Carta de 1988' (STF, RE n. 146.822-0/DF, rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 15/4/94, JSTF 188/258).

"Em que pese a vedação constitucional concernente na proibição da interferência do Estado nas questões sindicais, é lógico e o bom senso impõe que o Ministério do Trabalho continue a fiscalizar a formação e o registro dos sindicatos, a fim de se evitar a sobreposição de base territorial" (fls. 547/8).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 552/7), veio ele a ser admitido (fls. 566), tendo recebido, nesta Instância, o seguinte parecer da douta Procuradoria-Geral da República:

“Trata-se de recurso extraordinário em que discutida a violação ao princípio da liberdade sindical e da unicidade sindical, consubstanciado no art. 8º, inciso II, da Carta Política.

“Esse colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS n. 20.829, Plenário, relator o Ministro Célio Borja, assim decidiu:

‘Mandado de Segurança — Decreto n. 96.469, de 4/8/88 — Validade — Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos — Reconhecimento como órgão sindical de grau superior, compatível com a Constituição em vigor.

‘A Lei já não pode mais obstar o surgimento de entidades sindicais de qualquer grau, senão quando ofensivo ao princípio da unicidade, na mesma base territorial. A pretendida ilegalidade da criação da confederação dos metalúrgicos, porque não prevista no art. 535, §§ 1º e 2º da CLT, não pode subsistir em face da norma constitucional assecuratória de ampla liberdade de associação laboral, sujeita, exclusivamente, à unicidade de representação sindical’.

“No caso dos autos não houve ofensa ao mencionado dispositivo constitucional, haja vista que a dissociação ou desmembramento da categoria, com a respectiva criação do ente sindical, deu-se em razão da atividade peculiar de seus membros (art. 571 da CLT).

“Assim, opina o Ministério Público Federal pelo conhecimento do re-

curso e, no mérito, pelo seu desprovimento” (fls. 571/3).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO OCTÁVIO GALLOTTI — (Relator): A fundamentação do recorrente parte do equívoco primordial de que seria este o caso de desmembramento de sindicato, o que verdadeiramente não ocorreu, cuidando-se, isso sim, de desmembramento de base territorial, hipótese de nenhum modo vedada pelo art. 8º, II, da Constituição, desde que não se apresente a área de cada uma das entidades inferior a de um Município.

Dentro da moldura da autonomia e liberdade sindicais, consagradas pela Constituição e acertadamente proclamadas pelo douto acórdão recorrido, a unicidade é exceção ao pluralismo sindical e não pode ser entendida com a extensão e o absolutismo que lhe atribuem as razões de recurso extraordinário.

Para estas, só a fim de ocupar área ainda virgem de representação, haveria a possibilidade de criação de sindicato novo. Já existindo algum intermunicipal, a este assistiria o direito adquirido de estratificar, no tempo, determinado momento histórico, ficando ao alvedrio de sua assembléia geral o consentimento para a criação da nova entidade sindical, o que de nenhum modo se compadece com o alcance do dispositivo constitucional em causa (art. 8º, II).

Não se verifica, igualmente, a receada superposição de áreas, visto que, da criação do novo sindicato, logi-

camente resulta a perda à representação do antigo, em relação à área objeto do desmembramento. Foi o que já assentou, por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal, ao julgar o Recurso em Mandado de Segurança n. 21.080, cujo magistério ficou lapidarmente registrado no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, do qual extraio as seguintes assertivas:

“Se dúvida pudesse haver na vigência da Constituição anterior, o final do inciso II do art. 8º deixa claro que a definição da área, ‘base territorial, que será definida pelos trabalhadores

ou empregadores interessados’, é matéria remetida à decisão autônoma da categoria profissional ou economia respectiva.

“O que não pode haver é a superposição completa. Se a área é menor, o que há é um desmembramento, que não ofende a unicidade, porque subtrai do sindicato antigo a categoria sediada na nova base, menor” (RTJ 150-101/2).

Coerente com esse entendimento, não conheço do recurso extraordinário.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL N. 177.540 — SC (98/0041796-6)

Relator: O Exmo. Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros

Relator para o Acórdão: O Exmo. Sr. Ministro José Delgado

Recorrente: Município de Itajaí

Advogados: Dr. Jaime Márcio Espíndola e outros

Recorrida: Associação Catarinense de Defesa do Consumidor — Acadeco

Advogados: Dr. Stalin Passos e outro

EMENTA

Processual. Ação Civil Pública. Taxa de iluminação pública. Declaração incidental de inconstitucionalidade de sua cobrança. Impossibilidade. Recurso especial provido.

1. A Ação Civil Pública não se presta ao sustamento de pagamento de tributo mediante a declaração incidental de inconstitucionalidade da norma que o instituiu, uma vez que ao admitir-se tal possibilidade estar-se-ia fazendo uso de via inadequada (Ação Civil Pública), para substituir a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria,

dar provimento ao recurso, na conformidade do relatório, votos, notas taquigráficas e certidão de julgamento constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Brasília, 25 de maio de 1999.
(data do julgamento).

*Ministro José Delgado,
Presidente e Relator.*

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Cuida-se de recurso especial dirigido a acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

"Taxa de iluminação pública — Ação civil pública — Associação civil — Acadeco — Legitimidade ativa.

"1. 'A Associação Catarinense do Consumidor está legitimada ativamente para propor ações civis públicas em todo o Estado, mesmo nas comarcas onde não tenha associados' (AC n. 50.296).

"2. Ao insurgir-se contra tributo incidente sobre o consumo de energia elétrica, a parte reveste-se da qualidade de consumidor; quando postula a restituição do tributo cobrado indevidamente, de contribuinte.

"O Código de Defesa do Consumidor é aplicável apenas à primeira relação jurídica (fornecedor/consumidor); na segunda (tributante/contribuinte), não há falar em 'consumidor', 'fornecedor', 'produto' ou 'prestação de serviço' e, por isso, não está compreendida nas normas protetivas nele previstas" (fls. 280).

Agasalhado na alínea a, do permissivo constitucional, o município de Itajaí sustenta que houve negativa de vigência ao art. 82, IV, da Lei n. 8.078/90.

E o relatório.

Processual civil — Ação civil pública — Associação civil — Legitimidade.

— A associação civil, legalmente constituída, tem legitimidade para ajuizar ação civil pública, na defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, difusos ou coletivos. Exegese das Leis ns. 7.347/85 e 8.078/90.

— Recurso improvido.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (RELATOR): Discute-se se a legitimidade de associação civil para ajuizar ação civil pública, visando discutir pagamento de taxa de iluminação pública.

O aresto recorrido reconhece tal legitimidade porque, constituída há mais de ano, "pretende a autora proteger não o contribuinte da TIP, mas o consumidor de energia elétrica" (fls. 282).

A controvérsia, para ser solucionada, está em saber se o contribuinte de taxa de iluminação pública mantém com o Município relação de consumo.

Respondo negativamente. O que há é uma relação de direito público, envolvendo contribuinte e entidade tributante que instituiu o tributo.

No entanto, essas relações transcendem a esfera individual e passam a interessar a toda coletividade.

Assim, mesmo que não se enxergue contribuinte de taxa de iluminação pública como um consumidor. É-lhe assegurado, ou à associação civil que o represente, o consumidor de energia elétrica a tutela do interesse ou

direito individual homogêneo, por meio de ação civil pública.

A moderna concepção do direito processual civil, ao agasalhar a ação coletiva, visou à economia: requisitar o ajuizamento de várias ações, o interesse coletivo é satisfeito com apenas um processo.

Daí por que a Lei de Ação Civil Pública, Lei n. 7.347/85, no seu artigo 21, determina:

“Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Tít. III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

E o Título III do CDC, por sua vez, expressa que, na defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos e individuais homogêneos, são legitimadas “as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear” (art. 82, IV, Lei n. 8.078/90 — CDC).

Assim, a interpretação sistemática dos dispositivos legais transcritos conduz à assertiva de que a associação civil, ora recorrente, tem legitimidade para demandar em Juízo, a favor de contribuintes. Portanto, na defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, difusos ou coletivos, o ordenamento jurídico, como sistema, permite que a associação civil, legalmente constituída, seja parte ativa do pólo da relação processual, em ação civil pública.

Conclui-se, então, que não houve violação à legislação federal.

Nego provimento ao recurso.

Processual. Ação civil pública. Taxa de iluminação pública. Declaração incidental de inconstitucionalidade de sua cobrança. Impossibilidade. Recurso especial provido.

1. A Ação Civil Pública não se presta ao sustamento de pagamento de tributo mediante a declaração incidental de inconstitucionalidade da norma que o instituiu, uma vez que ao admitir-se tal possibilidade estar-se-ia fazendo uso de via inadequada (Ação Civil Pública), para substituir a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

2. Recurso especial provido.

VOTO VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (RELATOR DESIGNADO): Divergindo do eminente Relator, entendendo merecer provimento o presente recurso.

Visa-se a dar efeito de uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade — ADIn. — através de uma Ação Civil Pública o que, no presente caso, me parece impossível.

A jurisprudência desta colenda Corte de Justiça vem atualmente se firmando no sentido de não ser cabível o uso da Ação Civil Pública para fins de obstar a cobrança de Taxa de Iluminação Pública.

O posicionamento mais recente adotado pelas egrégias 1ª e 2ª Turmas desta Corte tem sido no sentido da impossibilidade do uso da Ação Civil Pública objetivando o sustamento de pagamento de tributo mediante a declaração incidental de inconstitucionalidade da norma que o instituiu, uma vez que ao admitir-se tal possibilidade estar-se-ia fazendo uso de via inade-

quada (Ação Civil Pública), para substituir a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Oportunamente, cito trecho do voto emitido pelo culto e eminente Ministro Garcia Vieira, ilustre integrante desta Corte de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp. n. 134.979/GO, onde o ilustre Relator destaca que:

“O uso da Ação Civil Pública para substituir ação direta de inconstitucionalidade ou como forma paralela de declaração de inconstitucionalidade e isso não é possível. Ou o Juiz Singular declara a inconstitucionalidade para valer apenas nos limites de sua jurisdição, do Município e cria um direito diferente do direito estadual e federal, com afronta à Constituição que estabelece a unidade de Direito Substantivo ou sua declaração é para produzir efeitos no plano nacional e aí há usurpação da competência do STF. A questão foi bem examinada por Arnoldo Wald, no Mandado de Segurança e outras ações de índole constitucional, 15ª ed. por ele atualizada (págs. 152/158). Para Sua Excelência (pág. 153), não cabe aos Tribunais de Justiça dos Estados processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, porque isso vincularia o STF em face dos efeitos erga omnes dessa declaração. Lembra Sua Excelência que a tese do descabimento de utilização da ação civil pública para afastar normas inconstitucionais foi defendida em Congresso do Ministério Público e que vários acórdãos consideraram a ação imprópria para este fim e também decisão do TARS, em Apelação Cível, no dia 10/12/91. Para ele, em se tratando de tributo acoimado de inconstitucional, há a previsão constitucional da

ação direta de inconstitucionalidade, de competência do STF (artigo 102). Acentua que, admitida a ação civil pública para impedir a cobrança de tributo, taxado de inconstitucional, possibilitaria a prolação de sentenças contraditórias com efeitos igualmente erga omnes, o que é um absurdo”.

Sobre o assunto, os seguintes Arestos:

“Processo civil. Ação civil pública em matéria tributária.

“A ação civil pública não pode ser utilizada para evitar o pagamento de tributos, porque, nesse caso, funcionaria como verdadeira ação direta de inconstitucionalidade; ademais o beneficiário não seria o consumidor, e sim o contribuinte — Categorias afins, mas distintas. Recurso especial conhecido e improvido” (REsp. n. 106.993/MS, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 13/4/98).

“Ação civil pública. Preceito cominatório. Taxa de iluminação. Constitucionalidade de lei municipal. Unidade do direito.

“Na sentença declarou-se a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 70/1989. Impossibilidade do uso da ação civil pública para substituir a ação direta de inconstitucionalidade. A unidade do direito substantivo é estabelecida pela Constituição. Admitida a ação civil pública para impedir a cobrança de tributo taxado de inconstitucional, possibilitaria a prolação de sentenças contraditórias com efeitos erga omnes, o que é absurdo. Recurso não conhecido” (REsp. n. 134.979/GO, rel. Min. Garcia Vieira, DJ 6/10/97).

Cito, ainda, por oportuno, artigo da autoria de Osmar Tognolo intitulado

"Ação Civil Pública em Matéria Tributária", publicado no suplemento Direito & Justiça do Jornal Correio Braziliense datado de hoje, segunda-feira, 16 de agosto de 1999, que trata do assunto em baila de forma bastante elucidativa.

Ei-lo:

"Concebida como mecanismo de proteção dos interesses difusos da sociedade, a ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7.347/85 e modificações posteriores, constitui instrumento processual adequado para reprimir, ou impedir, danos morais e patrimoniais ao meio ambiente (art. 1º, inciso I), ao consumidor (inciso II), a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso III), a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (inciso IV, acrescentado pelo art. 110 da Lei n. 8.078, de 11/9/90), bem como por infração da ordem econômica (inciso V, acrescentado pela Lei n. 8.884, de 11/6/94).

"A ação, que tem por objeto a condenação em dinheiro, ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, sob pena de aplicação de multa diária (art. 3º), poderá ser proposta pelo Ministério Público, pela União, pelos estados e municípios e, ainda, por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 5º, conforme a redação dada pela Lei n. 8.884, de 11/6/94).

"Sob a invocação ora do disposto no inciso II do art. 1º, ora da previsão do inciso IV do mesmo dispositivo legal ora em análise, em diversos Estados da Federação têm sido ajuizadas ações civis públicas objetivando afastar a incidência de tributos tidos por inconstitucionais. Argumenta-se que, nessas hipóteses — as últimas ações propostas envolvem a contribuição previdenciária do servidor público e a CPMF —, a ação civil pública estaria sendo manejada em defesa do consumidor, ou de interesse ou de direito coletivo dos contribuintes.

"Embora reconheça os altos propósitos dessas iniciativas, considere equivocada a propositura de ação civil pública na espécie, por não constituir ela via processual adequada para a discussão de matéria tributária.

"Quanto ao primeiro permissivo legal invocado, qualquer ação judicial em defesa do consumidor somente se justifica quando o alegado direito tem origem em relação de consumo. Nos termos da Lei n. 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor, indispensável, para que haja uma relação de consumo, a presença, de um lado, do consumidor, e, do outro, do fornecedor do bem ou prestador do serviço.

"O art. 2º do mesmo diploma define o 'consumidor': ou seja, o destinatário da proteção legal, como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

"Por sua vez, 'fornecedor' é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, trans-

formação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 3º).

“Ocorre que o Estado, quando exige tributos da sociedade para consecução de seus fins, não se qualifica como fornecedor de qualquer bem produzido ou a ser produzido ou de serviço prestado ou a ser prestado. Ele está, apenas, exercendo um poder que lhe é inerente e que a Constituição lhe assegura, qual seja, o de instituir, pelos mecanismos legais, fontes compulsórias de abastecimento dos cofres públicos. Visualizar relação de consumo no vínculo jurídico-tributário que, em decorrência de lei — o tributo, objeto dessa relação, é obrigação ex lege — se estabelece entre o Estado e o cidadão representa inegável inversão de conceitos do Direito Tributário e das normas de defesa do consumidor. Assim, ausente qualquer relação de consumo no ato estatal de exigir tributos e, no da sociedade, de pagá-los, não podem ser confundidas as figuras de consumidor, destinatário da proteção a que se refere a Lei n. 8.078/90, e de contribuinte, sujeito passivo da relação tributária e responsável pelo pagamento do tributo.

“Desse modo, não havendo relação de consumo e inexistente, via de consequência, o consumidor, incabível a invocação do disposto no inciso II do art. 1º da Lei n. 7.347/85 para justificar a propositura de ação civil pública em matéria tributária.

“De outro lado, também não ampara o ajuizamento de ação civil pública na espécie o disposto no inciso IV do art. 1º da Lei n. 7.347/85, que a prevê também para a defesa de interesses ou direitos coletivos. Esse disposi-

tivo foi introduzido pelo art. 110 da Lei n. 8.078/90, a qual, no inciso II do parágrafo único do art. 81, define os interesses ou direitos coletivos como aqueles transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

“Em outras palavras, titular do direito ou interesse que se busca defender é o grupo, a categoria ou classe de pessoas. Ora, o Direito Tributário não cria nem relações nem direitos coletivos. A obrigação tributária é sempre individual e divisível, tendo como sujeito passivo a pessoa física ou jurídica, e não qualquer dos entes coletivos mencionados na lei. Essa natureza da obrigação tributária não se modifica pelo fato de serem vários os contribuintes submetidos ao mesmo tributo, pois o ato de pagá-lo será sempre um comportamento individual.

“De resto, não existe qualquer relação jurídica comum a unir, com o Estado ou entre si, como exige a lei para que o direito possa ser considerado coletivo, os contribuintes de determinado imposto. De comum, têm eles, apenas, o fato de se sujeitarem à mesma exigência fiscal, mas dessa circunstância não resulta relação jurídica a uni-los entre si, não se podendo afirmar, igualmente, ser único o vínculo a ligá-los ao Estado. É que, embora seja apenas uma a norma instituidora do tributo, sua incidência in concreto, vale dizer, sua materialização, somente ocorrerá quando cada contribuinte praticar, individualmente, o ato tributável, dando origem à obrigação tributária divisível e, igualmente, individual.

“Não sendo, pois, coletivos os direitos emergentes da relação jurídico-tributária, também incabível se revela a ação civil pública ajuizada sob o amparo do inciso IV do art. 1º da Lei n. 7.347/85.

“Poder-se-ia argumentar, por último, que a ação civil pública em matéria tributária, afastada a possibilidade de seu ajuizamento em defesa do consumidor ou de direitos coletivos, encontraria guarida no art. 21, introduzido na Lei n. 7.347/85 pelo art. 117 da Lei n. 8.078/90, segundo o qual aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. Vale dizer, o art. 21 estaria a permitir a utilização da ação civil pública também para a defesa de direitos individuais.

“A meu ver, contudo, mencionado dispositivo legal não comporta interpretação tão abrangente. Em primeiro lugar, o próprio texto legal já cuidou de impor limite ao seu enunciado, ao estabelecer que a aplicação permitida se fará, apenas, no que for cabível, o que pressupõe, antes de tudo, a existência de uma relação de consumo, pois o Título III da LDC cuida da defesa do consumidor em juízo, disciplinando o manejo de ações coletivas para tal fim. E, já se viu, relação tributária não se confunde com relação de consumo, o que, por si só, afasta a utilização da ação civil pública para o fim pretendido.

“Em segundo lugar, e nos termos da própria Lei n. 8.078/90, os direitos individuais, para serem objetos de proteção coletiva, hão de ser homogêneos, isto é, decorrentes de origem co-

mun (art. 81, parágrafo único, inciso III). No entanto, em matéria tributária, como afirmado, os tributos não possuem origem comum em relação aos contribuintes, pois o fato gerador da obrigação tributária será sempre individual no que diz respeito ao sujeito passivo. A simples descrição legal da hipótese de incidência, único dado comum a alcançar todos os contribuintes, não impõe qualquer prestação pecuniária, que somente passará a existir quando verificada sua concretização, vale dizer, quando a hipótese se transformar em fato imponível, como Geraldo Ataliba denominava esse segundo momento do fato gerador da obrigação tributária.

“Em conclusão: a ação civil pública não constitui via processual idônea para questionamento da legalidade ou da constitucionalidade de tributos, sendo equivocada a invocação do disposto nos incisos II e IV da Lei n. 7.347/85, ou mesmo no seu art. 21, com a redação dada pela Lei n. 8.078/90, seja porque relação tributária não se equipara à relação de consumo, seja porque inexistentes, na espécie, direitos coletivos indivisíveis a serem protegidos, seja, por último, porque os direitos emergentes do vínculo jurídico-tributário não podem, nem mesmo, ser considerados individuais homogêneos, na conceituação legal, para merecerem a proteção coletiva em exame”.

Escorado nas razões acima expendidas, dou provimento ao Recurso Especial interposto.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, entendo que há inconstitucionalidade e que o consumidor de taxa não é consumidor, é contribuinte.

Por esses dois motivos, divirjo do Sr. Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: — Peço vênia ao Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros para acompanhar o Sr. Ministro Demócrito Reinaldo.

RECURSO ESPECIAL N. 208.605—SC (99/0024343-9)

Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira

Recorrente: Sul América Bandeirantes Seguros S/A

Advogados: Dr. Oldemar Alberto Westphal e outros

Recorrida: C. S. Construções e Incorporações Ltda.

Advogados: Dr. Antonio Joanini Filho e outros

EMENTA

Direito civil. Seguro de automóvel. Perda total do bem. Indenização. Pagamento do valor ajustado no contrato (apólice), e não do valor de mercado do veículo segurado. Código Civil, artigos 1.462 e 1.438. Precedentes da Turma. Recurso desprovido.

— Nos termos da jurisprudência da 4ª Turma, tratando-se de perda total do veículo, a indenização a ser paga pela seguradora deve tomar como base a quantia ajustada na apólice (art. 1.462, CC), sobre a qual é cobrado o prêmio, independentemente da existência de cláusula prevendo o pagamento da reparação pelo valor médio de mercado do automóvel, salvo se a seguradora, antes do evento danoso, tiver postulado a redução de que trata o art. 1.438 do Código Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por

unanimidade, conhecer do recurso, mas lhe negar provimento. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Aldir Passarinho Júnior.

Brasília, 14 de setembro de 1999.
(data do julgamento).

Ministro Ruy Rosado de Aguiar,
Presidente;

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira,
Relator.

EXPOSIÇÃO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: A recorrida celebrou com a recorrente contrato de seguro para cobertura de um veículo de sua propriedade. Ocorrida a perda total do bem durante a vigência do contrato, pretendeu a seguradora indenizar o segurado no valor médio de mercado do automóvel, e não no valor constante da apólice.

Inconformada com o valor ofertado pela seguradora, aforou a recorrida ação de cobrança cumulada com indenização por perdas e danos e lucros cessantes, pretendendo receber, além de lucros cessantes e despesas com frete e guincho, o valor constante da apólice.

A sentença julgou procedente em parte o pedido, inacolhendo apenas os lucros cessantes. Apelou a ré, tendo o Tribunal de Justiça de Santa Catarina negado provimento ao recurso, em acórdão com esta ementa:

“Apelação cível. Contrato de seguro. Perda total do objeto segurado. Aplicação do art. 1.462 do Código Civil.

“Sobrevindo sinistro que resulte na perda total do objeto do contrato de seguro, a companhia seguradora está obrigada a indenizar o segurado pelo valor máximo constante na apólice, já

que sobre este valor foi calculado o prêmio pago e o risco assumido”.

Daí a interposição do recurso especial, onde alega a seguradora, além de dissídio jurisprudencial, inclusive com julgado da Terceira Turma, violação dos artigos 1.432, 1.434, 1.435, 1.437 e 1.460 do Código Civil. Sustenta a recorrente, em linhas gerais, que a indenização devida pela perda total do veículo segurado deveria ser com base no valor médio de mercado, conforme pactuado entre as partes, e não pelo valor da apólice.

Com as contra-razões, foi o recurso admitido.

Negado seguimento ao recurso, nos termos do art. 557, CPC, apresentou a recorrente agravo “regimental”, sustentando ser manifestamente impróprio o julgamento de plano do recurso especial, considerando que, como registrado na própria decisão agravada, o entendimento invocado seria apenas da Quarta Turma, sendo certo que “o art. 557, CPC, só permite ao relator negar seguimento a recurso especial que estiver em confronto com a jurisprudência do Tribunal, não de Turma”.

Provido o agravo, sob o fundamento de que a parte interessada, com o julgamento de plano do recurso especial, poderia ficar impossibilitada de manejar eventuais embargos de divergência, tendo em vista o não-cabimento deste recurso em agravo interno, nos termos do Regimento Interno da Casa, determinei a inclusão do processo em pauta.

E o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (RELATOR):

1. A jurisprudência que veio a consolidar-se no âmbito desta Turma está no mesmo sentido do entendimento firmado pelo acórdão recorrido, como se vê, dentre outros, dos REsp. ns. 162.915—MG (DJ 21/9/98) e 159.154—MG (DJ 22/6/98), relatados pelos Ministros Barros Monteiro e Ruy Rosado de Aguiar, e assim ementados:

— “Seguro. Automóvel. Furto. Perda total do bem. Indenização. Valor ajustado no contrato. Quitação passada pelo devedor. Fundamento não impugnado.

“Tratando-se de perda total do veículo, é devida na integralidade a quantia ajustada na apólice (art. 1.462 do CC), independentemente de seu valor médio vigente no mercado. Precedente da Quarta Turma”.

“Seguro. Automóvel. Valor de mercado.

“É abusiva a prática de incluir na apólice um valor, sobre o qual é cobrado o prêmio, e pagar o seguro de acordo com o valor menor, correspondente ao preço de mercado estimado pela seguradora”.

Deste último, a propósito, colho o seguinte trecho de seu voto-condutor:

“A tese acolhida pelo r. julgado em exame é a única que se harmoniza com as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Celebra o contrato de seguro do veículo atribuindo-lhe um valor, que certamente é o de mercado ao tempo de sua contratação, segundo a avaliação da própria

seguradora, e receber sobre esse valor o prêmio, para depois pagar pelo valor de mercado do veículo ao tempo do sinistro, segundo outra avaliação unilateral da seguradora é, em primeiro lugar, enriquecer-se com o prêmio sobre um valor que não será igual ao do pagamento; em segundo, impor ao segurado o valor estimado unilateralmente para o pagamento. Essa prática, apesar de amplamente difundida, não pode ser aceita. O valor a maior, constante da apólice, não resulta de declaração falsa do segurado, com o intuito de se beneficiar com o sobrepreço na época do sinistro, mas do que foi aceito e muitas vezes indicado pela própria companhia seguradora. Se ao tempo do sinistro o veículo tinha menor valor, cabia então esse fato ser desde logo considerado no valor do prêmio e na própria apólice ficar explicitado que a importância segurada não era de R\$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos reais), como constou, senão aquele que eventualmente existiria quando do sinistro, e em razão disso cobrado o prêmio”.

Mais recentemente, confira-se o REsp. n. 197.468—RJ (DJ 12/4/99), de minha relatoria.

2. Com efeito, determina o artigo 1.462 do Código Civil que, “quando o objeto do contrato se der valor determinado, e o seguro se fizer por este valor, ficará o segurador obrigado, no caso de perda total, a pagar pelo valor ajustado a importância da indenização, sem perder por isso o direito que lhe asseguram os arts. 1.438 e 1.439”.

O referido art. 1.438, por sua vez, expressa, no que interessa, que, “se o valor do seguro exceder ao da coisa, o segurador poderá, ainda depois

de entregue a apólice, exigir a sua redução ao valor real, restituindo ao segurado o excesso do prêmio”.

Tendo a seguradora avençado o seguro, atribuindo ao veículo objeto do contrato valor determinado, e com base nele cobrado o prêmio correspondente, devidamente corrigido, não pode, na hora de solver a indenização, tentar fazer prevalecer a estipulação contratual inscrita no ajuste, para ressarcir o segurado levando em consideração apenas o preço de mercado.

Cuidar-se-ia, na verdade, de enriquecimento indevido, não tendo a seguradora, no momento oportuno, pleiteado a redução de que trata o mencionado art. 1.438 do Código Civil. A propósito, Washington de Barros Monteiro, ao tratar do assunto, afirma:

“Se o objeto se perde totalmente, será devida, na íntegra, a soma fixada na apólice” (“Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações”, 2ª parte, pág. 344, 27ª ed.).

Outra, outrossim, não é a lição de Marco Aurélio S. Viana (“Curso de

Direito Civil”, vol. 5, Direito das Obrigações II, pág. 474, ed. 1996), nestes termos:

“Somente na hipótese de perda total, quando o objeto do contrato tiver valor determinado, e o seguro se fizer por esse valor, é que o segurador deverá pagar pelo valor ajustado a importância da indenização (art. 1.462 do CC)”.

Não se vislumbra, destarte, ofensa ao direito federal infraconstitucional.

3. Não se nega, é bem verdade, que a Terceira Turma tem-se manifestado em sentido contrário, como se vê, dentre outros, do próprio julgado indicado como paradigma. Tenho, no entanto, com a devida vênia, que melhor se afeiçoa à espécie a posição adotada por esta Quarta Turma.

4. Em conclusão, conheço do recurso pelo dissídio mas lhe nego provimento.

**VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 99.018685-7, DE CRICIÚMA

Requerente: Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A — Celesc

Procurador: Dr. Roberto Prazeres

Interessado: Município de Criciúma

Procurador: Dr. Eduardo Simon

Processo na origem: Mandado de Segurança n. 2099013591.8

DESPACHO

Trata-se de pedido de suspensão em mandado de segurança.

O município de Criciúma impetrou mandado de segurança preventivo em razão da ameaça de corte de energia elétrica, em face da publicação de matéria veiculada no Jornal Diário Catarinense, em data de 27 de agosto do corrente ano, informando que o débito do município de Criciúma para com a Companhia Estadual de Energia Elétrica de Santa Catarina é de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), ressaltando a existência de ameaça de corte de energia elétrica.

Na peça preambular, alegou o impetrante que desenvolve diversos serviços essenciais aos munícipes, nas mais diversas áreas, tais como educação, saúde, obras, habitação,

planejamento, não podendo ficar sem condições de prestar seus serviços. Por esta razão, requereu para que a Celesc viesse a se abster de efetuar o corte de energia elétrica dos demais órgãos daquele Município.

O douto Juiz a quo, por entender estarem presentes os requisitos necessários à concessão da medida, deferiu a liminar.

Inconformada, a Celesc requer a suspensão da decisão.

É, resumidamente, o relatório.

Quando da análise do tema, para que melhor se entenda, necessário se faz a abordagem de forma esclarecedora, por meio de jurisprudências. Para tanto, ainda que perfunctoriamente, a análise é imprescindível.

É que ao iniciar o fornecimento de energia elétrica se estabelece um

contrato, segundo o qual a concessionária dos serviços de energia elétrica se compromete a fornecer o serviço, mediante pagamento e as condições regulamentares do Poder Concedente. No entanto, quando o contrato de fornecimento é celebrado com pessoa jurídica de direito público, como no caso do município de Criciúma, as relações devem reger-se pelas normas do direito público.

Vejamos:

“Mandado de segurança — Interrupção do fornecimento de energia elétrica por concessionária a próprio municipal — Inadmissibilidade — Comprometimento do princípio que assegura a continuidade do serviço público — Remessa desprovida.

“Não pode a concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica a próprio municipal, ao argumento de falta de pagamento das tarifas, uma vez que a falta de energia elétrica em repartição pública afeta a continuidade de prestação do serviço público que devia ser preservada” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 98.008451-2, de Araranguá, rel. Des. Anselmo Cerello).

“Mandado de segurança — Energia elétrica — Corte no fornecimento — Ausência de prévio aviso — Escolas municipais e municipalizadas — Segurança denegada — Recurso provido — Sentença reformada.

“A concessionária pode cortar o fornecimento de energia elétrica a consumidor particular, quando não paga a conta respectiva referente ao mesmo medidor, desde que expedido regular aviso prévio.

“Quando o inadimplente é órgão público, o princípio maior da continui-

dade do serviço público, que veda a paralisação da execução do contrato mesmo diante da omissão ou atraso da Administração no cumprimento das prestações a seu cargo, impede a suspensão no fornecimento” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 96.009744-9, de Seara rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Mandado de Segurança. Corte no fornecimento de energia elétrica a município. Atraso no pagamento da tarifa. Segurança concedida. Desprovidamento da remessa.

“Cooperativa concessionária de serviço de energia elétrica não pode suspender o seu fornecimento a prefeitura municipal, alegando atraso nos pagamentos respectivos, pois tal atitude implica na paralisação dos serviços” (ACMS n. 97.003508-0, de Criciúma, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

É de ressaltar-se que a Celesc não recebe do município de Criciúma, que se vem mantendo inadimplente. Ademais, conforme alega, tem que pagar à Eletrosul, supridora no Estado de Santa Catarina, bem como recolher o ICMS aos cofres estaduais sobre o valor faturado.

Entretanto, se há grave lesão à economia pública, um dos pressupostos previstos no art. 4º da Lei n. 4.348/64, que está a capacitar a suspensão da decisão hostilizada, também não se pode olvidar o prejuízo ocasionado àquela comunidade, posto que, após efetuado o corte de energia elétrica, o seu fornecimento ocorrerá somente quando quitada toda a dívida. Isto pode levar algum tempo, acarretando, conseqüentemente, incalculáveis prejuízos a todos os municípios,

agredindo, por exemplo, um dos valores sociais defendidos pela referida lei, ou seja, a saúde, uma vez que o município de Criciúma, com abrangência em diversos setores, também atua nesta área.

Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão.

Comunique-se à autoridade judiciária o teor desta decisão.

Publique-se.

Florianópolis, 25 de outubro de 1999.

Wilson Guarany,
Vice-Presidente.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 99.020532-0

Requerente: Município de Timbó

Procurador: Dr. Sérgio Luiz Mar Pinto

Interessado: Representante do Ministério Público

Advogado: Dr. Flávio Duarte de Souza

Processo na origem: Ação Civil Pública n. 7398002516.0

DESPACHO

Trata-se de pedido de suspensão de liminar em ação civil pública.

O Ministério Público ajuizou ação civil pública para cumprimento ou anulação de ato, contra o Sr. Waldir Ladehoff, Prefeito Municipal de Timbó, ressaltando a existência de uma Lei Complementar n. 135 que teve como principal objetivo o pagamento de precatórios originados em razão de algumas ações de desapropriação.

Alegou que após referida lei entrar em vigor, o demandado, ora requerente, desistiu dos procedimentos n. 11/86 e n. 2/86, com a concordância dos Srs. Vereadores, pelas Leis n. 2.025 e 2.022, pretendendo, dessa forma, eximir-se do pagamento dos precatórios.

Salientou que o Sr. Prefeito Municipal de Timbó deu cumprimento a uma determinação legal e judicial, fa-

zendo constar a verba no orçamento. Contudo, fez alterações no regime de despesas, excluindo o pagamento das dívidas judiciais.

Argüiu, outrossim, com relação ao comprometimento real da receita do Município, bem como acerca da verba tomada como empréstimo do extinto Fundo de Pensões e Aposentadorias dos Servidores Públicos de Timbó — Fuseti, objetivando que este sirva para o pagamento das dívidas judiciais.

Requeru liminar, inaudita altera parte, a fim de que fosse decretada a indisponibilidade da quantia de R\$ 2.383.241,82 (dois milhões, trezentos e oitenta e três mil, duzentos e quarenta e um reais e oitenta e dois centavos), correspondente, em valores de setembro de 1998, à totalidade dos precatórios devidos pelo município de Timbó.

O douto Juiz a quo deferiu, inaudita altera parte, a liminar pleiteada,

decretando a indisponibilidade da quantia acima mencionada, "salientando que referido valor poderá ser liberado, desde que seja destinado para a mesma finalidade — pagamento dos precatórios".

Inconformado, o município de Timbó ajuizou pedido de suspensão de liminar em ação civil pública, alegando que embora tenha especificado que a ação visava o cumprimento ou a anulação de ato, poderia constatar-se, pela peça vestibular, que o verdadeiro objeto da ação era obrigar o Sr. Prefeito Municipal de Timbó a pagar os precatórios apontados na inicial, o que significa estar o Ministério Público, via ação civil pública, defendendo e pugnando por interesses específicos e próprios de particulares perfeitamente delimitados.

Destacou que a liminar foi deferida inaudita altera parte, contrariando, destarte, o disposto no art. 2º da Lei n. 8.437/92.

Com relação aos precatórios, afirmou que todos já foram pagos, com exceção de um que se encontra pendente de decisão judicial, haja vista que os cálculos questionados incluíram índices de atualizações não admitidos pelo Poder Judiciário.

É, resumidamente, o relatório.

Tenho que o pedido deve ser deferido.

Numa perfunctória análise, constata-se que a liminar foi deferida inaudita altera pars, violando o artigo 2º da Lei n. 8.437/92, que assim dispõe:

"No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após

a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas".

Ainda que se quisesse contrariar o conteúdo do disposto na Lei supramencionada, é indispensável, para a concessão de liminar, a evidência de que o perigo da demora acarretaria prejuízo irreversível, bem como a plausibilidade jurídica do alegado na inicial.

Milton Falks, ao comentar sobre as modificações introduzidas no § 2º do art. 100 da Carta Magna, em artigo publicado na Revista de Processo n. 58, ano 15, abril/junho de 1990, sobre o título "Precatório Judiciário na Constituição de 1988", leciona:

"Esclarecendo que o seqüestro se presta exclusivamente para o caso de infração da ordem de precedência dos credores, procurou o legislador constituinte enfatizar que, em outras hipóteses, a exemplo de recusa da administração em colocar a quantia necessária à disposição do Judiciário, a correção da ilegalidade deverá operar-se através de outros meios, igualmente previstos em lei ou na própria Constituição (impedimento, intervenção etc., conforme a hipótese)".

Nesse sentido, ainda, colhe-se do corpo do voto do Sr. Ministro Oscar Corrêa, relator do Recurso Extraordinário n. 103.684, em que é recorrente Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo:

"(...) Ao mesmo tempo em que o autoriza, requerendo o credor preterido no seu direito de precedência, ouvido o chefe do Ministério Público, determina o seqüestro da quantia

necessária à satisfação do débito (art. 117, § 2º).

“São, pois, pressupostos da atuação do Presidente do Tribunal: as possibilidades de depósito e a preterição do direito de precedência do credor.

“Este, sobretudo, leva à grave conseqüência do seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

“Explica-se: esta, sem dúvida, a finalidade maior do dispositivo — impedir que se opere a preterição do direito do credor, beneficiando-se quem, colocado em posição menos favorável, seja privilegiado por indébito pagamento. Este o sentido teleológico da ‘medida constitucional moralizadora’ a que alude Pontes de Miranda” (Comentários. Ed. RT, vol. 3, pág. 646).

Ora, tal não ocorre se, seguida a ordem dos precatórios, na força do depósito, não se configurou a preterição que autoriza o seqüestro da importância necessária à satisfação do débito.

Assim, resta evidente que é pressuposto para o seqüestro a ocorrência de pagamento com preterição da ordem de apresentação dos precatórios. Tal condição não ficou constatada na peça vestibular, bem como na decisão hostilizada.

A propósito, sobre o tema asseverou Vicente Greco Filho:

“(…) E preciso consignar que o seqüestro não é instrumento para compelir ao pagamento no caso de omissão da Administração.

“A falta de inclusão de verba no orçamento, a consignação de dotação insuficiente, ou a própria omissão em empenhar a verba para o Poder Judiciário são violações das regras consti-

tucionais e desobediência à ordem judicial, mas não ensejam o seqüestro se não houver preterição de nenhum credor. No caso, incide as normas relativas ao crime de responsabilidade e a intervenção da União no Estado e deste no Município” (in Da Execução Contra a Fazenda Pública, São Paulo, Saraiva, 1986, pág. 95).

Dispõe o art. 4º da Lei n. 8.437/92:

“Compete ao Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

É de ressaltar-se que a decisão combatida poderá acarretar grave prejuízo àquela Municipalidade, posto ficar indisponíveis valores bastante expressivos, uma vez que o orçamento municipal para o corrente ano foi fixado em R\$ 13.140.000,00 (treze milhões, cento e quarenta mil reais), enquanto a quantia bloqueada é de R\$ 2.383.241,82 (dois milhões, trezentos e oitenta e três mil, duzentos e quarenta e um reais e oitenta e dois centavos).

Destaca-se que o prejuízo à economia pública, indubitavelmente, repercutirá em outros valores sociais defendidos em tema de pedido de suspensão.

Ante o exposto, defiro o pedido de suspensão.

Comunique-se à autoridade judiciária o teor desta decisão.

Publique-se.

Florianópolis, 25 de novembro de 1999.

Wilson Guarany,
Vice-Presidente.

ÍNDICE NUMÉRICO

AGRAVO NA APELAÇÃO CÍVEL

99.004010-0 — Laguna.....	380
---------------------------	-----

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

96.009451-2 — Brusque	295
97.006452-7 — Blumenau.....	357
98.005342-0 — Joinville	363
98.006532-1 — Blumenau.....	291
98.009190-0 — Xanxerê	297
98.012356-9 — Capital.....	313
98.012378-0 — Capital.....	366
98.014528-7 — Brusque	350
98.015891-5 — Videira.....	321
98.016725-6 — Itajaí	299
98.017434-1 — Laguna.....	369
98.018011-2 — Mafra.....	341
98.018173-9 — Capital.....	359
98.018196-8 — Capital.....	337
99.003314-7 — Chapecó	361
99.007200-2 — Joinville	339
99.007464-1 — Lages	357
99.009520-7 — Tubarão.....	306

APELAÇÕES CÍVEIS

45.415 — Joaçaba	264
46.039 — Chapecó	133
46.583 — Capital.....	268
47.489 — Capital.....	274
48.635 — São José.....	203
50.897 — Barra Velha	123
96.000738-5 — São Lourenço do Oeste.....	193
96.008714-1 — Blumenau.....	243
96.010638-3 — Joinville	283
97.000398-6 — São Miguel do Oeste	289
97.010184-8 — Criciúma.....	76

97.010821-4	— Criciúma.....	144
97.014883-6	— Capital.....	163
97.015231-0	— Gaspar.....	150
98.001192-2	— Capital.....	199
98.001303-8	— Araranguá.....	53
98.002206-1	— Mafra.....	56
98.002444-7	— Criciúma.....	38
98.006180-6	— Joinville.....	67
98.006646-8	— Joinville.....	251
98.007074-0	— Blumenau.....	60
98.007354-5	— Capital.....	87
98.007436-3	— Sombrio.....	65
98.008188-2	— Capital.....	155
98.011038-6	— São José.....	256
98.011706-2	— Blumenau.....	93
98.011719-4	— Joaçaba.....	41
98.013880-9	— Capital.....	128
98.014073-0	— Capital.....	100
98.014090-0	— Blumenau.....	114
98.016174-6	— Rio Negrinho.....	51
98.016245-9	— Capital.....	169
99.001818-0	— São Carlos.....	229
99.002081-9	— Rio do Sul.....	177
99.002588-8	— Campos Novos.....	212
99.003551-4	— Capital.....	187
99.005389-0	— Blumenau.....	219
99.005723-2	— São José.....	222
99.008235-0	— Blumenau.....	227
99.008626-7	— Timbó.....	234
99.013450-4	— Canoinhas.....	237

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

98.012054-3	— Lebon Régis.....	19
99.001645-5	— Capital.....	34
99.001647-1	— Capital.....	27

APELAÇÕES CRIMINAIS

97.003885-2	— Mafra.....	440
97.011154-1	— Blumenau.....	550
97.013732-0	— Curitibaanos.....	469
97.014855-0	— Videira.....	474
98.001071-3	— Capital.....	445
98.001610-0	— São Joaquim.....	480
98.005488-5	— São Joaquim.....	558
98.005588-1	— Chapecó.....	455
98.008305-2	— São Carlos.....	567

98.010027-5	— Tijucas.....	499
98.011631-7	— Balneário Camboriú.....	508
99.001194-1	— Criciúma.....	460
99.002671-0	— Itajaí.....	529
99.003417-8	— Lages.....	534
99.006783-1	— Itajaí.....	540
99.007916-3	— Palmitos.....	592
99.009551-7	— Caçador.....	609
99.011123-7	— Chapecó.....	562
99.012428-2	— Itajaí.....	487
99.013775-9	— Ponte Serrada.....	543
99.013930-1	— Xanxerê.....	489
99.015152-2	— Capital.....	565
99.017009-8	— São José.....	497

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL

98.015329-8	— Balneário Camboriú.....	372
-------------	---------------------------	-----

EMBARGOS INFRINGENTES

98.012866-8	— Capital.....	374
-------------	----------------	-----

HABEAS CORPUS

98.010983-3	— Joinville.....	414
99.008921-5	— Joinville.....	398
99.011260-8	— São Francisco do Sul.....	393
99.012166-6	— Palhoça.....	421
99.012542-4	— Capital.....	426
99.014416-0	— Blumenau.....	407
99.014814-9	— Itajaí.....	387
99.015474-2	— Blumenau.....	418

INQUÉRITO

99.009143-0	— Gaspar.....	642
-------------	---------------	-----

MANDADOS DE SEGURANÇA

99.001393-6	— Capital.....	649
99.007185-5	— Capital.....	659

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

99.018685-7	— Criciúma.....	699
99.020532-0	— Timbó.....	701

RECURSOS CRIMINAIS

97.009433-7	— Jaraguá do Sul.....	433
99.012546-7	— São Francisco do Sul.....	436

RECURSOS DE AGRAVO

99.012562-9	— Capital.....	616
99.017905-2	— Capital.....	621

RECURSOS ESPECIAIS

177.540	— Santa Catarina (STJ)	685
208.605	— Santa Catarina (STJ)	692

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

222.213-1	— Santa Catarina (STF).....	671
227.642-7	— Santa Catarina (STF).....	676

REVISÕES CRIMINAIS

97.007500-6	— Criciúma.....	626
97.008383-1	— Chapecó	629

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

AÇÃO

- Carência — Inocorrência. Documento essencial. Juntada no curso da lide e fora da oportunidade processual própria. Possibilidade. Preliminar afastada. 177

AÇÃO ANULATÓRIA

- Ato jurídico — Contrato de compra e venda. Pacto celebrado por mulher analfabeta, surda e quase muda, porém não interdita. Higiidez mental atestada por seu médico e por outros indícios. Comprovação. Vício de vontade indemonstrado. Ato jurídico perfeito. Recurso provido. 133
- Ato jurídico — Contrato de compra e venda. Prescrição. Inocorrência. Prazo vintenário. Incidência do art. 177, primeira parte, do CC. 133
- Ato jurídico — Morte do demandado após o encerramento da instrução processual. Decisão prolatada sem a suspensão do processo para a habilitação do espólio. Possibilidade. Exegese do art. 265, § 1º, alínea b, do CPC. 133

AÇÃO CAUTELAR

- Vide Medida cautelar.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

- Taxa de Iluminação Pública — TIP. Demanda que visa a obstar a cobrança do tributo. Incabimento. Via inadequada. Recurso especial provido. Maioria de votos. 685

AÇÃO DE ALIMENTOS

- Vide Alimentos.

AÇÃO DE COBRANÇA

- Abono salarial — Previdência privada. Concessão da verba aos trabalhadores na ativa. Extensão aos inativos. Obrigatoriedade.

- Complementação de aposentadoria. Fonte de custeio. Imposição apenas para a previdência oficial. Pleito procedente..... 187
- Autarquia estadual — Antecipação da tutela. Inadmissibilidade. Exegese do art. 10 da Lei n. 9.469/97. 359
- Contribuição confederativa — Empresa não filiada. Inexigibilidade. Desacolhimento do pleito. 163
- Seguro de vida — Segurado portador do vírus HIV. Conhecimento da doença quando da celebração do contrato. Omissão. Má-fé configurada. Pleito improcedente. 87
- Sindicato — Taxa assistencial. Contribuição decorrente de convenção coletiva do trabalho. Competência da Justiça do Trabalho para processamento e julgamento. 163

AÇÃO DE DEPÓSITO

- Vide Depósito.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

- Vide Indenização.

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- Vide Investigação de paternidade.

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE

- Vide Possessória.

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO

- Vide Responsabilidade civil.

AÇÃO DECLARATÓRIA

- Inexistência de obrigação cambiária — Contrato de prestação de serviço. Multa compensatória. Emissão de duplicata para cobrança. Ilegalidade. Pleito procedente. 219
- Inexistência parcial de débito — Relação jurídica mercantil cambiária. Transação comercial hígida. Constatação. Pleito improcedente. Apelo desprovido..... 264

AÇÃO NEGATÓRIA

- Paternidade — Prescrição. Inocorrência. Matéria de ordem pública. Inaplicabilidade do art. 178, § 3º, do CPC. Prosseguimento do pleito determinado..... 212

AÇÃO ORDINÁRIA

- Obrigação de fazer — Compromisso de compra e venda. Imóvel. Adendo contratual. Alegação de saldo residual. Inocorrência. Adimplemento das obrigações pelo promissário comprador. Comprovação. Outorga da escritura determinada. Pleito procedente... 128

- Reconhecimento de direito — Funcionário público. Cargo comissionado. Agregação. Constitucionalidade. Gratificação. Ausência de direito à sua percepção. Servidores que não estavam no efetivo exercício do cargo quando da vigência do benefício. Pleito improcedente. 274

AÇÃO PENAL

- Denúncia — Inépcia. Inocorrência. Peça exordial que preenche os requisitos do art. 41 do CPP. 407 e 489
- Denúncia — Recebimento. Exordial que preenche os requisitos do art. 41 do CPP. 642
- Habeas corpus — Alegação de inépcia da denúncia e falta de justa causa. Argumentos improcedentes. Ordem denegada. 407
- Trancamento — Crime contra a economia popular. Usura pecuniária. Delito inconfigurado. Comissão sobre dívida. Transação comercial normal. Ausência de justa causa para deflagração da ação criminal. Ordem de habeas corpus concedida. 398

AÇÃO POPULAR

- Estado — Operação financeira. Letras Fiscais do Tesouro Estadual. Emissão. Indícios de irregularidade. Bloqueio liminar concedido. Sustação do pagamento. Possibilidade. Fumus boni juris e periculum in mora demonstrados. Recurso desprovido. 313
- Exceção de incompetência absoluta — Foro estadual. Descabimento. Inexistência de manifestação de interesse por parte de alguma das pessoas enumeradas no art. 109 da CF. Preliminar afastada. 313
- Liminar concedida — Terceiro atingido. Agravo de instrumento. Interposição. Legitimidade. Inteligência do art. 499, § 1º, do CPC. . 313

ACIDENTE DE TRÂNSITO

- Homicídio culposo — Imprudência do condutor do veículo. Caracterização. Culpa in committendo. Demonstração. Sentença absolutória reformada. 455

ACIDENTE DO TRABALHO

- Indenização do direito comum — Culpa do empregador in eligendo. Configuração. Aplicação da Súmula 341 do STF e art. 1.521, III, do CC. Sentença condenatória mantida. Recurso desprovido. Maioria de votos. 76

ADOÇÃO

- Plena — Menor. Deferimento. Destituição prévia do pátrio poder. Desnecessidade. Aplicação dos arts. 392, IV, do CC, e 169 do

ECA. Direito de visita da mãe biológica. Possibilidade. Prevalência do interesse da criança. Pleito procedente. 100

AGRAVO

— Vide Recurso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

— Vide Recurso.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

— Busca e apreensão — Conversão em ação de depósito. Prisão civil. Inadmissibilidade. Orientação advinda do STJ. Ordem de habeas corpus concedida. 387

ALIMENTOS

— Pensão — Mês de férias do alimentando. Pretendida isenção do pagamento da verba. Impossibilidade. Hipótese não prevista no acordo alimentício. Direito indisponível. Embargos improcedentes. 199

— Redução — Mulher jovem com condições para o trabalho remunerado e sem o encargo da criação dos filhos. 114

AMEAÇA

— Delito caracterizado — Agente que, após intimidar a vítima com o uso de uma faca, desiste do assalto e foge. 565

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

— Ação de cobrança — Autarquia estadual. Inadmissibilidade da tutela antecipada. Exegese do art. 10 da Lei n. 9.469/97. 359

— Concessão — Relevante fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final. Demonstração. Aplicação do art. 461, § 3º, do CPC. 366

APELAÇÃO CRIMINAL

— Vide Recurso crime.

APOSENTADORIA

— Magistrado — Licenças-prêmio não gozadas. Indenização. Cabitamento da verba sob pena de locupletamento indevido do Poder Público. 268

ARRENDAMENTO

— Mercantil — Imóvel. Reintegração de posse. Notificação prévia. Irregularidade. Ausência do valor do débito. Constatação. Mora

- não caracterizada. Liminar indeferida. Manutenção do decisum. Agravo desprovido. 306
- Mercantil — Leasing. Veículo. Transferência do bem pelo arrendatário a terceiro, sem consentimento do arrendador. Validade. Liberação do veículo condicionada ao pagamento das prestações à arrendadora. Aplicação do art. 572 do CPC. 65

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

- Vide Crime contra os costumes.

ATO ADMINISTRATIVO

- Autoridade incompetente — Ilegalidade. 27

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- Art. 17 274
- Art. 33 313

ATO ILÍCITO

- Vide Indenização.

ATO JURÍDICO

- Ação anulatória — Contrato de compra e venda. Pacto celebrado por mulher analfabeta, surda e quase muda, porém não interdita. Higiidez mental atestada por seu médico e por outros indícios. Comprovação. Vício de vontade indemonstrado. Ato jurídico perfeito. Recurso provido. 133

AUTARQUIA ESTADUAL

- Ação de cobrança — Antecipação da tutela. Inadmissibilidade. Exegese do art. 10 da Lei n. 9.469/97. 359

AUTORIA

- Negativa — Alegação dissociada do contexto probatório. Condenação mantida. 460
- Negativa — Improcedência. Conjunto probatório pericial e testemunhal carreado aos autos que demonstra a culpabilidade do apelante. 445

B**BUSCA E APREENSÃO**

- Alienação fiduciária — Conversão em ação de depósito. Prisão civil. Inadmissibilidade. Orientação advinda do STJ. Ordem de habeas corpus concedida. 387
- Caminhão — Liminar deferida. Bem considerado essencial às atividades da empresa devedora. Restituição até sentença final. Admissibilidade. Medida excepcional mantida..... 339

C**CAMBIAL**

- Duplicata — Contrato de prestação de serviço. Emissão da cártula para cobrança de multa compensatória. Ilegalidade. 219
- Duplicata — Protesto ilícito. Inscrição indevida no SPC. Constataçãõ. Dano moral configurado. Indenização devida. 222

CÁRCERE PRIVADO

- Delito descaracterizado — Ausência de dolo na conduta do agente. Comprovação. Absolvição decretada. Aplicação do art. 386, III, do CPP. 534

CARÊNCIA DA AÇÃO

- Vide Ação.

CERCEAMENTO DE DEFESA

- Caracterização — Testemunha. Descumprimento do disposto no art. 405 do CPP. Nulidade do processo. Ordem de habeas corpus concedida parcialmente. 414

CITAÇÃO

- Falta — Irregularidade suprida com a contestação da ação. Aplicação do art. 214, § 1º, do CPC. 93

CO-AUTORIA

- Caracterização — Pretendido reconhecimento da participação de menor importância. Inadmissibilidade. Agente que colaborou para a consumação do crime. 629

COCAÍNA

- Vide Crime contra a saúde pública.

CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA (Lei n. 7.565/1986)

- Art. 215..... 155

CÓDIGO CIVIL

- Art. 145..... 133
- Art. 147..... 133
- Art. 159..... 3, 56, 76, 144 e 193
- Art. 170, I..... 297
- Art. 177..... 133
- Art. 178, § 3º 212
- Art. 178, § 6º, II 297
- Art. 178, § 9º, V, *b*..... 133
- Art. 340..... 212
- Art. 342..... 212
- Art. 392, IV 100
- Art. 395..... 100
- Art. 492..... 234
- Art. 550..... 234
- Art. 758..... 203
- Art. 1.092, parágrafo único..... 256
- Art. 1.097..... 256
- Art. 1.168..... 234
- Art. 1.248..... 93
- Art. 1.249..... 93
- Arts. 1.256 e seguintes 321
- Art. 1.438..... 692
- Art. 1.443..... 87
- Art. 1.444..... 87
- Art. 1.462..... 692
- Art. 1.521, III 67, 76, 144 e 193
- Art. 1.522..... 193
- Art. 1.539..... 3

CÓDIGO COMERCIAL (Lei n. 556/1850)

- Art. 219..... 264

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 1º	155
— Art. 2º	155
— Art. 3º, § 2º	283 e 289
— Art. 6º, VI e VIII	155
— Art. 12	193
— Art. 14	155
— Art. 20	155
— Art. 51, I	155
— Art. 51, XVI	256
— Art. 52, § 1º	283 e 289
— Art. 53	256
— Art. 82, IV	685

CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 5.624/1979)

— Art. 83	361
— Art. 217	508

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 4º	264
— Art. 12, II	19
— Art. 20	540
— Art. 20, §§ 3º e 4º	251
— Art. 20, § 4º	199 e 274
— Art. 21	150, 268 e 283
— Art. 22	133
— Art. 70	366
— Art. 91	361
— Art. 94, caput	361
— Art. 100, IV, a	361
— Art. 125	222
— Art. 126	222
— Art. 128	251
— Art. 131	193
— Art. 145, §§ 1º e 2º	649
— Art. 183	354
— Art. 214, § 1º	93
— Art. 236, § 1º	337
— Art. 250	227
— Art. 259, VI	199
— Art. 265	306
— Art. 265, § 1º, a e b	133

— Art. 273.....	93, 359 e 366
— Art. 276.....	177
— Art. 283.....	177
— Art. 294.....	60
— Art. 330.....	65
— Art. 330, I.....	243, 256 e 264
— Art. 331, I.....	256
— Art. 333, I.....	3
— Art. 333, I e II.....	53
— Art. 333, II.....	363
— Art. 364.....	177
— Art. 396.....	177
— Art. 397.....	177
— Art. 405, § 3º, IV.....	144
— Art. 414, § 1º.....	144
— Art. 447.....	256
— Art. 458.....	60
— Art. 458, II e III.....	114
— Art. 461.....	65 e 366
— Art. 462.....	76
— Art. 465.....	251
— Art. 468.....	60
— Art. 469, I.....	60
— Art. 472.....	251
— Art. 475, II.....	359
— Art. 499, § 1º.....	313
— Art. 511.....	380
— Art. 524.....	295
— Art. 526.....	363
— Art. 527, III.....	354
— Art. 530, segunda parte.....	374
— Art. 557, § 1º.....	380
— Art. 572.....	65
— Art. 585, II.....	289
— Art. 586.....	227
— Art. 614, II.....	41, 51 e 283
— Art. 618, I.....	38, 41 e 87
— Art. 620.....	321
— Arts. 639 e seguintes.....	128
— Art. 655.....	299 e 321
— Art. 656, III e IV.....	299
— Art. 656, parágrafo único.....	321
— Art. 668.....	299
— Art. 738, I.....	354

— Art. 740, parágrafo único.....	283
— Art. 796.....	264
— Art. 904.....	369
— Art. 921, I.....	256
— Art. 927.....	93 e 234
— Art. 928, primeira parte.....	93
— Art. 1.121, parágrafo único.....	114

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 3º.....	540
— Art. 41.....	407, 489 e 642
— Art. 43.....	642
— Art. 61.....	609
— Art. 158.....	550
— Art. 159.....	642
— Art. 252.....	508
— Art. 301.....	534
— Art. 310, parágrafo único.....	421
— Art. 312.....	407, 421 e 433
— Art. 381, III.....	534
— Art. 383.....	393 e 418
— Art. 384, parágrafo único.....	393
— Art. 386, III.....	487 e 534
— Art. 386, VI.....	407, 455, 474, 508, 540, 543, 562 e 592
— Arts. 394 e seguintes.....	418
— Art. 401.....	418
— Art. 405.....	414
— Art. 409.....	436
— Art. 475.....	469
— Art. 484, III.....	567
— Art. 563.....	534
— Art. 564.....	508
— Art. 564, parágrafo único.....	567
— Art. 566.....	534
— Art. 571, II.....	534
— Art. 580.....	460 e 562
— Art. 593, I.....	499, 508 e 592
— Art. 593, III, a e d.....	469, 497, 558 e 567
— Art. 593, III, d.....	529
— Art. 593, III, c e d.....	567
— Art. 598 e parágrafo único.....	455
— Art. 648, I.....	398
— Art. 662.....	421
— Art. 804.....	540

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (Lei n. 9.271/1996)

— Art. 366.....	433
-----------------	-----

CÓDIGO PENAL

— Art. 121, caput.....	567
— Art. 121, § 1º.....	497
— Art. 121, § 2º, I.....	529
— Art. 121, § 2º, I, II e IV.....	567
— Art. 121, § 2º, II e IV.....	436, 469 e 558
— Art. 121, § 2º, IV.....	497
— Art. 121, § 3º.....	455, 469 e 567
— Art. 121, §§ 3º e 4º.....	592
— Art. 129, caput.....	393 e 469
— Art. 129.....	460
— Art. 135.....	469
— Art. 140.....	540
— Art. 146, caput.....	567
— Art. 147.....	565
— Art. 148, caput.....	534
— Art. 155, caput.....	609
— Art. 155, § 2º.....	460 e 609
— Art. 155, § 4º, I e IV.....	460
— Art. 155, § 4º, III.....	487
— Art. 155, § 4º, III e IV.....	421
— Art. 155, § 4º, IV.....	433
— Art. 157, § 2º, I.....	565
— Art. 157, § 2º, I e II.....	626 e 629
— Art. 157, § 3º, in fine.....	629
— Art. 171, caput.....	489
— Art. 171.....	407
— Art. 213, caput.....	480, 543 e 626
— Art. 214, caput.....	480
— Art. 223.....	480
— Art. 223, parágrafo único.....	543
— Art. 224, a.....	480
— Art. 225.....	480
— Art. 228, §§ 1º, 2º e 3º.....	418
— Art. 228, caput e §§ 1º e 3º.....	474
— Art. 229.....	418 e 474
— Art. 230, caput e § 1º.....	474
— Art. 230, §§ 1º e 2º.....	418
— Art. 288.....	407 e 489
— Art. 299.....	418

— Art. 307.....	487
— Art. 316.....	550
— Art. 327.....	426
— Art. 360.....	426

CÓDIGO PENAL (Lei n. 7.209/1984)

— Art. 1º	499
— Art. 12.....	426, 616 e 621
— Art. 13, § 2º e alíneas	543 e 592
— Art. 14, II.....	436, 480, 487, 497, 565 e 567
— Art. 15.....	480 e 565
— Art. 21.....	440
— Art. 29.....	469, 489, 543, 550, 567 e 629
— Art. 30.....	460
— Art. 32.....	426
— Art. 49.....	440, 445 e 629
— Art. 49, § 1º	460
— Art. 59.....	393, 445, 455, 460, 487, 489, 499, 508, 550, 609, 621 e 629
— Art. 60, caput.....	445 e 460
— Art. 60, § 2º	440
— Art. 61.....	460
— Art. 61, I.....	508 e 629
— Art. 61, II, f.....	567
— Art. 62.....	460 e 508
— Art. 62, I.....	489
— Art. 65, I.....	567
— Art. 65, I e III, d.....	487
— Art. 65, II e III, e e d.....	440
— Art. 65, III, d.....	508
— Art. 69.....	469, 487 e 489
— Art. 70.....	567
— Art. 71.....	474, 489 e 626
— Art. 71, parágrafo único.....	567
— Art. 77.....	499, 508 e 550
— Art. 92.....	508
— Art. 101.....	480
— Art. 109, VI.....	609
— Art. 110, §§ 1º e 2º	609

CÓDIGO PENAL (Lei n. 9.268/1996)

— Art. 92, I.....	393 e 550
-------------------	-----------

CÓDIGO PENAL (Lei n. 9.714/1998)

— Art. 44.....	426, 455, 499 e 621
----------------	---------------------

- Art. 44, I 460 e 616
- Art. 44, III 489 e 616

CÓDIGO PENAL MILITAR (Decreto-Lei n. 1.001/1969)

- Art. 55 426
- Art. 305 426
- Art. 319 426

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

- Art. 151, IV 291

COISA JULGADA

- Inocorrência — Direito de pleitear, em ação própria, verba não pedida em ação anterior. 60

COMODATO

- Imóvel — Pacto verbal. Reintegração de posse. Interpelação judicial do comodatário para a devolução do bem. Inatendimento. Esbulho caracterizado. Pleito procedente. 234
- Verbal — Imóvel. Ação de reintegração do bem. Alegação de ilegitimidade passiva ad causam. Inocorrência. Citação. Irregularidade suprida com a contestação da ação. Pleito procedente. Sentença confirmada. 93

COMPETÊNCIA

- Ação de cobrança — Sindicato. Taxa assistencial. Contribuição decorrente de convenção coletiva do trabalho. Competência da Justiça do Trabalho para processamento e julgamento. 163
- Ação de reintegração em cargo público — Interposição contra o Estado. Aplicação dos arts. 94, caput, e 100, IV, letra a, do CPC. ... 361
- Exceção de incompetência — Arguição. Relação de representação comercial autônoma. Prevalência do foro do representante comercial. Aplicação do art. 1º da Lei n. 8.420/92. 295
- Exceção de incompetência absoluta — Foro estadual. Descabimento. Inexistência de manifestação de interesse por parte de alguma das pessoas enumeradas no art. 109 da CF. Preliminar afastada. 313

COMPRA E VENDA

- Contrato — Ação anulatória de ato jurídico. Pacto celebrado por mulher analfabeta, surda e quase muda, porém não interdita. Higiene mental atestada por seu médico e por outros indícios. Comprovação. Vício de vontade indemonstrado. Ato jurídico perfeito. Recurso provido. 133

- Imóvel — Adquirentes inadimplentes. Configuração. Resolução do contrato. Reintegração de posse. Possibilidade. Perda parcial das prestações pagas pela indevida utilização do bem. Cabimento. Perdas e danos. Prefixação. Admissibilidade. Recurso dos réus desprovido e apelo adesivo da autora parcialmente provido. 256

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

- Vide Promessa de compra e venda.

CONCORDATA

- Suspensiva — Concessão. Possibilidade da reabilitação do grupo empresarial demonstrada. Aplicação do princípio da continuidade da empresa. Decisão denegatória reformada. Agravo provido. ... 341

CONCUSSÃO

- Vide Crime contra a administração pública.

CONDOMÍNIO

- Hipoteca — Unidade autônoma. Débito liquidado. Liberação do gravame. Admissibilidade. Maioria de votos. 203

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (Lei n. 5.452/1943)

- Art. 457, § 1º 187
- Art. 600, § 1º, a 163

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

- 1989 — Art. 50, § 2º 274

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- 1988 — Art. 5º, I 295
- Art. 5º, V 60 e 155
- Art. 5º, X 155
- Art. 5º, XII 550
- Art. 5º, XXI 649
- Art. 5º, XXXII 155
- Art. 5º, XXXVI 274 e 671
- Art. 5º, XXXIX 499
- Art. 5º, XLIII 616
- Art. 5º, XLVI 426 e 445
- Art. 5º, XLVII 426
- Art. 5º, LV 440
- Art. 5º, LVII 445
- Art. 5º, LXVII 369 e 387
- Art. 5º, LXX 649
- Art. 7º, IV, in fine 251
- Art. 7º, XXVII e XXVIII 76
- Art. 7º, XXVIII 3

— Art. 8º, II.....	676
— Art. 8º, IV e V.....	163
— Art. 15, III.....	550
— Art. 37, caput.....	27
— Art. 37, XIII.....	274
— Art. 37, XV.....	274
— Art. 52, IX.....	313
— Art. 61, § 1º, II, a.....	274
— Art. 61, § 1º, a e c.....	659
— Art. 93.....	268
— Art. 93, IX.....	366
— Art. 109.....	313
— Art. 146, III, a e b.....	163
— Art. 149.....	163
— Art. 169.....	659
— Art. 170, V.....	155 e 193
— Art. 187.....	41
— Art. 192, § 3º.....	283 e 398
— Art. 195, § 5º.....	187
— Art. 227.....	100 e 212
— Art. 229.....	100
— Art. 243, parágrafo único.....	508

CONSTRANGIMENTO ILEGAL

- Configuração — Excesso de prazo na formação da culpa. Comprovação. Instrução não encerrada. Demora injustificada. Ordem de habeas corpus concedida. 418

CONTRATO

- Abertura de crédito — Conta corrente. Execução. Pacto instruído com o demonstrativo de débito atualizado. Título executivo extrajudicial configurado. Exegese do art. 614, II, do CPC..... 51
- Abertura de crédito em conta corrente — Título executivo extrajudicial. Inconfiguração. Inviabilidade do manejo da execucional. Aplicação da Súmula 14 do TJSC. 227
- Cessão de direitos — Anuência do promitente vendedor. Desnecessidade. 243
- Compra e venda — Ação anulatória de ato jurídico. Pacto celebrado por mulher analfabeta, surda e quase muda, porém não interdita. Higiidez mental atestada por seu médico e por outros indícios. Comprovação. Vício de vontade indemonstrado. Ato jurídico perfeito. Recurso provido. 133
- Compra e venda — Imóvel. Adquirentes inadimplentes. Configuração. Resolução da avença. Possibilidade. Exegese do art. 1.092, parágrafo único, do CC. 256
- Financiamento direto ao consumidor — Execução. Embargos do devedor. Título executivo extrajudicial hígido. Constatação. Re-

quisitos do art. 585 do CPC preenchidos. Embargos improcedentes.....	289
— Prestação de serviço — Multa compensatória. Emissão de duplicata para cobrança. Ilegalidade. Declaratória de inexigibilidade de cambial procedente.....	219
— Rescisão — Cumulação com perdas e danos. Incorporadora. Atraso na construção de prédio. Comprovação. Culpa caracterizada. Pleitos procedentes.....	243
CRIME CONTINUADO	
— Critério para fixação na dosagem da pena.....	626
CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	
— Concussão — Delito caracterizado. Condenação mantida.....	550
— Concussão — Exame de corpo de delito. Impossibilidade. Delito formal que não deixa vestígios. Inaplicabilidade do art. 158 do CPP.....	550
CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR	
— Usura pecuniária — Delito inconfigurado. Comissão sobre dívida. Transação comercial normal. Ausência de justa causa para deflagração da demanda criminal. Ordem concedida. Trancamento da ação penal.....	398
CRIME CONTRA A HONRA	
— Injúria — Queixa-crime. Pleito improcedente. Condenação do querelante em honorários advocatícios. Cabimento em tese.....	540
CRIME CONTRA A PAZ PÚBLICA	
— Quadrilha ou bando — Conexão com estelionato. Delitos caracterizados. Concurso de agentes. Reconhecimento. Comprovação da reunião dos réus para a prática de crimes. Condenação mantida.....	489
CRIME CONTRA A SAÚDE	
— Narcotraficância — Cocaína e maconha. Negativa de autoria. Improcedência. Desclassificação do delito para a forma prevista no art. 16 da Lei de Tóxicos. Inadmissibilidade. Condição de usuária e viciada na droga. Situação que não impede a figura de traficante. Condenação mantida.....	445
CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA	
— Maconha — Uso próprio. Réu confesso. Conjunto probatório amparado no termo de apreensão da droga, exame toxicológico e prova testemunhal. Condenação mantida.....	440

- Narcotraficância — Condenação. Crime hediondo. Pena. Cumprimento em regime fechado. Apelo ministerial provido. Maioria de votos..... 445
- Narcotraficância — Materialidade e autoria. Comprovação. Infração ao art. 12 da Lei Antitóxicos perfectibilizada. Agente que se diz viciado. Condição que não exclui a sua responsabilidade como traficante. Recurso ministerial provido. 499
- Narcotraficância — Prova inconcludente e dúvida acerca da autoria. Absolvição mantida. Recurso ministerial desprovido..... 508
- Tóxico — Uso próprio. Agentes surpreendidos por policiais após o consumo da droga. Conduta atípica. Demonstração. Absolvição decretada. Inteligência do art. 16 da Lei n. 6.368/76. 562
- Tráfico de entorpecente — Condenação. Majorante da associação. Configuração. Réus que se uniram para receber determinada quantidade de maconha. Recurso ministerial provido. 508
- Tráfico de entorpecente — Condenação. Majorante da associação. Descabimento. Co-réu transportador da droga. Conduta realizada exclusivamente por ele. Pleito ministerial desprovido. 508
- Tráfico de entorpecente — Condenação. Reprimenda inferior a quatro anos. Pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inviabilidade. Aplicação da Lei n. 8.072/90. 621
- Tráfico de entorpecente — Delito caracterizado. Consentimento do uso da moradia como local de consumo da droga. Conduta inserida no art. 12, § 2º, II, da Lei n. 6.368/76. Condenação mantida.. 562
- Tráfico de entorpecente — Pretendida substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos. Impossibilidade. Crime hediondo. Circunstâncias judiciais do art. 59 do CP desfavoráveis ao réu. Recurso desprovido. 616
- Tráfico de entorpecente — Prova abundante da participação delitosa do acusado na mercancia ilegal. Depoimentos de policiais e delação de co-réu. Validade. Recurso ministerial provido. Condenação..... 508
- Tráfico de maconha — Réu que transporta grande quantidade da droga camuflada no interior de tanque de combustível de veículo. Comprovação. Confissão aliada à farta prova testemunhal. Condenação mantida..... 508

CRIME CONTRA OS COSTUMES

- Atentado violento ao pudor — Condenação. Aumento de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/90. Exclusão. Ausência de laudo comprobatório das lesões causadas na vítima. 480
- Estupro — Morte. Responsabilidade pela segurança da vítima. Obrigação indemonstrada. Omissão imprópria inconfigurada. De-

- lito do art. 13, § 2º, letra c, do CP, não tipificado. Absolvição mantida. 543
- Favorecimento da prostituição — Prova testemunhal relutante e contraditória. Indícios emergentes do inquérito policial sem a garantia do contraditório. Absolvição decretada. Exegese do art. 386, VI, do CPP..... 474
- Tentativa de estupro e atentado violento ao pudor — Vítima menor. Desistência voluntária quanto ao crime tentado. Caracterização. Absolvição decretada. Condenação mantida, contudo, no delito do art. 214 do CP. 480

CUSTAS

- Processuais — Pagamento. Dispensabilidade. Impossibilidade em face das condições econômicas do apelante. 440

D

DANO ESTÉTICO

- Produto dermatológico — Lesões no rosto da paciente. Comprovação. Responsabilidade do laboratório caracterizada. Indenização devida..... 193

DANO MORAL

- Cumulação com dano estético — Admissibilidade. Ressarcimento devido..... 67
- Cumulação com dano material — Admissibilidade. Exegese da Súmula 37 do STJ..... 193
- Indenização — Atropelamento. Óbito de menor. Redução da verba considerando a situação econômica de ambos os demandantes. Recurso parcialmente provido. 229
- Indenização — Duplicata. Protesto ilícito. Inscrição indevida no SPC. Constatação. Pleito procedente..... 222
- Indenização — Morte por eletrocussão. Cabimento da verba. Cumulação com dano material. Admissibilidade. Aplicação da Súmula 37 do STJ. 60
- Indenização — Quantificação da verba. 222
- Produto dermatológico — Lesões no rosto da paciente. Comprovação. Responsabilidade do laboratório caracterizada. Indenização devida..... 193
- Transporte aéreo — Bagagem. Extravio. Indenização por danos morais e patrimoniais. Verba devida. 155

DENÚNCIA

- Inépcia — Inocorrência. Peça exordial que preenche os requisitos do art. 41 do CPP. 407 e 489
- Recebimento — Exordial que preenche os requisitos do art. 41 do CPP. 642

DENUNCIÇÃO DA LIDE

- Deferimento — Relação processual entre o réu denunciante e o terceiro denunciado. Intervenção do autor para questionar a admissibilidade da denúncia. Ilegitimidade. 366

DEPÓSITO

- Prévio — Recurso administrativo tributário. Desobrigatoriedade. Agravo provido. Maioria de votos. 291
- Prisão civil — Decretação. Depositário infiel. Valor do bem depositado inferior ao do saldo devedor. Responsabilidade do depositário da quantia remanescente, agora como dívida comum. Suspensão da segregação. Exegese do art. 5º, LXVII, da CF. 369

DESERÇÃO

- Agravo — Preparo. Incomprovação do recolhimento no ato da interposição do apelo. Deserção caracterizada. 380

DESPACHO DA VICE-PRESIDÊNCIA

- Ação civil pública — Município. Pagamento de precatórios. Liminar que decreta a indisponibilidade de verba municipal. Suspensão. Medida provisória que viola o art. 2º da Lei n. 8.437/92 e acarreta grave prejuízo à municipalidade. 701
- Mandado de segurança — Ameaça de corte no fornecimento de energia elétrica a município. Inadmissibilidade. Comprometimento do princípio que assegura a continuidade do serviço público. Liminar mantida. 699

DIREITO AUTORAL

- Cobrança pelo Ecad — Legitimidade. Reconhecimento. Aplicação do art. 104 da Lei n. 5.988/73. 350

DOCUMENTO

- Essencial — Juntada no curso da lide e fora da oportunidade processual própria. Possibilidade. Aplicação do art. 397 do CPC. ... 177
- Novo — Apresentação em Plenário do Júri sem prévia comunicação à parte contrária. Vedação. Inteligência do art. 475 do CPP. ... 469

DOCTRINA

- Reparação civil nas ações acidentárias: Um enfoque relativo aos Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho — DORT
- Janio de Souza Machado, Juiz de Direito. 3

DUPLICATA

- Vide Cambial.

E**EMBARGOS À EXECUÇÃO**

- Vide Execução.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

- Vide Recurso.

EMBARGOS DO DEVEDOR

- Execução — Contrato. Abertura de crédito em conta corrente. Pacto instruído com o demonstrativo de débito atualizado. Título executivo extrajudicial configurado. Exegese do art. 614, II, do CPC. Recurso provido. 51
- Execução — Contrato. Financiamento direto ao consumidor. Título executivo extrajudicial hígido. Constatação. Requisitos do art. 585 do CPC preenchidos. Embargos improcedentes. 289
- Execução — Imóvel. Bem objeto de escritura pública de confissão de dívida. Garantia hipotecária. Título hígido. Penhora. Admissibilidade. Constrição regular. Hipótese do art. 3º, V, da Lei n. 8.009/98. 283
- Execução — Nulidade. Reconhecimento. Títulos não acompanhados de demonstrativo do débito. Ausência do requisito da exigibilidade. Aplicação do arts. 614, II, e 618, I, ambos do CPC. Maioria de votos. 41
- Execução — Título executivo. Falta dos requisitos da certeza, liquidez e precisão. Anulação da executiva. Exegese do art. 618, I, do CPC. Sentença reformada. 38

EMBARGOS INFRINGENTES

- Vide Recurso.

EMENDA CONSTITUCIONAL

- N. 1/1969 — Art. 112, parágrafo único 268

ESTADO

- Vide Pessoa jurídica de direito público.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

— Art. 22.....	100
— Art. 24.....	100
— Art. 41.....	100
— Art. 45.....	100
— Art. 47, §§ 1º, 5º e 6º.....	100
— Art. 155.....	100
— Art. 169.....	100

ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.745/1985)

— Art. 78.....	671
— Art. 90.....	274
— Art. 189.....	671

ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n. 8.906/1994)

— Art. 23.....	243
----------------	-----

ESTELIONATO

— Conexão com quadrilha — Delitos caracterizados. Concurso de agentes. Reconhecimento. Comprovação da obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio. Condenação mantida.	489
— Habeas corpus — Denúncia. Inépcia. Inocorrência. Alegação de mero ilícito civil. Insubsistência. Falta de justa causa para deflagração da ação penal. Inconfiguração. Prisão preventiva. Pressupostos presentes. Ordem denegada.	407

ESTUPRO

- Vide Crime contra os costumes.

EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA

- Vide Competência.

EXECUÇÃO

— Embargos — Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Título executivo extrajudicial. Inconfiguração. Aplicação da Súmula 14 do TJSC. Conversão da execucional em ação de rito ordinário. Inadmissibilidade. Recurso desprovido.....	227
— Embargos — Prazo. Prorrogação. Impossibilidade. Ausência dos requisitos do art. 183, § 1º, do CPC.....	354

- Embargos do devedor — Contrato. Abertura de crédito em conta corrente. Pacto instruído com o demonstrativo de débito atualizado. Título executivo extrajudicial configurado. Exegese do art. 614, II, do CPC. Recurso provido..... 51
- Embargos do devedor — Contrato. Financiamento direto ao consumidor. Título executivo extrajudicial hígido. Constatação. Requisitos do art. 585 do CPC preenchidos. Embargos improcedentes.... 289
- Embargos do devedor — Imóvel. Bem objeto de escritura pública de confissão de dívida. Garantia hipotecária. Título hígido. Penhora. Admissibilidade. Construção regular. Hipótese do art. 3º, V, da Lei n. 8.009/98..... 283
- Embargos do devedor — Nulidade da execucional. Reconhecimento. Títulos não acompanhados de demonstrativo do débito. Ausência do requisito da exigibilidade. Aplicação dos arts. 614, II, e 618, I, ambos do CPC. Maioria de votos..... 41
- Embargos do devedor — Título executivo. Falta dos requisitos da certeza, liquidez e precisão. Anulação da execucional. Exegese do art. 618, I, do CPC. Sentença reformada..... 38
- Penhora — Nomeação de apólices da dívida pública federal. Admissibilidade. Prescrição. Inocorrência. Gradação legal do art. 655 do CPC respeitada. Deferimento da construção. Recurso provido. 321
- Penhora — Pretendida construção sobre bens gravados. Incabimento. Nomeação de bens fora do juízo da execucional. Admissibilidade. Aplicação do princípio menos gravoso ao devedor. Exegese do art. 620 do CPC. Agravo desprovido..... 299

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

- Decretação — Prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa..... 565
- Decretação de ofício — Prescrição da pretensão punitiva. 609

F

FALSA IDENTIDADE

- Delito caracterizado — Acusado que se atribui nome falso para eximir-se da culpa. Condenação..... 487

FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO

- Vide Crime contra os costumes.

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

- Ação ordinária — Reconhecimento de direito. Cargo comissionado. Agregação. Constitucionalidade. Gratificação. Ausência de direito à sua percepção. Servidores que não estavam no efetivo exercício do cargo quando da vigência do benefício. Pleito improcedente. Remessa e recurso providos. 274
- Licença-prêmio — Conversão em dinheiro. Indeferimento. Locupletamento indevido da administração. Violação a direito adquirido. Indenização devida. 671
- Mandado de segurança — Estágio probatório. Exoneração e invalidação de promoções. Ausência do devido processo legal. Inadmissibilidade. Segurança concedida. Recurso e remessa desprovidos. 19
- Mandado de segurança — Gratificação. Concessão ao arrepio do princípio da reserva legal. Inconstitucionalidade e ilegalidade do benefício. Configuração. Ordem denegada. 659

FURTO PRIVILEGIADO

- Incompatibilidade no furto qualificado. 460

FURTO QUALIFICADO

- Condenação — Pretendida absolvição por insuficiência de provas. Improcedência. Desclassificação do delito para a forma tentada. Inacolinimento. Benefício do furto privilegiado. Inaplicabilidade. Pena. Adequação. Recurso parcialmente provido. 460

FURTO SIMPLES

- Delito caracterizado — Depoimento firme e seguro da vítima corroborado pelas testemunhas presenciais. Materialidade comprovada. Prova suficiente. Condenação mantida. 609
- Delito caracterizado — Privilégio do § 2º do art. 155 do CP. Concessão. Desnecessidade de o réu ter bons antecedentes. 609

H

HABEAS CORPUS

- Alienação fiduciária — Busca e apreensão. Conversão em ação de depósito. Prisão civil. Inadmissibilidade. Orientação advinda do STJ. Ordem concedida. 387

- Crime militar — Condenação. Pena privativa de liberdade. Pretendida substituição por restritiva de direito. Impossibilidade. Ausência de previsão legal no CPM. 426
- Estelionato — Denúncia. Inépcia. Inocorrência. Alegação de mero ilícito civil. Insubsistência. Falta de justa causa para deflagração da ação penal. Inconfiguração. Prisão preventiva. Pressupostos presentes. Ordem denegada. 407
- Excesso de prazo — Comprovação. Instrução não encerrada. Demora injustificada. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida. 418
- Impetração para análise da dosimetria da pena — Impossibilidade. Writ não conhecido. 393
- Impetração para o reconhecimento de nulidades processuais e da própria sentença — Cabimento. Conhecimento do writ. Arguições inconsistentes. Demonstração. Ordem denegada. 393
- Nulidade processual — Cabimento da declaração no âmbito restrito do writ. 414
- Prisão preventiva — Ausência de fundamentação. Caracterização. Ordem concedida. 421
- Processo crime — Matéria nova não analisada por ocasião da apelação. Reexame da questão pela via do writ. Possibilidade. Conhecimento. 426
- Suspeição de magistrado — Arguição. Impossibilidade. Procedimento impróprio. 393
- Testemunha — Descumprimento do disposto no art. 405 do CPP. Cerceamento de defesa caracterizado. Nulidade do processo. Ordem parcialmente concedida. 414
- Trancamento da ação penal — Exame perfunctório de matéria não controvertida. Admissibilidade no âmbito restrito do writ. 398
- Usura pecuniária — Delito não caracterizado. Comissão sobre dívida. Transação comercial normal. Crime contra a economia popular inconfigurado. Ausência de justa causa para deflagração da demanda criminal. Ordem concedida. Trancamento da ação penal. 398

HIPOTECA

- Condomínio — Unidade autônoma. Débito liquidado. Liberação do gravame. Admissibilidade. Maioria de votos. 203

HOMICÍDIO CULPOSO

- Acidente de trânsito — Imprudência. Caracterização. Culpa in committendo. Demonstração. Sentença absolutória reformada. 455
- Erro médico — Negligência no diagnóstico. Dúvida. Aplicação do art. 386, VI, do CPP. Absolvção mantida. 592

HOMICÍDIO QUALIFICADO

- Duplamente — Forma tentada e consumada. Alegação de ausência de animus necandi. Improcedência. Crimes praticados com premeditação. Motivo fútil e surpresa. Primeira qualificadora inconfigurada. Exclusão. Pronúncia mantida. 436
- Júri — Alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Veredicto com suporte na prova. Condenação mantida. 567
- Júri — Alegada decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Apelo desprovido. 558
- Júri — Motivo torpe. Reconhecimento pelo Tribunal do Júri. Desforra isenta de ignomínia e abjeção. Hipótese que não caracteriza a torpeza do ato praticado. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Julgamento anulado. 529
- Júri — Nulidade posterior à pronúncia. Deficiência de quesitos. Caracterização. Contradição na resposta dos jurados. Novo julgamento ordenado. 567
- Júri — Nulidade posterior à pronúncia. Inocorrência. Sorteio dos jurados. Intimação da defesa. Desnecessidade. Aplicação dos arts. 427 e 428, ambos do CPP. Preliminar afastada. 567

HONORÁRIOS DE ADVOGADO

- Assistência judiciária — Fixação da verba consoante entendimento do art. 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50. 229
- Fixação da verba — Inconformismo. Recurso em nome próprio do advogado na fase de conhecimento do processo. Impossibilidade. Interpretação do art. 23 do Estatuto da Advocacia. 243
- Fixação em salários mínimos — Aplicação não recomendável. Exegese do art. 7º, IV, in fine, da CF, e Súmula 201 do STJ. 251
- Queixa-crime — Injúria. Pleito improcedente. Condenação do querelante na verba advocatícia. Cabimento em tese. 540
- Redução — Incabimento. Fixação moderada. 227

I**ILEGITIMIDADE AD CAUSAM**

- Passiva — Inocorrência. Imóvel. Reintegração de posse. Como dato verbal. Contrato feito com pessoa física. Presença apenas desta no pólo passivo. Posse atualmente exercida por pessoa ju-

rídica. Sociedade familiar. Equivalência a firma particular. Legitimidade reconhecida. Preliminar rejeitada. 93

IMÓVEL

- Arrendamento mercantil — Reintegração de posse. Notificação prévia. Irregularidade. Ausência do valor do débito. Constatação. Mora não caracterizada. Liminar indeferida. Manutenção do decumsum. Agravo desprovido. 306
- Comodato — Pacto verbal. Reintegração de posse. Interpelação judicial do comodatário para a devolução do bem. Inatendimento. Esbulho caracterizado. Pleito procedente. 234
- Compra e venda — Adquirentes inadimplentes. Configuração. Resolução do contrato. Reintegração de posse. Possibilidade. Perda parcial das prestações pagas pela indevida utilização do bem. Cabimento. Perdas e danos. Prefixação. Admissibilidade. Recurso dos réus desprovido e apelo adesivo da autora parcialmente provido. 256
- Compromisso de compra e venda — Adendo contratual. Ação ordinária de obrigação de fazer. Alegação de saldo residual. Inocorrência. Adimplemento das obrigações pelo promissário comprador. Comprovação. Outorga da escritura determinada. Pleito procedente. 128
- Condomínio — Hipoteca. Unidade autônoma. Débito liquidado. Liberação do gravame. Admissibilidade. Maioria de votos. 203
- Construção clandestina e irregular — Demolição. Medida que se impõe. 357
- Demolição — Edificação em local de preservação ecológica. Área non aedificandi. Obra clandestina. Constatação. Direito a indenização inexistente. Pleito improcedente. 169
- Residencial — Bem objeto de escritura pública de confissão de dívida. Garantia hipotecária. Título hígido. Penhora. Admissibilidade. Construção regular. Hipótese do art. 3º, V, da Lei n. 8.009/98. 283
- Seguro habitacional — Danos físicos. Ação do segurado contra a seguradora. Lapso prescricional. Inocorrência. Inteligência do art. 170, I, do CC. 297

INDENIZAÇÃO

- Ato ilícito — Acidente do trabalho. Culpa in eligendo do empregador. Configuração. Aplicação da Súmula 341 do STF e do art. 1.521, III, do CC. Sentença condenatória mantida. Recurso desprovido. Maioria de votos. 76
- Ato ilícito — Atropelamento. Óbito de menor. Dano moral. Cabimento. Redução da verba considerando a situação econômica de ambos os demandantes. Recurso parcialmente provido. 229

- Dano moral e estético — Produto dermatológico. Lesões no rosto da paciente. Comprovação. Responsabilidade do laboratório caracterizada. Verba devida. Sentença confirmada. 193
- Funcionário público — Licença-prêmio. Conversão em dinheiro. Indeferimento. Locupletamento indevido da administração. Violação a direito adquirido. Verba devida. 671
- Imóvel — Edificação em local de preservação ecológica. Área non aedificandi. Obra clandestina. Constatação. Demolição procedida. Direito a indenização inexistente. Pleito improcedente. 169
- Magistrado — Aposentadoria. Licenças-prêmio não gozadas. Cabimento da verba sob pena de locupletamento indevido do Poder Público. 268
- Responsabilidade civil — Acidente de trânsito. Atropelamento. Imprudência do motorista demonstrada. Vítimas menores. Óbito e lesão irreversível. Danos morais e materiais. Verbas devidas. Pensão. Cabimento. Lapso temporal. Pleito procedente. 67
- Responsabilidade civil — Dano moral. Duplicata. Protesto ilícito. Inscrição indevida no SPC. Constatação. Pleito procedente. 222
- Responsabilidade civil — Morte por eletrocussão. Dano moral. Cabimento. Cumulação com dano material. Admissibilidade. Aplicação da Súmula 37 do STJ. Verba devida. Pleito procedente. .. 60
- Responsabilidade civil — Morte por eletrocussão. Transeunte. Culpa objetiva da concessionária. Caracterização. Pleito procedente. Decisão mantida. 56
- Responsabilidade civil — Transporte aéreo. Bagagem. Extravio. Reparação por danos morais e patrimoniais. Verba devida. 155
- Seguro — Veículo. Perda total. Verba devida conforme o valor ajustado na apólice e não o valor de mercado. Aplicação do art. 1.462 do CC. 692
- Seguro de veículo — Recusa. Alegada divergência de uma letra dos dígitos do chassi. Irrelevância. Culpa do condutor. Hipótese que não exclui a cobertura securitária. Orçamento. Opção pelo de menor valor. Verba devida. 53

INJÚRIA

- Vide Crime contra a honra.

INQUÉRITO POLICIAL

- Peça não imprescindível ao início da ação penal por denúncia. .. 550

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- Cumulação com petição de herança — Procedência dos pedidos. Partilha realizada sem a presença do autor, reconhecido como filho-herdeiro. Nulidade do ato. Retificação de partilha. Possibilidade

- de. Direito hereditário resguardado. Aplicação do art. 472 do CPC. 251
- Prova pericial — Exame de DNA ou HLA. Imprescindibilidade. Conversão do julgamento em diligência. 237

J

JANIO DE SOUZA MACHADO (Dr.)

- Reparação civil nas ações acidentárias: Um enfoque relativo aos Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho — DORT. 3

JÚRI

- Documento novo — Apresentação em plenário sem prévia comunicação à parte contrária. Vedação. Inteligência do art. 475 do CPP. Prejuízo demonstrado. Julgamento anulado. 469
- Homicídio qualificado — Alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Veredicto com suporte na prova. Condenação mantida. 567
- Homicídio qualificado — Alegada decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Apelo desprovido. 558
- Homicídio qualificado — Motivo torpe. Reconhecimento pelo Tribunal do Júri. Desforra isenta de ignomínia e abjeção. Hipótese que não caracteriza a torpeza do ato praticado. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Julgamento anulado. 529
- Homicídio qualificado — Nulidade posterior à pronúncia. Deficiência de quesitos. Caracterização. Contradição na resposta dos jurados. Novo julgamento ordenado. 567
- Homicídio qualificado — Nulidade posterior à pronúncia. Inocorrência. Sorteio dos jurados. Intimação da defesa. Desnecessidade. Aplicação dos arts. 427 e 428, ambos do CPP. Preliminar afastada. 567
- Quesito obrigatório — Ausência de formulação. Nulidade decretada. 497

JUROS

- Reais — Auto-aplicabilidade. Exegese do art. 192, § 3º, da CF. Maioria de votos. 283

L

LATROCÍNIO

- Revisão criminal — Pretendida desclassificação para roubo qualificado. Impossibilidade. Prova coligida suficiente a autorizar a condenação no art. 157, § 3º, in fine, do CP. Pleito desprovido... 629

LEASING

- Arrendamento mercantil — Veículo. Transferência do bem pelo arrendatário a terceiro, sem consentimento do arrendador. Validade. Liberação do veículo condicionada ao pagamento das prestações à arrendadora. Aplicação do art. 572 do CPC. 65

LEGISLAÇÃO ESTADUAL**DECRETOS**

- N. 10/1999 — 659
- N. 658/1991 — 274
- N. 3.530/1998 — 659
- N. 22.586/1984 — Art. 141 291

LEIS

- N. 5.624/1979 — Vide Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina.
- N. 5.644/1979 — Art. 1º 291
- N. 6.745/1985 — Vide Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina.
- N. 6.844/1986 — Art. 80 274
- N. 7.373/1988 — Art. 24 274
- N. 8.240/1991 — 274
- N. 9.847/1995 — Art. 10 659

LEGISLAÇÃO FEDERAL**DECRETO**

- N. 62.127/1968 — Vide Regulamento do Código Nacional de Trânsito.

DECRETOS-LEIS

— N. 201/1967	— Art. 1º, I	642
	— Art. 2º, II	642
— N. 263/1967	—	321
— N. 396/1968	—	321
— N. 413/1969	— Art. 41.....	372
— N. 1.001/1969	— Vide Código Penal Militar.	
— N. 3.931/1941	— Vide Lei de Introdução ao Código de Processo Penal.	
— N. 4.657/1942	— Vide Lei de Introdução ao Código Civil.	
— 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. 1.521/1951	— Vide Lei da Economia Popular.	
— N. 1.533/1951	— Vide Lei do Mandado de Segurança.	
— N. 4.591/1964	— Art. 1º	203
— N. 4.886/1965	— Art. 39.....	291
— N. 4.898/1965	— Art. 3º, a e i	393
	— Art. 4º, a	393
— N. 5.172/1966	— Vide Código Tributário Nacional.	
— N. 5.194/1966	— Art. 7º, c	649
	— Art. 13.....	649
	— Art. 15.....	649
— N. 5.452/1943	— Vide Consolidação das Leis do Trabalho.	
— N. 5.478/1968	— Vide Lei de Alimentos.	
— N. 5.988/1973	— Art. 73.....	350
	— Art. 104.....	350
	— Art. 105, parágrafo único.....	350
	— Art. 115.....	350
— N. 6.091/1974	— Art. 13.....	19
— N. 6.099/1974	— Art. 5º, c	306
	— Art. 11, § 1º	306
— N. 6.367/1976	— Art. 2º, § 1º, I.....	3
— N. 6.368/1976	— Vide Lei Antitóxicos.	
— N. 6.515/1977	— Vide Lei do Divórcio.	
— N. 6.530/1978	—	649
— N. 7.132/1983	—	306
— N. 7.209/1984	— Vide Código Penal.	
— N. 7.210/1984	— Vide Lei de Execução Penal.	
— N. 7.347/1985	— Art. 21.....	685
— N. 7.565/1986	— Vide Código Brasileiro de Aeronáutica.	

— N. 8.009/1990	— Art. 3º, V	283
— N. 8.038/1990	— Art. 5º	642
	— Art. 7º	642
	— Art. 8º	642
	— Art. 9º	642
— 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. 8.420/1992	— Art. 1º	295
— N. 8.906/1994	— Vide Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.	
— N. 8.950/1994	—	380
— N. 8.984/1995	— Art. 1º	163
— N. 9.034/1995	— Art. 7º	407
	— Art. 10.....	445 e 489
— N. 9.099/1995	—	393 e 426
	— Art. 89.....	440, 455, 499, 508 e 609
— N. 9.138/1995	— Art. 5º	41
	— Art. 6º	41
— N. 9.268/1996	— Vide Código Penal.	
— N. 9.271/1996	— Vide Código de Processo Penal.	
— N. 9.298/1996	—	283 e 289
— N. 9.437/1997	— Art. 10	418
— N. 9.455/1997	—	445
— N. 9.469/1997	— Art. 10	359
— N. 9.610/1998	— Art. 68	350
	— Art. 97, § 3º	350
— N. 9.714/1998	— Vide Código Penal.	
— N. 9.756/1998	—	380

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

DECRETOS

— N. 91/1982 (Florianópolis).....	169
— N. 927/1996 (Florianópolis).....	27
— N. 928/1996 (Florianópolis).....	27
— N. 1.408/1976 (Florianópolis).....	169

LEIS

— N. 1.246/1974 (Florianópolis)	— Art. 48.....	169
	— Art. 43, III.....	169
— N. 1.828/1981 (Florianópolis).....		169

- N. 2.496/1986 (Florianópolis) 27
- N. 3.667/1991 (Florianópolis) — Art. 3º 27

LEGITIMIDADE AD CAUSAM

- Ativa — Ação popular. Liminar concedida. Terceiro atingido. Agravo de instrumento. Interposição. Legitimidade. Inteligência do art. 499, § 1º, do CPC. 313
- Ativa — Direito autoral. Cobrança pelo Ecad. Legitimidade reconhecida. 350
- Ativa — Mandado de segurança. Prefeito municipal. Autoridade coatora. Petição de recurso firmada pela própria autoridade impetrada. Legitimidade reconhecida. Exegese do art. 12, II, do CPC. ... 19
- Ativa — Mandado de segurança coletivo. Impetração por entidade representativa de classe - CREA. Legitimidade reconhecida. Exegese do art. 5º, LXX, letra b, da CF. 649

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

- Art. 12 440, 445, 499, 508, 616 e 621
- Art. 12, § 1º, II e III 562
- Art. 12, § 2º, II 562
- Art. 16 440, 445, 499, 508 e 562
- Art. 18, III 508
- Art. 22, § 2º 440
- Art. 25 440 e 445
- Art. 34 508
- Art. 36 440
- Art. 38 440, 445, 499 e 508

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

- Art. 11, § 1º 229

LEI DA ECONOMIA POPULAR (Lei n. 1.521/1951)

- Art. 4º, a, § 1º 398

LEI DE ALIMENTOS (Lei n. 5.478/1968)

- Art. 13 199

LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)

- Art. 66, I 426
- Art. 112 445
- Art. 159, § 2º 550
- Art. 197 621

LEI DE FALÊNCIAS (Decreto-lei n. 7.661/1945)

- Art. 74 341

— Art. 140, IV	341
— Art. 182, in fine	341
— Art. 191	341
LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Lei n. 4.657/1942)	
— Art. 2º	372
— Art. 5º	341
— Art. 6º, § 3º	671
LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (Decreto-lei n. 3.931/1941)	
— Art. 13	426
LEI DO DIVÓRCIO (Lei n. 6.515/1977)	
— Art. 5º	114
— Art. 7º	114
— Art. 10	114
— Art. 19	114
— Art. 31	114 e 150
— Art. 43	114
LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)	
— Art. 11	337
LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)	
—	616 e 621
— Art. 2º	499
— Art. 2º, § 1º	445, 508 e 616
— Art. 5º	445
— Art. 9º	480
LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL	
Lei Complementar n. 35/1979	
— Art. 65, § 2º	268
— Art. 69, I, II, III	268
— Art. 71, § 1º	268
Lei Complementar n. 37/1979	
— Art. 71, § 2º	508
LEIS COMPLEMENTARES	
— N. 35/1979 — Vide Lei Orgânica da Magistratura Nacional.	
— N. 36/1991 (Estadual)	274 e 671
— N. 37/1979 — Vide Lei Orgânica da Magistratura Nacional.	

- N. 43/1992 (Estadual) 274
- N. 82/1997 — Art. 1º, § 3º 659
- N. 137/1995 (Estadual)— Art. 6º..... 659
- Art. 7º, § 1º 659

MACONHA

- Vide Crime contra a saúde pública.

MAGISTRADO

- Aposentadoria — Licenças-prêmio não gozadas. Indenização. Cabimento da verba sob pena de locupletamento indevido do Poder Público. Recurso parcialmente provido. 268

MANDADO DE SEGURANÇA

- Bem público — Permissão de uso. Ato discricionário da municipalidade. Limites. Observância do princípio da legalidade. Ato administrativo. Autoridade incompetente. Configuração. Ilegalidade. Segurança concedida..... 27
- Coletivo — Impetração por entidade representativa de classe — CREA. Legitimidade. Ato do Corregedor-Geral da Justiça que faculta aos corretores de imóveis a realização de perícias judiciais. Ilegalidade. Prerrogativa da classe dos engenheiros. Ordem concedida. 649
- Funcionário público — Estágio probatório. Exoneração e invalidação de promoções. Ausência do devido processo legal. Inadmissibilidade. Segurança concedida. Recurso e remessa desprovidos. . 19
- Funcionário público — Gratificação. Concessão ao arrepio do princípio da reserva legal. Inconstitucionalidade e ilegalidade do benefício. Configuração. Ordem denegada. 659
- Município — Prazo recursal. Termo inicial. Contagem a partir da publicação oficial da decisão. Aplicação da Súmula 392 do STF. 337
- Prefeito municipal — Autoridade coatora. Petição de recurso firmada pela própria autoridade impetrada. Legitimidade reconhecida. Exegese do art. 12, II, do CPC. 19
- Taxa de licença e localização — Escritório de advocacia. Constitucionalidade da cobrança. Segurança denegada. 34

MEDIDA CAUTELAR

- Inominada — Direito autoral. Cobrança pelo Ecad. Legitimidade. Reconhecimento. Aplicação do art. 104 da Lei n. 5.988/73. 350
- Inominada — Imóvel. Construção clandestina e irregular. Demolição. Medida que se impõe. 357

MEIO AMBIENTE

- Proteção — Imóvel. Edificação em local de preservação ecológica. Área non aedificandi. Obra clandestina. Constatação. Demolição procedida. Direito a indenização inexistente. Pleito improcedente. 169

MENOR

- Adoção plena — Deferimento. Destituição prévia do pátrio poder. Desnecessidade. Aplicação dos arts. 392, IV, do CC, e 169 do ECA. Direito de visita da mãe biológica. Possibilidade. Prevalência do interesse da criança. Pleito procedente. 100

MOTIVO FÚTIL

- Vide Homicídio qualificado.

MOTIVO TORPE

- Vide Homicídio qualificado.

MULTA

- Moratória — Adequação consoante o preceituado no art. 52, § 1º, do Estatuto do Consumidor. 283
- Moratória — Redução de ofício. Exegese do art. 52, § 1º, do Estatuto do Consumidor. Maioria de votos. 289

MUNICÍPIO

- Vide Pessoa jurídica de direito público.

N**NARCOTRAFICÂNCIA**

- Vide Crime contra a saúde pública.

NULIDADE

- Execução — Decretação. Título executivo. Falta dos requisitos da certeza, liquidez e precisão. Exegese do art. 618, I, do CPC. 38
- Execução — Reconhecimento. Títulos não acompanhados de demonstrativo do débito. Ausência do requisito da exigibilidade. Aplicação do arts. 614, II, e 618, I, ambos do CPC. Maioria de votos. 41

- Processo — Ocorrência. Testemunha. Descumprimento do disposto no art. 405 do CPP. Cerceamento de defesa caracterizado. Ordem de habeas corpus concedida parcialmente. 414
- Sentença — Inocorrência. Ação anulatória. Ato jurídico. Morte do demandado após o encerramento da instrução processual. Decisão prolatada sem a suspensão do processo para a habilitação do espólio. Possibilidade. Preliminar rejeitada. 133

NULIDADE (matéria penal)

- Júri — Documento novo. Apresentação em plenário sem prévia comunicação à parte contrária. Vedação. Inteligência do art. 475 do CPP. Prejuízo demonstrado. Julgamento anulado. 469
- Júri — Homicídio qualificado. Nulidade posterior à pronúncia. Deficiência de quesitos. Caracterização. Contradição na resposta dos jurados. Novo julgamento ordenado. Preliminar acolhida. 567
- Júri — Homicídio qualificado. Nulidade posterior à pronúncia. Inocorrência. Sorteio dos jurados. Intimação da defesa. Desnecessidade. Preliminar afastada. 567
- Júri — Quesito obrigatório. Ausência de formulação. Decretação. .. 497
- Processual — Cabimento da declaração no âmbito restrito do writ. . 414
- Processual — Pretendido reconhecimento por meio de habeas corpus. Possibilidade. Conhecimento do writ. Eiva inconsistente. Demonstração. Ordem denegada. 393
- Sentença — Inocorrência. Alegação de decisão baseada em denúncia inepta. Inconfiguração. Preliminar rejeitada. 489
- Sentença — Inocorrência. Decisão prolatada por magistrado em gozo de férias. Possibilidade. Ausência de legislação. Preliminar afastada. 508
- Sentença — Inocorrência. Decisão que aprecia com propriedade a matéria argüida. Preliminar rejeitada. 550

O

OBRIGAÇÃO DE FAZER

- Compromisso de compra e venda — Imóvel. Adendo contratual. Alegação de saldo residual. Inocorrência. Adimplemento das obrigações pelo promissário comprador. Comprovação. Outorga da escritura determinada. Pleito procedente. 128

OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER

- Antecipação da tutela — Concessão. Relevante fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final. Demonstração. Aplicação do art. 461, § 3º, do CPC. 366

P**PARTILHA**

- Bens — Divergência. Separação litigiosa. Efetivação da divisão por ocasião da conversão da ação em divórcio. Aplicação do art. 1.121 do CPC. 114
- Cumulação com investigação de paternidade — Procedência dos pedidos. Partilha realizada sem a presença do autor, reconhecido como filho-herdeiro. Nulidade do ato. Retificação da partilha. Possibilidade. Direito hereditário resguardado. Aplicação do art. 472 do CPC. 251
- Separação litigiosa — Comunhão parcial. Bem adquirido antes do casamento. Comunhão de esforços em parcela diferenciada. Comprovação. Fixação da partilha proporcional à contribuição de cada um. Admissibilidade. Apelo provido parcialmente. 150

PENA CRIMINAL

- Atentado violento ao pudor — Aumento de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/90. Exclusão. Ausência de laudo comprobatório das lesões causadas na vítima. 480
- Atenuante — Confissão espontânea. Reconhecimento. 480
- Continuidade delitiva — Critério para a fixação do acréscimo dela decorrente. 626
- Crime continuado — Critério para fixação do quantum. 489
- Crime contra a saúde pública — Narcotraficância. Crime hediondo. Pena. Cumprimento em regime fechado. Apelo ministerial provido. Maioria de votos. 445
- Crime contra a saúde pública — Tráfico de entorpecente. Substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos. Impossibilidade. Crime hediondo. Circunstâncias judiciais do art. 59 do CP desfavoráveis ao réu. Pleito indeferido. 616
- Crime contra a saúde pública — Tráfico de maconha. Apreensão de grande quantidade da droga. Circunstância que autoriza a fixação da pena acima do mínimo legal. 508

- Crime militar — Condenação. Pena privativa de liberdade. Pretendida substituição por restritiva de direitos. Impossibilidade. Ausência de previsão legal no CPM. 426
- Habeas corpus — Impetração para análise da dosimetria da pena. Impossibilidade. Writ não conhecido. 393
- Narcotráfico — Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Possibilidade. Voto vencido. 499
- Pena privativa de liberdade — Substituição por pena restritiva de direitos e multa. Admissibilidade. Acusado que preenche os requisitos do art. 44, incisos I a III, do CP. 455
- Pena-base — Aplicação acima do mínimo legal. Adequação. 629
- Pena-base — Fixação em patamar acima do mínimo legal. Possibilidade. 489
- Redução — Circunstâncias descritas no art. 59 do CP favoráveis aos réus. 550
- Reincidência — Agravante indemonstrada nos autos e aplicada na fase da dosimetria da pena. Inadmissibilidade. Adequação da reprimenda. 460
- Tráfico de entorpecente — Condenação. Reprimenda inferior a quatro anos. Pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inviabilidade. Aplicação da Lei n. 8.072/90. 621

PENA PECUNIÁRIA

- Multa — Pagamento. Dispensabilidade. Impossibilidade em face das condições econômicas do apelante. 440
- Pena detentiva — Substituição por multa. Admissibilidade. Cumulação desta com multa-tipo. Impossibilidade de imposição simultânea de duas penas de natureza pecuniária. 440

PENHORA

- Execução — Nomeação de apólices da dívida pública federal. Admissibilidade. Prescrição. Inocorrência. Gradação legal do art. 655 do CPC respeitada. Deferimento da constrição. Recurso provido. 321
- Execução — Pretendida constrição sobre bens gravados. Incabimento. Nomeação de bens fora do juízo da execucional. Admissibilidade. Aplicação do princípio menos gravoso ao devedor. Exegese do art. 620 do CPC. Agravo desprovido. 299
- Imóvel — Bem objeto de escritura pública de confissão de dívida. Garantia hipotecária. Título hígido. Penhora. Admissibilidade. Constrição regular. Hipótese do art. 3º, V, da Lei n. 8.009/98. 283

PERDAS E DANOS

- Cumulação com rescisão de contrato — Promessa de compra e venda. Incorporadora. Atraso na construção de prédio. Comprovação. Culpa caracterizada. Pleitos procedentes. 243

PERÍCIA

- Vide Prova.

PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

- Estado — Ação de reintegração em cargo público. Competência para processamento e julgamento. Aplicação dos arts. 94, caput, e 100, IV, letra a, do CPC. 361
- Estado — Ação popular. Operação financeira. Letras Fiscais do Tesouro Estadual. Emissão. Indícios de irregularidade. Bloqueio liminar concedido. Sustação do pagamento. Possibilidade. Fumus boni juris e periculum in mora demonstrados. Recurso desprovido. 313
- Estado — Funcionário público. Ação ordinária. Reconhecimento de direito. Cargo comissionado. Agregação. Constitucionalidade. Gratificação. Ausência de direito à sua percepção. Servidores que não estavam no efetivo exercício do cargo quando da vigência do benefício. Remessa e recurso providos. 274
- Município — Bem público. Permissão de uso. Ato discricionário. Limites. Observância do princípio da legalidade. Ato administrativo. Autoridade incompetente. Ilegalidade. Segurança concedida. . 27
- Município — Imóvel. Construção clandestina e irregular. Demolição. Medida que se impõe. 357
- Município — Mandado de segurança. Prazo recursal. Termo inicial. Contagem a partir da publicação oficial da decisão. Aplicação da Súmula 392 do STF. 337

POSSESSÓRIA

- Reintegração — Comodato. Pacto verbal. Interpelação judicial do comodatário para a devolução do imóvel. Inatendimento. Esbulho caracterizado. Pleito precedente. 234
- Reintegração — Comodato verbal. Alegação de ilegitimidade passiva ad causam. Inocorrência. Citação. Irregularidade suprida com a contestação da ação. Pleito precedente. Sentença confirmada. 93
- Reintegração — Imóvel. Arrendamento mercantil. Notificação prévia. Irregularidade. Ausência do valor do débito. Constatação. Mora não caracterizada. Liminar indeferida. Manutenção do decissum. Agravo desprovido. 306

PRAZO

- Mandado de segurança — Impetração contra o município. Prazo recursal. Termo inicial. Contagem a partir da publicação oficial da decisão. Aplicação da Súmula 392 do STF. 337
- Prorrogação — Impossibilidade. Ausência dos requisitos do art. 183, § 1º, do CPC. 354

PREFEITO MUNICIPAL

- Ação penal — Denúncia. Recebimento. Pedido de afastamento do cargo. Procedência. Medida que visa a resguardar a produção de provas e o patrimônio municipal..... 642
- Mandado de segurança — Petição de recurso firmada pelo próprio prefeito. Legitimidade reconhecida. Exegese do art. 12, II, do CPC. 19

PRESCRIÇÃO

- Ação anulatória — Ato jurídico. Contrato de compra e venda. Prescrição. Inocorrência. Prazo vintenário. Incidência do art. 177, primeira parte, do CC. 133
- Execução — Penhora. Nomeação de apólices da dívida pública federal. Admissibilidade. Prescrição. Inocorrência. Ausência de chamamento válido dos portadores dos títulos para o resgate. 321
- Inocorrência — Ação negatória de paternidade. Matéria de ordem pública. Inaplicabilidade do art. 178, § 3º, do CPC. Prosseguimento do pleito determinado. 212
- Seguro habitacional — Ação do segurado contra a seguradora. Lapso prescricional. Inocorrência. Inteligência do art. 170, I, do CC. 297

PRESCRIÇÃO CRIMINAL

- Ocorrência — Extinção da punibilidade. Decretação de ofício. 609
- Prescrição da pretensão punitiva — Forma retroativa. Ocorrência. Extinção da punibilidade. Decretação. 565

PREVIDÊNCIA PRIVADA

- Abono salarial — Concessão aos trabalhadores na ativa. Extensão aos inativos. Obrigatoriedade. Complementação de aposentadoria. Fonte de custeio. Imposição apenas para a previdência oficial. Ação de cobrança procedente. 187

PRISÃO CIVIL

- Decretação — Depositário infiel. Valor do bem depositado inferior ao do saldo devedor. Responsabilidade do depositário da quantia

- remanescente, agora como dívida comum. Suspensão da segregação. Exegese do art. 5º, LXVII, da CF. 369
- Habeas corpus — Segregação pessoal pelo descumprimento de pacto garantido por alienação fiduciária. Inadmissibilidade. Orientação advinda do STJ. Ordem concedida. 387

PRISÃO EM FLAGRANTE

- Narcotraficância — Crime de natureza permanente. Flagrante preparado. Inocorrência. Inexistência de provocação ou induzimento da autoridade policial para a prática do crime. 499

PRISÃO PREVENTIVA

- Decretação — Requisitos do art. 312 do CPP presentes. 407
- Habeas corpus — Ausência de fundamentação. Caracterização. Ordem concedida. 421
- Réu revel — Conveniência da instrução criminal. Descabimento. Ausência de motivo relevante que ameace o andamento do processo. Recurso ministerial desprovido. 433

PROCESSO CRIME

- Matéria nova — Questão não analisada por ocasião da apelação. Reexame por meio de habeas corpus. Possibilidade. Conhecimento do writ. 426
- Suspensão — Proposta ofertada pelo Ministério Público e aceita pela defesa durante o curso da ação. Possibilidade. Sentença que rejeita o pleito. Incabimento. Nulidade decretada. 508

PROCESSO TRIBUTÁRIO

- Recurso administrativo — Depósito prévio. Desobrigatoriedade. Agravo provido. Maioria de votos. 291

PROMESSA DE COMPRA E VENDA

- Contrato — Rescisão. Cumulação com perdas e danos. Incorporadora. Atraso na construção de prédio. Comprovação. Culpa caracterizada. Pleitos procedentes. 243
- Imóvel — Adendo contratual. Ação ordinária de obrigação de fazer. Alegação de saldo residual. Inocorrência. Adimplemento das obrigações pelo promissário comprador. Comprovação. Outorga da escritura determinada. Pleito procedente. 128

PRONÚNCIA

- Homicídio qualificado — Júri. Nulidade posterior à pronúncia. Deficiência de quesitos. Caracterização. Contradição na resposta dos jurados. Preliminar acolhida. Novo julgamento ordenado. 567

- Homicídio qualificado — Júri. Nulidade posterior à pronúncia. Inocorrência. Sorteio dos jurados. Intimação da defesa. Desnecessidade. Preliminar afastada. 567

PROVA

- Ação anulatória — Ato jurídico. Demonstração de fato constitutivo do direito do autor. Ônus da prova que compete ao demandante. ... 363
- Ação de investigação de paternidade — Exame de DNA ou HLA. Imprescindibilidade. Conversão do julgamento em diligência. 237
- Boletim de ocorrência — Inexistência de impugnação por parte dos insurgentes. Validade da peça técnica. Presunção juris tantum. 177
- Documento essencial — Juntada no curso da lide e fora da oportunidade processual própria. Possibilidade. Aplicação do art. 397 do CPC. 177
- Perícia judicial — Ato do Corregedor-Geral da Justiça que faculta aos corretores de imóveis a realização de perícias judiciais. Ilegalidade. Prerrogativa da classe dos engenheiros. Segurança concedida. 649
- Testemunha — Contradita. Inacolhimento. Ausência de prova específica. Exegese do art. 414, §1º, do CPC. 144
- Testemunha — Suspeição. Reconhecimento. Exegese do art. 405, § 3º, IV, do CPC. 144

PROVA CRIMINAL

- Depoimento de policiais — Validade. 460
- Depoimento de policiais e delação de co-réu — Validade probatória reconhecida. 508
- Fita magnética — Conversação telefônica. Material que constitui meio de prova lícito. 550
- Testemunha — Descumprimento do disposto no art. 405 do CPP. Cerceamento caracterizado. Nulidade do processo. Ordem de habeas corpus concedida parcialmente. 414

PROVIMENTO DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA

- N. 1/1999. 649

Q

QUADRILHA OU BANDO

- Vide Crime contra a paz pública.

QUEIXA-CRIME

- Injúria — Pleito improcedente. Condenação do querelante em honorários advocatícios. Cabimento em tese. 540

R**RECURSO**

- Agravo — Preparo. Incomprovação do recolhimento no ato da interposição do apelo. Deserção caracterizada. Inteligência do art. 511 do CPC. 380
- Agravo de instrumento — Descumprimento do disposto no art. 526 do CPC. Irrelevância. 363
- Embargos de declaração — Alegada omissão e obscuridade quanto aos fundamentos de fato e de direito do acórdão julgado. Inconfiguração. Apelo desprovido. 372
- Embargos infringentes — Matérias novas suscitadas e que refo- gem ao âmbito do voto divergente. Impossibilidade. Rejeição dos embargos. 374

RECURSO CRIME

- Apelação — Alegação de intempestividade. Preliminar rejeitada... 455
- Revisão — Latrocínio. Pretendida desclassificação para roubo qualificado. Impossibilidade. Prova coligida suficiente a autorizar a condenação no art. 157, § 3º, in fine, do CP. 629
- Sentido estrito — Réu revel. Prisão preventiva. Conveniência da instrução criminal. Descabimento. Ausência de motivo relevante que ameace o andamento do processo. Recurso ministerial des- provido..... 433

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

- Vide Recurso crime.

RECURSO ESPECIAL

- Ação civil pública — Taxa de Iluminação Pública — TIP. Demanda que visa a obstar a cobrança do tributo. Incabimento. Via inade- quada. Apelo provido. Maioria de votos. 685
- Seguro — Veículo. Perda total. Indenização. Verba devida confor- me o valor ajustado na apólice e não o valor de mercado. Aplica- ção do art. 1.462 do CC. 692

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Funcionário público — Licença-prêmio. Conversão em dinheiro. Indeferimento. Locupletamento indevido da administração. Violação a direito adquirido. Indenização devida. 671
- Sindicato — Desmembramento na mesma base territorial. Admissibilidade. Inocorrência de violação ao princípio da unicidade sindical. Apelo extremo não conhecido. 676

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

- Art. 115, parágrafo único..... 418

REGULAMENTO DO CÓDIGO NACIONAL DE TRÂNSITO (Decreto n. 62.127/1968)

- Art. 68..... 144
- Art. 175, III..... 144

REINCIDÊNCIA

- Furto qualificado — Agravante indemonstrada nos autos e aplicada na fase da dosimetria da pena. Inadmissibilidade. Adequação da pena. 460

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

- Ação de indenização — Competência para processar e julgar a demanda. Prevalência do foro do representante comercial. Aplicação do art. 1º da Lei n. 8.420/92. 295

RESOLUÇÕES

- N. 69/1995 (Senado Federal) — Art. 16, §§ 3º e 4º 313
- N. 78/1998 (Senado Federal) — Art. 12, § 3º..... 313

RESPONSABILIDADE CIVIL

- Ação de reparação de dano — Acidente de trânsito. Colisão na traseira de veículo que pára a frente, projetando-o contra outro estacionado. Imprudência caracterizada. Pleito procedente. 144
- Ação de reparação de dano — Acidente de trânsito. Cooperativa de trabalho médico. Culpa do preposto comprovada. Ressarcimento devido. 177
- Acidente de trânsito — Culpa do preposto da demandada. Caracterização. Morte de filho. Pensão devida. Limite temporal. Seguro obrigatório. Dedução. Incabimento. Apelo dos autores provido parcialmente e desprovido o dos réus. 123
- Indenização — Acidente de trânsito. Atropelamento. Imprudência do motorista demonstrada. Vítimas menores. Óbito e lesão irrever-

sível. Danos morais e materiais. Verbas devidas. Pensão. Cabimento. Lapso temporal. Pleito procedente.	67
— Indenização — Dano moral. Duplicata. Protesto ilícito. Inscrição indevida no SPC. Constatação. Pleito procedente.	222
— Indenização — Morte por eletrocussão. Dano moral. Cabimento. Cumulação com dano material. Admissibilidade. Aplicação da Súmula 37 do STJ. Verba devida. Pleito procedente.	60
— Indenização — Morte por eletrocussão. Transeunte. Culpa objetiva da concessionária. Caracterização. Pleito procedente.	56
— Transporte aéreo — Bagagem. Extravio. Indenização por danos morais e patrimoniais. Verba devida.	155

REVELIA

— Réu revel — Prisão preventiva. Conveniência da instrução criminal. Descabimento. Ausência de motivo relevante que ameace o andamento do processo. Recurso ministerial desprovido.	433
--	-----

REVISÃO CRIMINAL

— Vide Recurso crime.	
-----------------------	--

ROUBO QUALIFICADO

— Tentativa — Desistência voluntária. Reconhecimento. Desclassificação do delito para o do art. 147 do CP. Admissibilidade. Recurso parcialmente provido.	565
--	-----

S

SEGURADORA

— Responsabilidade civil — Acidente de trânsito. Seguro obrigatório. Dedução. Incabimento. Incomprovação do pagamento pela empresa securitária.	123
— Seguro de veículo — Indenização. Recusa. Alegada divergência de uma letra dos dígitos do chassi. Irrelevância. Culpa do condutor. Hipótese que não exclui a cobertura securitária. Orçamento. Opção pelo de menor valor. Verba devida.	53
— Seguro habitacional — Ação do segurado contra a seguradora. Lapso prescricional. Inocorrência. Inteligência do art. 170, I, do CC.	297

SEGURO

- Obrigatório — Acidente de trânsito. Responsabilidade civil. Dedução da verba. Incabimento. Incomprovação do pagamento pela seguradora. 123
- Seguro de vida — Ação de cobrança. Segurado portador do vírus HIV. Conhecimento da doença quando da celebração do contrato. Omissão. Má-fé configurada. Pleito improcedente. 87
- Veículo — Indenização. Recusa. Alegada divergência de uma letra dos dígitos do chassi. Irrelevância. Culpa do condutor. Hipótese que não exclui a cobertura securitária. Orçamento. Opção pelo de menor valor. Verba devida. 53
- Veículo — Perda total. Indenização. Verba devida conforme o valor ajustado na apólice e não o valor de mercado. Aplicação do art. 1.462 do CC. 692

SEGURO HABITACIONAL

- Imóvel — Danos físicos. Ação do segurado contra a seguradora. Lapso prescricional. Inocorrência. Inteligência do art. 170, I, do CC. 297

SENTENÇA

- Ação anulatória — Morte do demandado após o encerramento da instrução processual. Decisão prolatada sem a suspensão do processo para a habilitação do espólio. Possibilidade. Nulidade incoorrente. 133

SENTENÇA CRIMINAL

- Nulidade — Inocorrência. Alegação de decisão baseada em denúncia inepta. Inconfiguração. Preliminar rejeitada. 489
- Nulidade — Inocorrência. Decisão prolatada por magistrado em gozo de férias. Possibilidade. Ausência de legislação. Preliminar afastada. 508
- Nulidade — Inocorrência. Decisão que aprecia com propriedade a matéria arguida. Preliminar rejeitada. 550
- Processo crime — Suspensão condicional do processo proposta pelo Ministério Público e aceita pela defesa. Decisão que rejeita o pleito. Incabimento. Nulidade decretada. 508

SEPARAÇÃO JUDICIAL

- Litigiosa — Culpa do cônjuge varão. Demonstração. Partilha. Efeativação por ocasião da conversão da ação em divórcio. Guarda dos filhos. Preferência dada ao pai. Manifestação expressa dos menores. Alimentos ao cônjuge inocente. Redução. Apelo provido parcialmente. 114

- Litigiosa — Partilha. Comunhão parcial. Bem adquirido antes do casamento. Comunhão de esforços em parcela diferenciada. Comprovação. Fixação da partilha proporcional à contribuição de cada um. Admissibilidade. Apelo provido parcialmente. 150

SERVIDOR PÚBLICO

- Vide Funcionário público.

SINDICATO

- Ação de cobrança — Contribuição confederativa. Empresa não filiada. Inexigibilidade. Desacolhimento do pleito. 163
- Ação de cobrança — Taxa assistencial. Contribuição decorrente de convenção coletiva do trabalho. Competência da Justiça do Trabalho para processamento e julgamento. 163
- Desmembramento na mesma base territorial — Admissibilidade. Inocorrência de violação ao princípio da unicidade sindical. Apelo extremo não conhecido. 676

SÚMULAS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- N. 30..... 283
- N. 37 60 e 193
- N. 52..... 418
- N. 112..... 291
- N. 201..... 251

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- N. 20..... 19
- N. 21..... 19
- N. 145..... 499
- N. 229..... 3 e 76
- N. 256..... 540
- N. 266..... 649
- N. 339 274 e 659
- N. 341 67 e 76
- N. 380..... 150
- N. 392..... 337
- N. 448..... 455
- N. 473..... 19, 27 e 659
- N. 491 67 e 123
- N. 608..... 480
- N. 611..... 426

- N. 620..... 359

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

- N. 14..... 227

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

- N. 34..... 359

SURPRESA

- Vide Homicídio qualificado.

SUSPEIÇÃO

- Magistrado — Arguição por meio de habeas corpus. Impossibilidade. Procedimento inadequado. 393
- Testemunha — Reconhecimento. Exegese do art. 405, § 3º, IV, do CPC. 144

T

TAXA

- Licença e localização — Escritório de advocacia. Constitucionalidade da cobrança. 34
- Taxa de Iluminação Pública — TIP. Ação civil pública. Demanda que visa a obstar a cobrança do tributo. Incabimento. Via inadequada. Recurso especial provido. Maioria de votos. 685

TENTATIVA DE ESTUPRO

- Vide Crime contra os costumes.

TESTEMUNHA

- Vide Prova e Prova criminal.

TÓXICO

- Vide Crime contra a saúde pública.

TRÁFICO DE ENTORPECENTE

- Vide Crime contra a saúde pública.

U**USURA PECUNIÁRIA**

- Vide Crime contra a economia popular.

V**VEÍCULO**

- Arrendamento mercantil — Transferência do bem pelo arrendatário a terceiro, sem consentimento do arrendador. Validade. Liberação do veículo condicionada ao pagamento das prestações à arrendadora. Aplicação do art. 572 do CPC. 65
- Caminhão — Busca e apreensão. Liminar deferida. Bem considerado essencial às atividades da empresa devedora. Restituição até sentença final. Admissibilidade. Medida excepcional mantida.. 339
- Seguro — Indenização. Recusa. Alegada divergência de uma letra dos dígitos do chassi. Irrelevância. Culpa do condutor. Hipótese que não exclui a cobertura securitária. Orçamento. Opção pelo de menor valor. Verba devida. 53
- Seguro — Perda total. Indenização. Verba devida conforme o valor ajustado na apólice e não o valor de mercado. Aplicação do art. 1.462 do CC. 692

VEREADOR

- Crime contra a administração pública — Concussão. Delito caracterizado. Edil que exige dinheiro para votar pela rejeição ou modificação de relatório de Comissão Parlamentar de Inquérito. Comprovação. Condenação mantida. 550

Composição, revisão e paginação executadas
pela Seção de Publicações e Jurisprudência
da Divisão de Acórdãos e Publicações
da Diretoria de Infra-Estrutura
do Tribunal de Justiça.

Chefe de Divisão

Paulo Guilherme Ruver

Chefe da Seção de Publicações e Jurisprudência

Eduardo Teixeira do Vale Pereira

Composição

Valmecir José de Souza

Revisoras

Cleusa Maria de Souza
Eliane Cardoso de Melo
Inge Ignez Ruschel Horn
Tereza Davis dos Santos Winter

Índice Numérico e Legislativo

Jorge Silveira

Índice por Assunto

Juvenaldo Zangelini

Editoração Eletrônica

Léa dos Santos Sousa